

## 5

# A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado

---

Again with transfer of undertakings caused by transfer of employees: job insecurity of outsourced workers

**SERGIO YAGÜE BLANCO**

*Personal Investigador Predoctoral en Formación. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València (España). Contrato financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para la Formación de Profesorado Universitario*

**ISSN 2444-3476**

**Revista Española de Derecho del Trabajo 220**

### Sumario:

- I.Introducción: el estatuto jurídico del trabajador externalizado
- II.Aplicabilidad de la sucesión legal y convencional a la sucesión de contratas
  - 1.La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
  - 2.La jurisprudencia española: evolución hasta la STS de 7 de abril de 2016 (RJ 2016, 1702)
  - 3.Un nuevo hito jurisprudencial en la configuración de la sucesión de plantillas: la STJUE de 11 de julio de 2018 (TJCE 2018, 142), Somoza, asunto C-60/17
- III.El impacto de la STJUE “Somoza” (TJCE 2018, 142) en la jurisprudencia interna

- 1.La STSJ Galicia de 26 de julio de 2018 (AS 2018, 2155), rec. 2310/16: la transmisión de deudas del cedente al cesionario vía “subrogación” y no vía “responsabilidad solidaria”
- 2.La STS de 27 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4619), rec. 2747/16: ¿un nuevo ajuste a la doctrina comunitaria?
- IV.La necesidad de una nueva normativa subrogatoria. Algunas reflexiones para garantizar el derecho al trabajo (decente) de los empleados externalizados
- V.Bibliografía

## **RESUMEN:**

El objetivo de este estudio es poner de manifiesto las insuficiencias de la institución laboral de la sucesión de empresa, como instrumento al servicio de los procesos de descentralización. La antigua, obsoleta y genérica normativa legal y comunitaria dificulta su aplicación a muchos colectivos de trabajadores empleados en contratos de obras y servicios, y suscita una elevada conflictividad judicial, sobre todo, en la determinación de las consecuencias ante un cambio de empresario, fomentando que el estatuto jurídico del trabajador “externalizado” se caracterice por su precariedad e inestabilidad.

## **ABSTRACT:**

The aim of this study is to show the insufficiencies of the regulation of transfer of undertakings. The old and generic legal and community regulation makes it difficult to apply to many groups of workers employed in outsourcing contracts, and it raises a high level of judicial conflict, especially in determining the consequences of a change of employer, so the status of the "outsourced" worker is characterized by its precariousness and instability.

**PALABRAS CLAVE:** Externalización - Subrogación convencional - Sucesión de plantillas - Transmisión de empresas

**KEYWORDS:** Outsourcing - Conventional subrogation - Transfer of employees - Transfer of undertakings

**Fecha recepción original:** 10 de Enero de 2019

**Fecha aceptación:** 2 de Abril de 2019

## **I. INTRODUCCIÓN: EL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR EXTERNALIZADO**

La doctrina científica viene poniendo de manifiesto, casi desde su aparición en la década de los 80, las indudables ventajas que introduce el fenómeno conocido como descentralización productiva en el ámbito de la gestión empresarial<sup>1</sup>). En efecto, y sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva, hay un amplio espectro de razones de oportunidad económica y funcional que permiten incrementar la productividad y competitividad de la empresa<sup>2</sup>). En consecuencia, el recurso a esta técnica se ha convertido en la pauta general del funcionamiento del sistema productivo a nivel mundial, extendiéndose prácticamente a todos los ámbitos de actividad. Sentado lo anterior, podemos afirmar que el tejido productivo se articula en torno a un entramado de “redes empresariales”, que cooperan entre sí a través de nexos de tipología muy variada<sup>3</sup>), pero cuya fórmula más extendida es la externalización a través de las contratas y subcontratas de obras y servicios.

Paralelamente, también desde el principio, no han pasado desapercibidos los efectos que conlleva sobre las relaciones laborales, hasta el punto en que ha supuesto toda una desorganización del Derecho del Trabajo y de sus instituciones tradicionales<sup>4</sup>). Así, pueden destacarse toda una serie de consecuencias negativas para los trabajadores, ya sean apreciadas desde una perspectiva estática o dinámica. Respecto a la primera dimensión, puede hablarse del efecto de degradación que conlleva sobre las condiciones de trabajo y salariales, facilitada en los últimos tiempos por la prioridad aplicativa del convenio de empresa. O, atendiendo a una dimensión colectiva, de las dificultades para articular órganos de representación de los trabajadores por el adelgazamiento de la empresa que conlleva una

obstaculización en la defensa de los intereses profesionales –con la consiguiente individualización de las relaciones laborales– y de las dificultades para garantizar del derecho de huelga. Por otro lado, la “*desmembración jurídica*”<sup>5)</sup> que produce sobre la figura del empresario pone en peligro la efectividad de los derechos laborales, pues dificulta su identificación como centro de imputación de cargas y responsabilidades<sup>6)</sup> y favorece la realización de prácticas fraudulentas para eludir la condición de empresario<sup>7)</sup>. Y, en fin, entre otros aspectos, podría hablarse también de las repercusiones en el ámbito de la seguridad y salud laboral atendiendo a la coordinación de las acciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Desde una perspectiva dinámica también introduce importantes alteraciones en el régimen de tutela de las normas laborales, ya que los procesos de externalización o las vicisitudes que puedan sufrir (cambio de contratista o reversión y vuelta a la gestión directa) tienen notables consecuencias sobre la estabilidad en el empleo y la conservación de los derechos de los trabajadores empleados en las contratas. Y ello, porque la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de instituciones laborales como el despido por causas empresariales y el contrato de duración determinada por obra o servicio permiten vincular la vigencia de la relación laboral a la de la relación mercantil entre empresas, en lugar de al desarrollo de la actividad productiva. A mayor abundamiento, la normativa sobre sucesión de empresa, al no contemplar las singularidades inherentes al funcionamiento normal de la descentralización productiva, presenta notables dificultades para cubrir todos los supuestos de cambio de empleador que pueden darse.

En definitiva, el estatuto jurídico del trabajador externalizado se caracteriza por una mayor precariedad e inestabilidad. Pues bien, pese a la implantación y la larga trayectoria que tiene la descentralización productiva en el sistema

económico, el ordenamiento jurídico laboral no ha sabido adaptarse a las transformaciones acontecidas en aquel. Por tanto, las instituciones laborales que lo regulan (con carácter central los arts. 42 a 44 ET, si bien hay otras normas “extra-estatutarias” que también contienen previsiones específicas) se han quedado obsoletas y se han centrado en dar respuesta a los efectos laborales que conlleva desde una perspectiva “patológica”, reaccionando a posibles situaciones de fraude o de evasión de responsabilidades. Sin embargo, no contempla que el recurso “fisiológico” o lícito a esta técnica de organización también puede conllevar efectos negativos sobre el empleo que deben ser corregidos<sup>8</sup>). Los más recientes estudios doctrinales evidencian que las referidas consecuencias negativas sobre el empleo no solo se han mantenido, sino que se han incrementado por el surgimiento de nuevas fórmulas de externalización en los últimos tiempos<sup>9</sup>). Solo hay que hacer referencia para constatar esta realidad a las empresas multiservicios, o al recurso al trabajo autónomo y parasubordinado –en ocasiones de dudosa laboralidad, como es el caso de la denominada economía de las plataformas digitales– en detrimento del trabajo asalariado. De la misma manera, también se evidencia que el marco normativo presenta notables carencias y una falta de adaptación que permita compatibilizar el recurso normal y lícito a la descentralización productiva y su utilidad económica con unas garantías laborales adecuadas a los nuevos planteamientos del trabajo decente.

El objetivo de este estudio es poner de manifiesto las insuficiencias de la institución laboral de la sucesión de empresa, como instrumento al servicio de los procesos de descentralización<sup>10</sup>). La antigua, obsoleta y genérica normativa legal (y comunitaria) dificulta la aplicación de sus garantías a muchos colectivos de trabajadores empleados en contrataciones de obras y servicios, y suscita una elevada

conflictividad judicial, sobre todo, en la determinación de las consecuencias ante un cambio de empresario. En efecto, la falta de previsiones expresas de la norma se suple con una copiosa jurisprudencia que no siempre es clara y unívoca, fruto de los numerosos pronunciamientos que tienen lugar sobre la materia.

---

1

Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1992, p. 2/45 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556; Blat Gimeno, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en Blat Gimeno, F. y otros *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p.25, ISBN: 84-8442-018-3; Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 38 y ss., ISBN: 87-8456-099-6; Gorelli Hernández, J., *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, pp. 51 y ss., ISBN: 978-84-96705-21-0; Kahale Carrillo, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 34 y ss., ISBN: 84-9903-745-5.

2

Nores Torres, L. E., *El trabajo en contratas: la noción de “contrata de propia actividad”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 21, ISBN: 84-8442-994-6.

3

Sanguineti Raymond, W., “¿Hacia un derecho del trabajo de las redes empresariales?”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 17, 2016, pp. 9 y ss., ISSN: 2386-8090.

4

Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2001, pp. 1/7 (pdf descargado el 09-06-16 de laleydigital.laley.es), ISSN: 0213-0556.

5

Rivero Lamas, J., “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídicolaboral”, en AA.VV. (Dir. Rivero Lamas, J.; Coord. De Val Tena, A.L.) *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El “Outsourcing”*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, p. 31, ISBN: 84-9767-303-4.

6

Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva...”, ob. cit., p. 3/7 pdf descargado.

7

Gorelli Hernández, J., *La tutela de los trabajadores...*, ob. cit., p. 47.

8

Blat Gimeno, F., “El marco socioeconómico...”, ob. cit., pp. 20 y 25.

9

Merece la pena remitir a dos completas y rigurosas monografías que recogen las principales intervenciones y conclusiones en dos recientes Congresos de ámbito nacional celebrados el año pasado: AA.VV. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid, Ediciones Cinca, 2018, ISBN: 978-84-16668-55-7; AA.VV. (Coord. López Balaguer, M.) *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, ISBN: 978-84-9190-052-8.

10

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (Coord. Fernández López, M.F.) *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 238, ISBN: 84-8164-645-8.



## II. APLICABILIDAD DE LA SUCESIÓN LEGAL Y CONVENCIONAL A LA SUCESIÓN DE CONTRATAS

La inexistencia de una normativa específica que ordene las garantías por cambio de empresario en los procesos de subcontratación conlleva que la tutela dispensada a los trabajadores dependa de que el supuesto pueda enmarcarse en las genéricas previsiones de la normativa legal sucesoria o de que, en su defecto, la negociación colectiva ordene concretas medidas de protección en su ámbito de aplicación.

Así, por un lado, el [art. 44 ET](#) es la normativa que transpone la [Directiva 2001/23/CE](#), *del Consejo de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad*. Siguiendo su mandato, incorpora al ordenamiento interno una serie de garantías mínimas frente a la novación subjetiva de la persona del empresario: la pervivencia de las relaciones laborales, la conservación del contenido del contrato de trabajo, el mantenimiento de las instancias representativas de los trabajadores y una serie de obligaciones de información y consulta a favor de aquellos. Pero, además, el legislador nacional introdujo una mejora al establecer una imputación legal de responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por los créditos laborales no satisfechos anteriores a la transmisión. En efecto, la [Directiva 2001/23/CE](#) se limita a recoger la posibilidad de que los diferentes Estados puedan establecer que el cedente, con posterioridad a la transmisión, continúe siendo responsable solidario de las obligaciones que resulten del contrato de trabajo junto al cesionario, permitiendo que se adopten disposiciones normativas nacionales más favorables.

En cualquier caso, la operatividad del precepto queda condicionada a la concurrencia de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo<sup>11</sup>). Respecto al primero, se requiere un cambio de titularidad en la persona del empleador y su interpretación se ha centrado en delimitar los negocios jurídicos que pueden causarlo. En la actualidad, su apreciación no resulta problemática, pues se ha establecido un criterio tan amplio que admite cualquier acto *inter vivos*, bastando con que se produzca dicho efecto: el cambio de empleador<sup>12</sup>).

En cuanto al segundo requisito, referido al objeto de la operación, se exige que lo transmitido sea una empresa en su totalidad, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. Ahora bien, a estos efectos resulta oportuno destacar que esta normativa no fue diseñada para aplicarse a un contexto productivo marcado por la tercerización y desmaterialización de la actividad empresarial<sup>13</sup>), sino que el modelo de empresa predominante en el momento de su aprobación era de carácter industrial<sup>14</sup>), constituida por un conjunto de bienes patrimoniales organizados en torno a la producción<sup>15</sup>). De ahí, que la identificación del objeto del traspaso en operaciones que afectan a actividades productivas descentralizadas haya resultado ser tan problemática, evidenciando las insuficiencias de la regulación legal para canalizar todos los cambios de titularidad que puedan producirse. Es más, a pesar de que se reformó para introducir una regla aclaratoria que pretende delimitar el alcance del objeto de la transmisión, su interpretación sigue suscitando controversias. En este sentido, “*se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*

*art. 44.2” ( ET)*<sup>16</sup>).

Precisamente, como consecuencia de las lagunas de protección, la normativa sectorial suele articular ciertas previsiones para garantizar la estabilidad en el empleo y paliar los efectos negativos que pueden acarrear los cambios de empresa contratista<sup>17</sup>). Estas cláusulas son habituales en los convenios colectivos de actividades del sector servicios altamente precarizadas y que no requieren para su ejecución activos patrimoniales importantes como la limpieza, la vigilancia o la jardinería.

Por tanto, se trata de un mecanismo de subrogación *sui generis* <sup>art. 44</sup>, cuyos efectos no derivan de la aplicación del ET, sino de la fuerza de obligar de los convenios a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación ( <sup>art. 82.3</sup> ET). En este orden de cosas, teniendo en cuenta el carácter de derecho mínimo necesario que tiene la norma legal, la negociación colectiva puede mejorar la protección estableciendo un régimen de garantías laborales más favorable en los casos en que resulte aplicable la ley, o puede ampliarla a supuestos que quedan extramuros de su campo de aplicación<sup>18</sup>).

Ahora bien, este tipo de cláusulas suelen contemplar un régimen de garantías más limitado que las previstas en el <sup>ET</sup> –por ejemplo, la responsabilidad solidaria rara vez se incluye, siendo lo más habitual que se imputen a cada empresario los créditos laborales derivados de su periodo de ejecución de la contrata–, así como la exigencia de cumplimiento de ciertos requisitos personales de los trabajadores a subrogar (antigüedad, modalidad contractual, funciones desempeñadas, etc.) o determinadas exigencias formales o documentales para la empresa cedente que condicionan su eficacia<sup>19</sup>). De este modo, la jurisprudencia viene estimando que la norma sectorial goza de cierta libertad en su configuración en la medida en que constituye una

excepción a las reglas generales sobre sucesión previstas en el [art. 44 ET](#). Por tanto, la interpretación que ha de hacerse sobre estas cláusulas es restrictiva<sup>20</sup>), no cabe una aplicación más favorable de la que expresamente se deduzca de sus propios términos.

En este sentido, la cuestión litigiosa se ha centrado en determinar si la subrogación contractual impuesta por convenio puede conllevar la aplicación del [art. 44 ET](#) y sus garantías. Y, al respecto, hay dos parámetros a considerar: 1) que el TJUE entiende que, el hecho de que el cesionario se haga cargo de la plantilla del anterior –en los términos que más adelante se expondrán–, puede implicar una transmisión a los efectos de la Directiva, lo que puede producirse por efecto del convenio colectivo. Y, 2) que el Tribunal Supremo ha partido tradicionalmente de una concepción separada de la subrogación legal y la convencional, de modo que la segunda puede regular requisitos y consecuencias diferentes que no tienen por qué coincidir con las del [art. 44 ET](#).

## 1. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Para el Tribunal de Luxemburgo, la [Directiva 2001/23](#) se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. Y ello implica delimitar, por un lado, el concepto de cesión contractual o fusión. Y por el otro, el de empresa, centro de actividad o parte de estos, en definitiva, una entidad económica.

Respecto a lo primero, ha mantenido desde sus primeros pronunciamientos una interpretación flexible y

omnicomprensiva, de modo que no obsta para apreciar la transmisión el hecho de que no exista una relación contractual entre cedente y cesionario, o que el cambio de titularidad se produzca como consecuencia de la decisión de un tercero<sup>21</sup>). En definitiva, permite la inclusión de cualquier supuesto de cambio en la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa<sup>22</sup>).

Así las cosas, el elemento decisivo es que la transmisión tenga por objeto una entidad económica y que esta mantenga su identidad tras el cambio de titularidad. En definitiva, de lo que se trata es de verificar si el nuevo empresario continúa o reanuda la explotación de la actividad valiéndose de los mismos elementos organizativos que ya empleaba su antecesor. Y para ello, el órgano judicial deberá tomar en consideración todas las circunstancias de hecho que hayan caracterizado la operación, siguiendo la ya clásica “matriz de indicios” que aparece en todas sus sentencias. Así, entre otros factores, ha de considerarse el tipo de empresa o centro de actividad, la transmisión de bienes muebles o inmuebles, la presencia de activos intangibles y su valor, la contratación de parte de la plantilla, la transmisión de clientela, etc.<sup>23</sup>). Ahora bien, en la medida en que el Tribunal de Justicia también ha afirmado que el peso o importancia relativa que se debe dar a este conjunto de indicios varía en función del tipo de empresa, de la actividad ejercida y de los métodos de explotación empleados, viene diferenciando entre empresas que desarrollan una “actividad que se apoya fundamentalmente en el equipamiento” y empresas de sectores en los cuales “la actividad se basa esencialmente en la mano de obra”<sup>24</sup>).

Por tanto, no todos los indicios son igual de relevantes para apreciar una transmisión, sino que deberán ponderarse en atención al tipo de empresa y de actividad. De modo que si una entidad económica puede funcionar y desempeñar una actividad sin necesidad de emplear elementos de activo

material o inmaterial no puede condicionarse la aplicación de la normativa sucesoria al traspaso de estos<sup>25</sup>), ya que se privaría de su protección a un nutrido grupo de trabajadores del sector servicios. En estos casos, desde la importante [STJUE de 11 de marzo de 1997](#) (TJCE 1997, 45) (*Süzen*, asunto C-13/95), se estima que, a falta de otros factores de producción, un conjunto de trabajadores organizados y específicamente destinados de forma estable a la ejecución de una actividad constituyen una entidad económica susceptible de transmisión. Y, en consecuencia, el mantenimiento de la identidad se deduce no solo del hecho de que el empresario cesionario continúe la actividad, sino de que, además, se haga cargo de una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencias. Pues, de este modo, el empresario cesionario habrá adquirido el conjunto de medios personales organizados o factores de producción necesarios para seguir explotando el servicio y que ya eran empleados por el cedente.

Sin duda, con la creación de esta doctrina –denominada sucesión de plantillas–, se abría la puerta a la aplicación de la Directiva a determinados supuestos de sucesión de contratados hasta el momento no incluidos. Y, aunque inicialmente se construyó sobre supuestos en los que el nuevo empresario asumía la plantilla del anterior de forma voluntaria, pronto se dio un paso más con la [STJUE de 24 de enero de 2002](#) (TJCE 2002, 29) (*Temco*, asunto C-51/00), al considerar que carece de relevancia que se produzca en virtud de una obligación impuesta por un convenio colectivo, siempre y cuando, conlleve el mantenimiento de una parte esencial del personal ocupado por el anterior empresario.

En efecto, el Tribunal de la Unión ha configurado la sucesión de plantillas como un requisito de resultados y no de medios<sup>26</sup>), por lo que resulta indiferente si el nuevo empresario se hace cargo del personal de su antecesor de

forma voluntaria u obligatoria. En ambos casos, si se constata que el personal transferido constituye un núcleo esencial, se habrá producido una transmisión de empresa<sup>27</sup>).

---

11

González Biedma, E., “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1993, p. 1/37 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556; Camps Ruiz, L.M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 15, ISBN: 84-8002-497-6; García Ortega, J., “La sucesión de contratistas”, en Blat Gimeno, F. y otros, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 343, ISBN: 84-8442-018-3; Valdés Dal Ré, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales: un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 34 y ss., ISBN: 84-8417-048-9; Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en AA.VV. (coord. Blasco Pellicer, A.A.) *El Empresario Laboral. Estudio jurídico en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 389, ISBN: 978-84-9876-956-2; Nores Torres, L.E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas al ámbito de las contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 32, ISBN: 978-84-9004-785-9.

12

Al respecto, véase: 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 e Inmigración*, nº 38, 2002, pp. 242 y ss., ISSN: 1137-5868; Moreno Gené, J., *El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 27 y ss., ISBN: 84-8442-863-2.

13

Monereo Pérez, J.L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Móstoles (Madrid), Ibídem, 1999, p. 114, ISBN: 84-88399-34-0.

14

Tanto en el momento de aprobación de la [Directiva 77/187/CEE](#) como del antecedente normativo del [art. 44 ET](#) ([art. 18 Ley 16/1976, de 8 de abril](#), de Relaciones Laborales), transcrito sin cambios esenciales al [ET de 1980](#), y que permaneció inalterado hasta la reforma introducida por la [Ley 12/2001](#). En este sentido, García Ortega, J., señala que la Directiva fue adoptada en un momento de crisis y reorganización empresarial, por lo que, al igual que el derecho español, no hace referencia a las contratas o subcontratas, ni a las vicisitudes que pueden acontecer una vez descentralizada la actividad [“La sucesión de contratistas”, ob. cit., p. 349].

15

En este sentido, Del Rey Guanter, S.; 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 e Inmigración*, nº 58, 2005, p. 221, ISSN: 1137-5868.

16

Introducida por la [Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad](#) [Directiva 98/50/CE](#) (BOE nº 164, de 10 de octubre de 2001). A través de esta, se transpuso la , antes de su codificación en 2001. En cualquier caso, no supone una modificación del ámbito de aplicación, sino una introducción de corrección y ajuste técnico a la jurisprudencia comunicaría anterior [Cfr. Valdés Dal Ré, F., *La transmisión de empresa...*, ob. cit., p. 24].

17

En este sentido, Aragón Gómez, C., “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del

Tribunal Supremo”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 13, 2006, p. 5/26 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556.

18

Por todos, Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Los problemas laborales...”, ob. cit, p. 400.

19

Con mayor detalle: Aragón Gómez, C., “Análisis de las cláusulas...”, ob. cit., pp. 15/26 y ss. pdf descargado.

20

Por todas, [STS de 8 de junio de 1998](#) (RJ 1998, 6693), rec. 2178/97.

21

Entre otras, SSTJUE de 7 de febrero de 1985, *Abels*, asunto C-135/83; de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86; de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stitching*, asunto C-29/91, etc.

22

Por todas, STJUE de 10 de febrero de 1988, *Daddy’s Dance Hall*, asunto C-324/86.

23

Por todas, [STJUE de 18 de marzo de 1986](#) (TJCE 1986, 65), *Spijkers*, asunto C-24/85. No obstante, este listado de indicios se enumera con carácter abierto y no exhaustivo, pues en ocasiones, se han considerado otros como el personal que la integra, sus directivos, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone

(Entre otras: [SSTJUE de 10 de diciembre de 1998](#) (TJCE 1998, 309), *Sánchez Hidalgo*, asuntos C-173 y 247/96; de [2 de diciembre de 1999](#) (TJCE 1999, 283), *Allen*, asunto C-234/98). Incluso, la organización, el funcionamiento, la financiación, la gestión y las normas jurídicas aplicables, que pueden caracterizar la entidad de tal forma que, si con ocasión de la transmisión se alteran, puede implicar un cambio en

su identidad ( [STJUE de 26 de septiembre de 2000](#) (TJCE 2000, 212), *Didier Mayeur*, asunto C-175/99).

24

Cfr. [SSTJUE de 26 de noviembre de 2015](#) (TJCE 2015, 283), *ADIF*, asunto C-509/14; de [19 de octubre de 2017](#) (JUR 2017, 261929), *Securitas*, asunto C-200/16.

25

[STJUE de 7 de marzo de 1996](#) (TJCE 1996, 41), *Merckx y Neuhuys*, asuntos C-171/94 y C- 172/94.

26

Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *IUSLabor*, nº 1, 2017, p. 18, ISSN: 1699-2938.

27

En este sentido, [STJUE de 20 de enero de 2011](#) (TJCE 2011, 2), *Clece*, asunto C-463/09, ap. 37 y 38.

## **2. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: EVOLUCIÓN HASTA LA STS DE 7 DE ABRIL DE 2016 (RJ 2016, 1702)**

Como se desprende del anterior apartado, la hermenéutica del Tribunal de Justicia en torno al objeto de la transmisión ha tenido una evolución coherente y constante, que ha seguido una interpretación extensiva en la medida en que ha ido ampliando progresivamente los supuestos comprendidos dentro del concepto de empresa para adaptarlo a los cambios sociales y económicos. Sin embargo, la jurisprudencia interna ha tenido una evolución discontinua y con constantes vaivenes interpretativos, marcados por la resistencia del Tribunal Supremo a abandonar una noción clásica y

patrimonialista de empresa<sup>28</sup>) y las tensiones ocasionadas con la concepción amplia de empresa del TJUE, habida cuenta del carácter vinculante de sus decisiones. En dicha evolución pueden diferenciarse tres etapas.

La primera se inició con la [STS de 5 de abril de 1993](#) (RJ 1993, 2906) (rec. 702/92) que, en unificación de doctrina, definió el estado de la cuestión, estableciendo que la conservación del empleo ante una sucesión de empresas contratistas podía producirse por dos vías diferentes: la

primera, por aplicación de la sucesión de empresa del [art. 44 ET](#), cuando el cambio de empresario lleve aparejada la transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura empresarial básica; y, la segunda, cuando a pesar de no transmitirse ningún soporte patrimonial, la negociación colectiva sectorial regule una obligación de subrogación. En otro caso, lo producido es una mera sucesión en la actividad objeto de la contrata, que no conlleva efecto subrogatorio alguno, pudiendo el contratista cesante proceder a extinguir los contratos. Por tanto, la continuidad de los trabajadores externalizados frente a las vicisitudes organizativas empresariales podía producirse a través de dos mecanismos independientes, aplicables a supuestos diametralmente distintos y con diferentes niveles de tutela laboral. Todo, con base en un único criterio: la necesidad de elementos significativos del activo material o inmaterial para explotar la actividad.

Posteriormente, y debido a la incorporación al acervo jurisprudencial interno de la doctrina sobre sucesión de

plantillas se inició una segunda etapa con la [STS de 27 de octubre de 2004](#) (RJ 2004, 7202), rec. 899/02. El Alto Tribunal admitió que el efecto derivado de la obligación impuesta por convenio colectivo puede convertirse en la causa determinante de la sucesión legal. Con ello, se ponía

de manifiesto que la sucesión de plantillas impuestas por convenio podía provocar ciertas *distorsiones*[29](#)), [art. 44](#) pues, además de los perjuicios que acarrearía contra la protección de los trabajadores al desincentivar su negociación, supondría la ineficacia de ciertas previsiones convencionales como aquellos requisitos que obligasen al nuevo empresario a subrogarse en solo una parte de la plantilla o de aquellas que previesen un régimen de garantías más limitado. En efecto, una vez aplicada la cláusula convencional insertaría el supuesto de hecho en el ámbito de aplicación del [ET](#) y desencadenaría en bloque todas sus consecuencias, incluido –como se decía en esta sentencia– “*un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social*”. En cualquier caso, durante los años siguientes se aplicó sin matices la sucesión de plantillas, produciéndose el necesario ajuste a la doctrina comunitaria. Así, una vez interiorizada por el Supremo, en sus propias sentencias dejaba constancia de que “*el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación*”[30](#)), siempre y cuando, concudiesen dos presupuestos básicos: 1) que la sucesión se produzca en un servicio o actividad cuyo activo principal sean los recursos humanos; y 2), que se constate que la subrogación ha afectado a una parte esencial de esos trabajadores, cuantitativa y cualitativamente[31](#)).

Sin embargo, tras más de una década de alineamiento pacífico entre la jurisprudencia interna y comunitaria, con la [STS de 7 de abril de 2016](#) (RJ 2016, 1702) (rec. 2269/14) –seguida de muchas otras que consolidan su doctrina[32](#)– el Alto Tribunal volvió “*a mostrar su incomodidad*” con la sucesión de plantillas impuesta por convenio, y dio un giro interpretativo que ha sido calificado como “*un nuevo alejamiento*” de la jurisprudencia

comunitaria<sup>33</sup>). La controversia surgía al hilo de una reclamación de cantidad contra las dos empresas contratistas y la interpretación que debe hacerse del convenio estatal de empresas de seguridad y su cláusula de subrogación que excluye la responsabilidad<sup>34</sup>). En este caso, el tribunal consideró que la nueva adjudicataria no debía responder solidariamente porque, aunque se había subrogado en los contratos de trabajo por imponerlo el convenio, no resultaba aplicable el [art. 44](#) ET. Llegaba a esta conclusión incorporando ciertos argumentos novedosos<sup>35</sup>) a través de los cuales, realizaba una “*reconstrucción alternativa*” del criterio de la sucesión de plantillas<sup>36</sup>).

Así, por un lado, diferenciaba entre sucesión de plantillas voluntaria que, al parecer, sí quedaría incluida en el ámbito de aplicación del [art. 44](#) ET, y la sucesión de plantillas impuesta por convenio que no conduciría a la misma solución. Dicho con otras palabras, en este asunto introduce un nuevo requisito en la configuración de la exégesis normativa del precepto: la necesaria *voluntariedad de la sucesión de plantillas*. La razón que avalaría este entendimiento es que, de no haber existido el mandato del convenio, no se habría producido subrogación alguna, debido a la inaplicación inicial del precepto legal, de ahí la legalidad de las previsiones más restrictivas de la cláusula convencional.

Y por el otro lado, no negaba que, conforme a la citada [STJUE](#) (TJCE 2002, 29) *Temco*, se esté ante una sucesión de plantilla impuesta por la negociación colectiva que *introduce el supuesto directamente en el ámbito de aplicación de la Directiva [art. 8](#)*. Y es que, otra solución, colisionaría frontalmente con la jurisprudencia comunitaria y con su propio posicionamiento durante el periodo anterior. Por tanto, entendía que, en los casos de aplicación del criterio de la

sucesión de plantillas por cumplimiento del mandato de un convenio colectivo –de forma no voluntaria–, lo que se produce es una transmisión de empresa a efectos de la Directiva, pero no de la ley. Así las cosas, las consecuencias que deberían aplicarse son las previstas en la norma comunitaria. De este modo, el convenio amplía la protección en materia de sucesión de empresa, en régimen de complementariedad o concurrencia no conflictiva con la ley. Esta facultad del convenio, expresamente prevista en el de la [Directiva 2001/23/CE37](#)), quedaría avalada por la condición de derecho necesario mínimo de la norma estatutaria.

En definitiva, esta interpretación no se oponía a la aplicación de la garantía subrogatoria del total de la plantilla –aun cuando el convenio solo ordene la contratación de una parte de la misma–, pues es un efecto previsto por ambas normas, legal y comunitaria. Pero si preveía que el convenio pueda disponer de la responsabilidad solidaria, por cuanto que este es un efecto del [art. 44 ET](#) y no de la [Directiva38](#)). No obstante, este pronunciamiento cuenta con dos votos particulares, que evidencian el intenso debate que debió producirse en el seno de la Sala 4ª, dada la trascendencia y complejidad del tema[39](#)). Del sentir general de ambos se desprende que la cuestión estaba ya resuelta desde la [STS 27 de octubre de 2004](#) (RJ 2004, 7202), y así, se citan numerosas sentencias –correspondientes a la segunda etapa– en las que se deja constancia de que la subrogación convencional de una parte esencial de la plantilla en estos sectores desmaterializados convierte la operación en una transmisión de empresa a efectos de la Directiva y del propio [art. 44 ET](#), con todas sus garantías, incluida la discutida responsabilidad solidaria. De esta forma, en el segundo voto se concluye que “*como regla general hay que*

señalar que el Convenio puede imponer o no la subrogación, si no la impone la empresa entrante no está obligada a subrogarse pero, si la impone, la citada empresa ha de subrogarse en los derechos y obligaciones de la saliente con las garantías establecidas en el [artículo 44](#) del ET, lo que es de aplicación al asunto controvertido”.

---

28

Monereo Pérez, J.L., *La noción de empresa...*, ob. cit., p. 114; En contra: Desdentado Bonete, A., “La sucesión de empresa: ...”, ob. cit., p. 250.

29

Cfr. Desdentado Bonete, A., “La sucesión de empresa: ...”, ob. cit., p. 254.

30

Entre otras, [SSTS de 12 de julio de 2010](#) (RJ 2010, 6798), rec. 2300/09, con mención expresa al cambio de criterio; de [28 de febrero de 2013](#) (RJ 2013, 2398), rec. 542/12.

31

Entre otras, en las [SSTS de 5 de marzo de 2013](#) (RJ 2013, 3649), rec. 3984/11; de [9 de julio de 2014](#) (RJ 2014, 4637), rec. 1201/13 y de [12 de marzo de 2015](#) (RJ 2015, 1312), rec. 1480/14, puede apreciarse el denominado “*test de la sucesión de plantillas*”: “*en el supuesto particular de sucesión de contratados o concesiones con sucesión de plantillas se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: a) una empresa contratista o adjudicataria de servicios sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios por cuenta o a favor de un tercero; b) la sucesión de contratados o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación con la*

*empresa saliente, encargando a la entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; c) la empresa entrante ha incorporado al desempeño de la contrata una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente; y d) el activo principal para el desempeño de los servicios es la mano de obra organizada u organización en el trabajo”.*

32

[SSTS de 3 de mayo de 2016](#) (RJ 2016, 2854), rec. 3165/14; de [10 de mayo de 2016](#) (RJ 2016, 3251), rec. 2957/14; de [1 de junio de 2016](#) (RJ 2016, 3745), rec. 2468/14; de 6 de julio de 2017 (2), [rec. 1550](#) (RJ 2017, 3451) y [1669/16](#) (RJ 2017, 3880); de [13 de julio de 2017](#) (RJ 2017, 3470), rec. 2883/16; de [25 de julio de 2017](#) (RJ 2017, 3910), rec. 2239/16; de [20 de diciembre de 2017](#) (RJ 2017, 6129), rec. 335/16; de [10 de abril de 2018](#) (RJ 2018, 1976), rec. 3684/16; de [3 de mayo de 2018](#) (RJ 2018, 2308), rec. 2346/16; [9 de mayo de 2018](#) (RJ 2018, 2328), rec. 3065/16; de [29 de mayo de 2018](#) (RJ 2018, 2427), rec. 2748/16; de [31 de mayo de 2018](#) (RJ 2018, 3244), rec. 2586/16.

33

Cfr. Fita Ortega, F., “El [artículo 44](#) ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contratas y concesiones administrativas”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, 2016, pp. 194 y 195, ISSN: 1138-8692.

34

Véase: *Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad* (Resolución de 11 de abril de 2013; BOE nº 99, de 25 de abril de 2013). Puede consultarse la referida cláusula (artículo 14) en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-4391>.

35

En este sentido, Aragón Gómez, C., “Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* [artículo 44](#), nº 17, 2016, pp. 3/7 (pdf descargado el 10-04-17 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 2386-8090. En similar sentido, Fita Ortega, F., “El ET...”, ob. cit., p. 195.

36

Cfr. 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](#) (RJ 2016, 1702))”, *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2016, p. 8/9 (pdf descargado el 23-01-17 de [aranzadi.aranzadidigital.es](http://aranzadi.aranzadidigital.es)), ISSN: 0214-6045.

37

*“La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de [...] permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores”.*

38

Fita Ortega, F., “El [artículo 44](#) ET...”, ob. cit., p. 194. En el mismo sentido, De La Puebla Pinilla, A., “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 2, 2016, p. 109, ISSN: 1696-3083: *“lo que sí ponen en evidencia estos pronunciamientos son las reservas que todavía alberga el Tribunal sobre la doctrina de la sucesión de plantillas y, lo que es más relevante, las tensiones que genera la aplicación de esta doctrina al menos cuando deriva de la subrogación prevista en convenio colectivo”.*

39

Cfr. Nores Torres, L.E., “Sucesión de contratas...”, ob. cit., p. 3/9 pdf descargado. En este sentido, el Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan, que suscribe el primero de los votos particulares. Por su parte, el segundo voto particular, formulado por la Magistrada D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga y al que se adhieren D. Fernando Salinas Molina, D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol y D. Jordi Agustí Julià.

### 3. UN NUEVO HITO JURISPRUDENCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA SUCESIÓN DE PLANTILLAS: LA STJUE DE 11 DE JULIO DE 2018 (TJCE 2018, 142), SOMOZA, ASUNTO C-60/17

Por tanto, acertadamente, ante las dudas de compatibilidad entre la reciente jurisprudencia interna y los criterios doctrinales del tribunal comunitario, el TSJ de Galicia decidió plantear ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales<sup>40)</sup> para que se pronuncia sobre: 1) si una sucesión de una parte esencial de la plantilla impuesta por imperativo de un convenio colectivo puede producir una sucesión de empresa ante un cambio de contratistas; y 2) si, en caso de estimarse que hay transmisión, es posible que el convenio excluya la responsabilidad solidaria sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la transmisión, cuando la norma legal interna que ha transpuesto la Directiva sí lo prevé.

La respuesta del TJUE a la primera pregunta es afirmativa: la *“Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”*.

Y a juzgar por cómo ha desarrollado su argumentación, no parece que el Tribunal albergara duda alguna. De hecho, hasta podría calificarse de predecible, pue no incorpora ningún elemento de juicio nuevo, sino que se limita a sintetizar y reiterar su consolidada doctrina en torno a la

interpretación del objeto del traspaso<sup>41</sup>), en especial, la doctrina contenida en la sentencia [Temco](#) (TJCE 2002, 29). No obstante, debido a la antigüedad de la misma, cabía la posibilidad de que, ante esta nueva oportunidad, modificase su criterio. En cambio, con el asunto *Somoza* zanja cualquier atisbo de dudas y cierra su valoración reafirmando y declarando su plena vigencia. Es más, continúa diciendo que *“el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la [Directiva 2001/23](#) y que este Convenio regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal”*.

Respecto a la segunda cuestión, el Tribunal de la Unión se declara incompetente para resolverla, ya que implicaría pronunciarse sobre la compatibilidad entre distintas fuentes normativas nacionales y no sobre la interpretación del derecho comunitario. Por tanto, *“corresponde al juez nacional valorar el alcance de las disposiciones nacionales y la manera en que estas deben aplicarse”*. No obstante, pese a no responder a la cuestión, señala que la controversia *“versa sobre el examen de conformidad de una disposición de un convenio colectivo con una disposición legislativa nacional”* y que, dicho examen, requiere *“valorar cuestiones de jerarquía normativa”*. Con todo, como rápidamente ha manifestado la doctrina científica, mediante la solución dada a la primera cuestión prejudicial, el TJUE ha proporcionado los elementos de juicio necesarios para que el órgano nacional dicte sentencia<sup>42</sup>), por lo que aunque no haya dado respuesta, no hay razón para entender que deja sin resolver la cuestión de fondo<sup>43</sup>).

---

40

[ATSJ Galicia de 30 de diciembre de 2016](#) (JUR 2017, 281960), rec. 2310/16. A este se suma, en términos similares, el [ATSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de enero de 2018](#) (AS 2018, 1428), rec. 661/17.

41

En este sentido, Rojo Torrecilla, E., “Sucesión de empresa y responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Notas a la importante [sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018](#) (TJCE 2018, 142) (asunto C-60/17). Aplicación del [art. 44](#) de la LET y no del [art. 14](#) del convenio colectivo de empresas de seguridad”, en su blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2018, publicado el 12-07-18 en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

42

Ídem.

43

Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sucesión de plantilla ex Convenio Colectivo: impacto de la doctrina Somoza Hermo (incluida la [Ley de Contratos del Sector Público](#))” en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018, publicado el 16-07-18 en <http://ignasibeltran.com/>.

### III. EL IMPACTO DE LA STJUE “SOMOZA” (TJCE 2018, 142) EN LA JURISPRUDENCIA INTERNA

El nuevo pronunciamiento del tribunal comunitario ha tenido ya sus efectos en la jurisprudencia interna: por un lado, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, tras recibir la respuesta a las cuestiones prejudiciales, se acoge a la interpretación del TJUE y la aplica en su [STSJ Galicia de 26 de julio de 2018](#) (AS 2018, 2155), rec. 2310/16. Y por otro,

el propio Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina contenida en la STJUE Somoza en la [STS de 27 de septiembre de 2018](#) (RJ 2018, 4619), rec. 2747/16. En ambos casos, las resoluciones contienen ciertos elementos que merece la pena analizar.

### **1. LA STSJ GALICIA DE 26 DE JULIO DE 2018 (AS 2018, 2155), REC. 2310/16: LA TRANSMISIÓN DE DEUDAS DEL CEDENTE AL CESIONARIO VÍA “SUBROGACIÓN” Y NO VÍA “RESPONSABILIDAD SOLIDARIA”**

La resolución del TSJ gallego tras recibir las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales ha sido rápida y, como era predecible, considera irrelevante el carácter voluntario o no de la transmisión para que la operación se incardine en el ámbito de aplicación del [art. 44 ET](#) y que se apliquen todas sus consecuencias, acogándose plenamente a la doctrina comunitaria. Ahora bien, introduce una nueva idea en torno a la polémica exclusión de la responsabilidad solidaria por parte del convenio colectivo que invita a la reflexión sobre el mecanismo de la responsabilidad solidaria.

Aunque el TJUE no se pronunció sobre si el convenio puede excluir la garantía incorporada como mejora en la norma legal interna, el propio TSJ admite que la cuestión prejudicial que en su día formuló *“(más allá de su redacción, quizás desafortunada) era en este caso meramente hipotética, en tanto que la responsabilidad del cedente ya se establecía en la norma convencional y a quien se exoneraba de responsabilidad era precisamente al obligado cesionario”*. Esta exoneración del empresario entrante no es factible a la luz del [art. 3.1](#) de la Directiva pues, tal y como advierte el propio tribunal, *“desde que se da el traspaso, el cesionario se subroga en la posición del cedente respecto de todos los derechos y obligaciones del cedente existentes en ese momento, asumiendo obligatoriamente las deudas que aquel*

*hubiera contraído con el trabajador; los Estados pueden reforzar tal garantía estableciendo que sean responsables solidarios cedente y cesionario respecto de las deudas anteriores, pero esta posibilidad, desde luego, no impide que el cesionario sea responsable siempre, se le añada o no legalmente la responsabilidad del cedente art. 44*". De manera que el hecho de que el TJUE no se haya pronunciado no cambia la solución que debe darse al caso pues con independencia de que la responsabilidad solidaria sea una mejora introducida por el ET, la propia norma comunitaria ya prevé la transmisión de deudas pendientes de cumplimiento.

Entonces, ¿cómo debe interpretarse el mecanismo de la responsabilidad solidaria? El art. 44.3 ET establece que *"sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos 'inter vivos', responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas art. 3.1.2º*". Y esta garantía adicional incorporada por el legislador español es legítima en la medida en que el de la Directiva 2001/23/CE señala que *"los estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso"*. Así las cosas, la jurisprudencia ha venido considerando *"que la interpretación que procede hacer del precepto cuestionado ha de ser la misma que ya fue tradicional en nuestro derecho histórico, o sea, la que entiende que el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no sólo se produce la subrogación*

*de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar”[44](#)*). Dicho con otras palabras, los tribunales entienden que la garantía de la obligación de subrogación contenida en el apartado primero del [artículo 44](#) cubriría la transmisión material al empresario cesionario de los contratos de trabajo vigentes y las condiciones de trabajo que le dan contenido, mientras que las obligaciones pendientes de cumplimiento se transmitirían a través del mecanismo de la responsabilidad solidaria. Esto permite, además, que dicha responsabilidad surta efectos no solo respecto de las deudas vinculadas a los contratos de trabajo subrogados –como prevé la Directiva–, sino también de aquellos otros que fueron extinguidos con carácter previo a la transmisión y nunca llegaron a prestar servicios para el cesionario. En este sentido, supone un plus de tutela respecto a la norma comunitaria[45](#)).

Ahora bien, la doctrina científica ha comenzado a poner de manifiesto otra interpretación más acorde con la evolución normativa de la institución subrogatoria en el derecho español y con la propia norma comunitaria[46](#)). Y es que con anterioridad a que el legislador introdujera esta garantía de solidaridad[47](#)) los tribunales ya venían entendiendo que las deudas laborales se transmitían igualmente al empresario cesionario[48](#)) bajo el ámbito material de la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario anterior prevista en el art. 79 de [Ley de Contrato de Trabajo de 1944](#)[49](#)). De esta manera, el cesionario asumía la posición del empresario cedente, resultando el nuevo obligado, mientras que el empresario saliente quedaba liberado. Por tanto, una interpretación finalista de la norma prevista en el [art. 44.3](#) ET conlleva entender que supone una extensión legal de

la responsabilidad del cedente durante un periodo posterior a la transmisión, evitando que quede desvinculado de las deudas generadas durante el periodo en el que fue el empresario laboral (deudas anteriores al traspaso) [50](#)). De no ser así, se facilitaría la realización de operaciones fraudulentas a favor de empresarios cesionarios insolventes, que frustraría las expectativas de cobro de los trabajadores de sus créditos laborales al quedar liberado el cedente.

Esta interpretación, la de que el mecanismo de la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario anterior es por el que se transmiten los créditos pendientes de cobro, también queda avalada a la luz de las Directivas comunitarias. En efecto, el TJUE ha considerado, desde sus primeros pronunciamientos, que el “ [artículo 3 de la Directiva 77/187](#) debe interpretarse en el sentido de que engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de Trabajo o de una relación laboral nacida antes de la fecha de la transmisión”. Así lo determinó en el asunto *Abels* [art. 3.1](#) (citado), respecto del salario del mes en que se produjo la transmisión, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones anuales. Y ello, a pesar de que el gobierno neerlandés, expresamente, sostenía que los créditos laborales que ya eran exigibles al anterior empresario no son transmisibles al cesionario, salvo cuando el legislador nacional prevea la responsabilidad solidaria, en virtud del apartado 2º del de la [Directiva 77/187/CE](#). Con todo, cabe resaltar que el tenor de dicho precepto antes de la reforma operada por la [Directiva 98/50/CE](#) (que conserva la literalidad en la posterior [Directiva 2001/23/CE](#)) era mucho más clarificador en la medida en que establecía que “los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha

*del traspaso tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral” (el subrayado es mío). De modo que TJUE interpretó que dicho párrafo segundo “*que autoriza a los Estados miembros a prever la responsabilidad del cedente, junto al cesionario, ‘después de la fecha del traspaso’, indica que, en primer lugar, es responsabilidad del cesionario hacerse cargo de las obligaciones existentes en el momento de la transmisión y que se deriven de los derechos de los trabajadores*”. Así, no cabe duda alguna de que para el tribunal comunitario las deudas pendientes anteriores a la transmisión se transmiten por mor del mecanismo subrogatorio previsto en [art. 3.1.1º](#) Directiva, mientras que la responsabilidad solidaria pretende que el cedente no quede desvinculado de las mismas una vez efectuado el traspaso, para salvaguardar los créditos de los trabajadores ante el cambio de empresario.*

En definitiva, la norma legal interna supone una mejora respecto a la comunitaria en un doble sentido: 1) como una mejora de las garantías de cobro de los créditos laborales al prever también la responsabilidad del cedente, pues de no estar regulada la solidaridad este quedaría desvinculado de las deudas desde que se transmite la empresa al cesionario; y 2) como garantía de las deudas laborales y de seguridad social de los trabajadores no subrogados (aquellos cuyos contratos se extinguieron con anterioridad a la transmisión), pues la directiva solo prevé la subrogación de las deudas pendientes respecto a las relaciones laborales existentes en el momento de la transmisión.

De esta manera, no cabe duda de que la siempre tan discutida y problemática responsabilidad solidaria requiere una nueva interpretación, pues su inclusión en el [art.](#)

44 ET no constituye una mejora respecto a las deudas pendientes con los trabajadores subrogados –cuestión frecuentemente discutida cuando la subrogación la impone el convenio exonerando al empresario entrante– ya que la transmisión de estas también queda prevista en la Directiva. De modo que si se produce una sucesión de plantillas, el nuevo empresario se subrogará tanto en las relaciones laborales como en las obligaciones vinculadas a las mismas desde que dicha garantía está establecida en la norma comunitaria y debe quedar al margen de la autonomía de la voluntad<sup>51</sup>).

---

44

Entre otras, SSTS de 15 de julio de 2003 (3), [rec. 1973/02](#) (RJ 2003, 6919), 1872/02, [3442/01](#) (RJ 2003, 6108); de [4 de octubre de 2003](#) (RJ 2003, 7378), [rec. 585/03](#); de [7 de abril de 2016](#) (RJ 2016, 1702), [rec. 2269/14](#); de [3 de mayo de 2016](#) (RJ 2016, 2854), [rec. 3165/14](#), etc.

45

Con mayor detalle: Altés Tárrega, J.A., “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 50, 2019, pp. 39-50, ISSN: 2386-8090.

46

Aragón Gómez, C., “Régimen jurídico aplicable...”, ob. cit., p. 4/7 pdf descargado. En el mismo sentido, Altés Tárrega, J.A., “La responsabilidad del adquirente...”, ob. cit., pp. 52 y ss.

47

Art. 18 de la [Ley de Relaciones Laborales de 1976](#) (citada), antecedente normativo inmediato al [ET de 1980](#), con idéntico tenor literal (véase nota nº 10).

48

Entre otras, SSTCT de 22 de mayo de 1967; de 16 diciembre de 1967 y de 16 de noviembre de 1981; igualmente, así lo entendía el Tribunal Supremo en sus [SSTS de 30 de junio](#) (RJ 1988, 5497) (RJ 5497) y de [22 de noviembre de 1988](#) (RJ 1988, 8858) (RJ 8858).

49

Decreto de 26 de enero de 1944 (BOE nº 55 de 24 de febrero de 1944).

50

Con mayor detalle, Altés Tárrega, J.A., “La responsabilidad del adquirente...”, ob. cit., pp. 52 y ss., así como toda la doctrina científica citada en la obra.

51

Con mayor detalle, véase Valdés Alonso, F., *La transmisión de empresa...*, ob. cit., pp. 17 y ss. y 73.

## **2. LA STS DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2018 (RJ 2018, 4619), REC. 2747/16: ¿UN NUEVO AJUSTE A LA DOCTRINA COMUNITARIA?**

La discrepancia del TSJ de Galicia con la doctrina del TS se deducía de la propia lectura del auto mediante el que planteó las cuestiones prejudiciales. Sin embargo, la duda residía en si este último cambiaría su criterio ante un eventual recurso de casación, pues existían ciertos elementos de textura abierta que le habrían permitido mantener su tesis, que no quedaba totalmente desvirtuada tras la respuesta del TJUE. En efecto, el tribunal comunitario no deja lugar a dudas de que una sucesión de plantillas, aún impuesta por convenio, queda incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Y

esta conclusión, que no es otra cosa que una reafirmación de la doctrina *Temco* [art. 44](#), no fue ignorada en la comentada [STS de 7 de abril de 2016](#) (RJ 2016, 1702). Debe tenerse en cuenta que, en esta reconstrucción interpretativa del TS, no se discute la aplicación de la [Directiva](#) sino del [ET](#) –más concretamente, la responsabilidad solidaria no prevista en la norma comunitaria– cuando sea la negociación colectiva la que ordene la subrogación ante una inicial sucesión de plantilla voluntaria. Por tanto, no contradice a la respuesta a la cuestión prejudicial.

En cualquier caso, afortunadamente no ha sido así y mediante la [STS de 27 de septiembre de 2018](#) (RJ 2018, 4619) (rec. 2747/16) [52](#)) se produce un nuevo alineamiento con la jurisprudencia comunitaria al resolver un caso de subrogación empresarial por sucesión de contratistas impuesta por convenio colectivo que establece la responsabilidad exclusiva del cedente sobre las deudas anteriores al traspaso. Así, el TS admite que pese a ser un tema que ya ha sido resuelto en numerosos asuntos recientes conocidos por la Sala, la nueva STJUE *Somoza* requiere un replanteamiento de su propia doctrina en torno a la subrogación convencional. Tal y como se afirma en dicha sentencia, aunque la [STJUE](#) (TJCE 2002, 29) *Temco* era conocida y tenida en cuenta, la Sala 4ª partía de una premisa diferente a la del TJUE, pues entendía que el hecho de que los agentes sociales decidieran proteger una situación que quedaba extramuros del concepto legal de transmisión de empresa permitía una interpretación restrictiva, esto es, admitir la validez de la regulación pactada por cuanto que lo pretendido era la estabilidad en el empleo y no imponer cargas pecuniarias al nuevo empresario. Sin embargo, se

acepta ahora que el único criterio relevante es que se transmita la entidad económica –verdadero elemento definidor de la sucesión empresarial– que puede quedar constituida por un conjunto de trabajadores organizados y adscritos de forma estable a la contrata en actividades basadas en la mano de obra. Por tanto, no se debe seguir abordando el problema atendiendo a la “causa” de la continuidad de la plantilla, ya que es indiferente que la misma se produzca de forma voluntaria o impuesta por el convenio. En este último caso, los efectos derivados de aplicar sus previsiones también pueden determinar la existencia de sucesión de empresarial.

No obstante, en esta sentencia se introduce un nuevo elemento cuyo impacto en futuras resoluciones es todavía difícil de precisar. Así, por un lado, reitera que en sectores desmaterializados es posible que un conjunto de personas conforme una entidad económica. Pero, por otro lado, advierte de que esta subrogación no es automática ni incondicionada, pues la mera asunción de un conjunto de personas no equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos, sino que habrá que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes. En este sentido se requiere *“el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario de personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación”*.

Por tanto, entiende que la transmisión de una entidad económica –basada en el factor personal– *“no es algo que*

*pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y su prueba”, de modo que cuando el convenio ordene la subrogación “será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite”.*

A mi juicio, caben dos formas de entender este nuevo criterio. De un lado, admite la interpretación de que, tal y como ocurría con anterioridad a la [STS 7 de abril de 2016](#) (RJ 2016, 1702), son dos los requisitos que deberán acreditarse para que se pueda aplicar la sucesión de plantilla: 1) que el activo principal y único para realizar la actividad sea el personal y; 2) que la parte asumida por el nuevo titular sea relevante. Y en consecuencia, tal y como ya señalaba la doctrina científica<sup>53)</sup>, la actividad probatoria podría circunscribirse a delimitar cuándo la parte de la plantilla subrogada tiene la consideración de esencial –cuestión que desde un punto de vista técnico provoca una gran inseguridad jurídica<sup>54)</sup>–, o también se podría tratar de acreditar que la mano de obra no es el factor esencial de la actividad y por tanto no puede activar la transmisión de empresa una eventual sucesión de plantillas. Solo así, se entiende que entre estas nuevas “circunstancias concurrentes” señaladas se haga referencia a activos patrimoniales materiales e inmateriales (mobiliario, programas informáticos y medios audiovisuales). De este modo, podría considerarse que cuando existan ciertos activos de dudosa relevancia podría probarse que su valor es superior al que en un principio se le atribuía y, en consecuencia, se requerirá su traspaso para considerar que se transmite una entidad económica patrimonial<sup>55)</sup>. Incluso, se podría cuestionar la eficacia de la norma convencional para imponer la subrogación, dirimiendo si resulta aplicable o no<sup>56)</sup>; verificando si los trabajadores cumplen los requisitos establecidos para ser subrogados<sup>57)</sup>; o tratando de determinar el alcance del incumplimiento de la empresa

cedente de las obligaciones formales impuestas por la norma pactada para que la misma no surta efectos [58](#)).

Pero por otro lado cabría interpretar que aun cuando se ha transmitido una parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias, en atención a ciertas características de la adjudicación –como, expresamente señaladas, el modo de suministrar los servicios o la dirección de la plantilla subrogada– cabría eludir, de nuevo, la aplicación de la normativa legal y comunitaria. Y ante esta interpretación, se debe insistir en que *de lege data* el criterio de la asunción de plantillas es un indicio único y determinante de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (sin perjuicio de que sea cuestionable como expondré en el siguiente apartado). Cabría discusión en torno a determinar qué es una “parte esencial” de la plantilla, atendiendo a variables cuantitativas y/o cualitativas, pero una vez subrogada una parte esencial de la misma, no cabría alegar otras circunstancias para evitar la aplicación de la normativa sucesoria.

---

52

Cuya doctrina ya ha sido reiterada por las [SSTS de 24 de octubre de 2018](#) (RJ 2018, 4981), rec. 2842/16 y de [25 de octubre de 2018](#) (RJ 2018, 5324), rec. 4007/16.

53

Con mayor profundidad, cabe remitir a Beltrán de Heredia Ruiz, I., ob. cit., pp. 19 y ss., así como a las numerosas entradas dedicadas a este tema, en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [<http://ignasibeltran.com/indice-de-entradas-por-temas/#sucesi%C3%B3nplantilla>].

54

Puede apreciarse el contraste entre la [STS de 7 de diciembre de 2011](#) (RJ 2012, 106) (rec. 4665/10), en la que se estima que hay sucesión de plantillas por asumir la contratista entrante a 36 de 46 trabajadores, y

la [STS de 9 de abril de 2013](#) (RJ 2013, 5127) (rec. 1435/12), en la que también hay sucesión, pero solo asume a 3 de 7/8 trabajadores.

55

Con mayor detalle sobre esta cuestión: Yagüe Blanco, S., “Reversión de contrata pública. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 40, 2018, pp. 81-92.

56

Esta cuestión se ha suscitado, especialmente, respecto a empresas principales que recuperan la actividad externalizada y no se ven

afectadas por el convenio sectorial ( [SSTS de 28 de octubre de](#)

[1996](#) (RJ 1996, 7797), rec. 566/96; de [10 de diciembre 2008](#) (RJ 2008, 7678), rec. 2731/07); y en las mismas circunstancias, Administraciones públicas que recuperan servicios que se gestionaban

de forma indirecta ( [SSTS de 17 de junio de 2011](#) (RJ 2011, 5423),

rec. 2855/10; de [11 de julio de 2011](#) (RJ 2011, 5667), rec. 2861/10); así como Centros Especiales de Empleo que concurren a la adjudicación

de contrata en un determinado ámbito sectorial ( [SSTS de 4 de octubre de 2011](#) (RJ 2012, 3353), rec. 4597/10; de 18 de diciembre de 2012, rec. 44/12).

57

Entre otras, [SSTS de 18 de septiembre de 2012](#) (RJ 2012, 9982), rec. 2963/11; de 12 de febrero de 2013, rec. 28512.

58

Entre otras, [SSTS de 20 de septiembre de 2006](#) (RJ 2006, 6667),  
rec. 3671/05; de [26 de julio de 2007](#) (RJ 2007, 6129), rec. 381/06.

#### **IV. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA NORMATIVA SUBROGATORIA. ALGUNAS REFLEXIONES PARA GARANTIZAR EL DERECHO AL TRABAJO (DECENTE) DE LOS EMPLEADOS EXTERNALIZADOS**

A la luz de las dificultades interpretativas que entraña la normativa laboral sobre sucesión de empresa resulta necesario repensar su regulación. Más concretamente, tal y como viene demandando parte de la doctrina desde hace tiempo, sería recomendable la aprobación de previsiones específicas que ordenen la subrogación en el marco de la sucesión de contratas. Y al abordar dicha tarea, se deberían tener en cuenta dos ideas ya expuestas: por un lado, que la descentralización productiva y sus dinámicas han adquirido total normalidad en el funcionamiento del sistema productivo, por las indudables ventajas que introduce (eficiencia, especialización, simplificación de la gestión, etc.). Pero por el otro, que el estatuto jurídico de los trabajadores empleados en las contratas y subcontratas cuenta con grandes dosis de precariedad e inestabilidad que no son sostenibles a la luz de los actuales planteamientos del “trabajo decente”. Por tanto, el ordenamiento laboral debe adaptarse al recurso habitual a la externalización, permitiendo el aprovechamiento de sus aspectos positivos, pero limitando aquellos efectos perversos que puede conllevar sobre el empleo.

Una de las principales consecuencias negativas que conlleva la externalización es la falta de estabilidad laboral, ya que se permite vincular la vigencia de la relación laboral a la de la relación de colaboración entre empresas en lugar de al

desarrollo de la actividad productiva. Cabe recordar que la institución de la sucesión de empresa tiene por finalidad principal hacer efectivo el principio de estabilidad en el empleo ( [art. 35 CE](#)) y que el mismo no queda del todo garantizado cuando se produce una sucesión de contratistas sin transmisión de bienes patrimoniales, pues la continuidad de la plantilla dependerá de la decisión voluntaria del empresario o, en el mejor de los casos, de que la negociación colectiva lo ordene. Es decir, la tutela otorgada a los trabajadores empleados en ciertas actividades de servicios queda en manos de la autonomía de la voluntad mientras que en actividades que precisan de bienes patrimoniales la garantía de continuidad de la prestación de servicios operará *ope legis*.

Es cierto que podría alegarse que en este segundo caso surtirá efectos solamente cuando se transmita la infraestructura necesaria, mientras que en el primer caso no se transmite nada cuando ni si quiera se queda el nuevo empresario con la plantilla. No obstante, a mi juicio, el problema está en la identificación de cuál es el elemento esencial que permite la continuidad de la actividad. El TJUE viene considerando que la entidad económica puede corresponderse con una doble realidad organizativa. Por un lado, puede ser una empresa destinada a desarrollar *una actividad que se apoya fundamentalmente en el equipamiento* y en este caso, el elemento imprescindible para continuar la actividad es la transmisión del equipamiento patrimonial. De hecho, en las resoluciones del propio TJUE ha tenido una relevancia privilegiada a pesar de que se insiste en que para calificar el cambio de titularidad como transmisión empresarial se debe atender a un conjunto de circunstancias de hecho, con carácter abierto y no exhaustivo, entre las que también se encuentra la clientela, la plantilla, la duración de una eventual suspensión de la actividad, etc.[59](#)). Y por el otro, puede tratarse de una

empresa dedicada a una *actividad que se basa esencialmente en la mano de obra*, para lo cual únicamente se atenderá a que el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial de la plantilla. En este caso, a falta de otros factores de producción, el TJUE considera que este es el elemento esencial que permite deducir que se mantiene la identidad de lo transmitido tras el cambio de empresario. Por tanto, se trata de un criterio determinante y único, en la medida en que se ha considerado que no hay otras circunstancias de hecho que puedan ponderarse. Sin embargo, además de ser un criterio harto problemático también es restrictivo.

En este sentido, ha sido criticado por la doctrina tanto por cuestiones dogmáticas –en la medida en que confunde el efecto/garantía con la causa/síntoma de la transmisión–[60](#)), como por los innumerables problemas prácticos que conlleva. Además, implica otorgar un nivel de tutela diferente a trabajadores empleados en contratos por el solo de hecho de prestar servicios en una actividad que no requiere del uso de activos patrimoniales, paradójicamente, dejando fuera del campo de aplicación de la norma legal y comunitaria a aquellos trabajadores que más necesitan de su protección, habida cuenta de las condiciones laborales precarias que tienen. En estos casos, no surtirán efectos las garantías laborales de la sucesión si no hay una contratación voluntaria por el nuevo empresario o lo impone el convenio. Es por ello, que un sector doctrinal se ha posicionado a favor de incluir dentro del ámbito de aplicación de la norma a estos supuestos de cambio de titularidad de empresas desmaterializadas[61](#)). Y es que esta diferencia de trato no resulta razonable si se tiene en cuenta que una empresa lo es tanto si dispone de activos patrimoniales como si no, pues la ausencia de estos no implica la imposibilidad de explotar una actividad económica[62](#)). En este sentido, se ha resaltado que las resistencias para calificar como transmisión de

empresa este tipo de supuestos de sucesión de contratistas se basan en un problema de coherencia. En efecto, si este tipo de actividades externalizadas que no requieren aportar por parte del contratista más que un conjunto de empleados no suscitan dudas desde el punto de vista de su legalidad –a pesar de la difusa frontera con la cesión ilegal de mano de obra– no debería ocasionar tantos problemas a la hora de apreciarse su transmisión, habida cuenta de que el empresario cedente estaría transmitiendo lo mismo que aportó en el momento de contratar con la comitente [63](#)).

Como ya se ha dicho, el TJUE ha identificado a la plantilla como el elemento esencial que permite la continuidad de estas actividades desmaterializadas. Sin embargo, considero que el factor de producción verdaderamente e imprescindible es otro, pues debe tenerse en cuenta que muchas de estas actividades se caracterizan por el empleo de mano de obra de baja cualificación, fácilmente reemplazable o sustituible. Por tanto, no puede afirmarse que el hecho de no contratar a la plantilla del empresario saliente implique que no ha recibido el elemento necesario para explotar la actividad. Es la recepción del encargo por parte de la empresa principal lo que le permite a la adjudicataria mantener un volumen de negocio durante el periodo que dura la contrata y, en consecuencia, desempeñar una actividad para la que precisará empleados. Dicho con otras palabras, el elemento esencial que se transmite es la clientela.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia nunca ha tomado en consideración el valor clientela en este tipo de actividades, a pesar de estar incluida en su listado clásico de indicios y de haberlo ponderado junto con otros indicios en el traspaso de entidades materializadas. Así, al hilo de diversas sucesiones de concesiones administrativas en las que ha manifestado que la misma juega un papel importante en la valoración [64](#)). Por tanto, no existe razón para no valorar este elemento en estas otras actividades, pues si bien es cierto que no hay

activos materiales o inmateriales, pueden tenerse en cuenta otros aspectos además de la asunción de la plantilla.

En este sentido, también se ha pronunciado la doctrina, indicando que la no asunción de plantilla no debería excluir la transmisión de empresa, si se tiene en cuenta la importancia que la clientela –o, desde una perspectiva mercantil, el denominado “fondo de comercio”– tiene para la empresa, habida cuenta de que en organizaciones que no necesitan inversión patrimonial constituye su principal activo<sup>65</sup>). Por tanto, se afirma que en muchos casos se debería concluir la aplicación del [art. 44](#) ET ya que en el marco de la sucesión de contratos siempre se sucede el cliente principal.

No obstante, pese a compartir los argumentos y la finalidad de esta conclusión, creo que podría matizarse. En efecto, en todos los casos en los que se produce una sucesión de contratos no se transmite la clientela, dependerá de cómo se haya pactado la contraprestación del contratista. De hecho, cuando este obtenga sus ingresos directamente del mercado no habrá transmisión de clientela. En este sentido, podría tomarse como referencia la delimitación de los nuevos contratos previstos en la nueva [Ley de Contratos del Sector Público](#). Así, configura como “contrato de servicios” aquel cuyo objeto consiste en una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad por la que el adjudicatario se obliga a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. En este caso, en el que la contraprestación proviene del pago que efectúa el cliente o empresa principal, habrá una clara transmisión de la clientela frente a un cambio de adjudicatario. Mientras que el “contrato de concesión de servicios” es aquel por el cual se encomienda la gestión de un servicio y cuya contrapartida esté constituida por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato, es decir, por el precio abonado por los usuarios del servicio o clientes. Esta diferenciación de los nuevos tipos

de contratos públicos de servicios con base en la asunción de un “*riesgo operacional*”, que suponga “*exposición real a las incertidumbres del mercado*” puede ser un indicio a tomar en cuenta en la sucesión de actividades desmaterializadas a efectos de determinar si se ha transmitido la clientela.

En definitiva, la idea que subyace en estas líneas es que la garantía de continuidad de la plantilla en este tipo de contrataciones desmaterializadas debería quedar reforzada por una normativa específica, ya que el criterio de la sucesión de plantilla elevado a la categoría de determinante conlleva dejar fuera del ámbito de aplicación de la subrogación legal a un nutrido grupo de colectivos del sector servicios. Mientras que si se valoran otras circunstancias, la tutela de estos trabajadores no queda en la esfera de la autonomía de la voluntad individual o colectiva.

Es más, considero que una eventual normativa específica debería invertir las reglas sobre transmisión. Es decir, ante una sucesión de contratistas se debería considerar que hay transmisión de empresa y que se aplican las garantías laborales, salvo que se acredite que no se ha transmitido la entidad económica. En el caso de las actividades materializadas no cambiaría la situación, pues no habrá transmisión si el cesionario no recibe la infraestructura necesaria para prestar el servicio. Mientras que en las actividades desmaterializadas la continuidad de la plantilla quedaría garantizada. Y es que no puede compararse cualquier tipo de transmisión de empresa con la que se produce en el seno de la sucesión de contrataciones. Un empresario que resulta adjudicatario de una contratación, durante la vigencia de la misma, ve garantizado un determinado volumen de ingresos y, por tanto, no parece poco razonable que se le exija a mantener también el volumen de empleo e incorpore la plantilla del anterior contratista. No obstante, esta regla podría matizarse estableciendo que no hay sucesión empresarial cuando no haya una transmisión de la clientela

según las consideraciones expuestas; o cuando el empresario entrante acredite que ya dispone de la plantilla necesaria para prestar el servicio y que no va a necesitar contratar a más trabajadores. Además, este podría ser el papel de la negociación colectiva en esta materia: delimitar en qué supuestos puede matizarse o limitarse la obligación de subrogación.

Sin embargo, debe recordarse que la institución de la sucesión empresarial responde a una doble racionalidad, económica y social<sup>66</sup>). No solamente tiene como objetivo garantizar los derechos laborales sino también la conservación o continuación de la empresa<sup>67</sup>). Y en este sentido, tal y como han resaltado los tribunales, imponer el conjunto de garantías que conlleva dicha institución laboral puede resultar excesivo para el nuevo empresario, lo que a la postre afecta a la competitividad y al tráfico jurídico. Especialmente problemática resulta la subrogación o responsabilidad sobre los créditos laborales nacidos con anterioridad a la transmisión. En cualquier caso, cabe recordar que la finalidad de dicha garantía es que el nuevo empresario pueda responder frente a los créditos laborales con el patrimonio adquirido, además de facilitar el cobro al trabajador<sup>68</sup>). Quizás esta garantía ha perdido virtualidad en el caso de las empresas desmaterializadas que desarrollan su actividad principalmente en el ámbito de las contrataciones y concesiones administrativas, pues no cuentan con una estructura patrimonial que pueda quedar afectada al cumplimiento de las deudas. Y en la medida en que el cesionario no recibe activos patrimoniales del cedente, tal vez no debería subrogarse tampoco en los créditos laborales pendientes de cumplimiento. De este modo, podría reestablecerse el equilibrio de intereses que subyacen bajo la institución laboral.

---

59

Un ejemplo es la [STJUE de 25 de enero de 2001](#) (TJCE 2001, 22), *Oy Liikenne*, asunto C-172/99, en la que se consideró que no hubo transmisión al no adquirir la nueva concesionaria de un servicio de transporte de autobús los vehículos empleados por la empresa saliente, a pesar de contratar a 33 de 45 trabajadores, apreciarse transmisión de la clientela –que se considera cautiva– y valorar el contrato administrativo como un activo material significativo por su elevado valor económico.

60

Camps Ruiz, L.M., *Puntos críticos del cambio...*, ob. cit., p. 28; En el mismo sentido, Martínez Moreno, C. “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresa y subcontratación”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* [STS de 27 de septiembre de 2018](#) (RJ 2018, 4619), nº 11, 1999, p. 5/40 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556. También en la jurisprudencia: STS de 27 de octubre de 2002, rec. 899/02; y más recientemente, en el voto particular formulado por el Excmo. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández en la , rec. 2747/16.

61

Monereo Pérez, J.L., *La noción de empresa...*, ob. cit., p. 39; más recientemente, el mismo autor en: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los ‘casos difíciles’ en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, nº 5, pp. 4/42 (pdf descargado el 10-10-17 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 2386-8090.

62

Martínez Moreno, C. “Tendencias jurisprudenciales recientes...”, ob. cit., p. 8/40 pdf descargado.

63

Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Los problemas laborales...”, ob. cit, p. 397.

64

En este sentido: SSTJUE Oy *Liikenne*, citada; de [20 de noviembre de 2003](#) (TJCE 2001, 22), *Carlito Abler*, [asunto C- 340/01](#) (TJCE 2003, 386).

65

Todolí Signes, A., “Acerca de la sucesión de contratistas”, en Sala Franco, T.; López Terrada, E. y Todolí Signes, A., *Jurisprudencia social a debate*, 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 156 y 157.

66

Con mayor detalle, entre otros, véase: Monereo Pérez, J.L., *La noción de empresa...*, ob. cit., p. 14; Del Rey Guanter, S.; Martínez Fons, D. Y Serrano Olivares, R., “El régimen jurídico de la transmisión...”, ob. cit., p. 31.

67

Con mayor detalle: Monereo Pérez, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 39 y ss., ISBN 84-7434-446-8; González Biedma, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pp. 39 y ss., ISBN 84-7434-572-3.

68

González Biedma, E., *El cambio de titularidad...*, ob. cit., p.298. Esta idea subyace también en algunas resoluciones judiciales, como la [STSJ Navarra de 29 de diciembre de 1995](#) (AS 1995, 4681) (núm. 638/96), que determina que “*la asunción ‘ope legis’ de las deudas laborales, asunción que no puede constreñirse a las derivadas de relaciones laborales subsistentes al tiempo de la cesión, sino que ha de extenderse a todas las que graviten sobre el patrimonio de la cedente por no haber sido satisfechas y ser exigibles, y ello por cuanto la finalidad del precepto estatutario no es otra que servir de garantía a los créditos laborales pendientes al tiempo de la transmisión empresarial, poniéndolos a cubierto de maniobras elusivas patrimoniales, que precisamente a través de la cesión puedan hacer desaparecer el soporte material o económico de la empresa, verdadera destinataria de los frutos de trabajo*”; y también

que “de lo contrario correría un grave riesgo la subsistencia del orden social y jurídico de tutela de los derechos de los trabajadores”.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Altés Tárrega, J.A., “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 50, 2019, pp. 39-60, ISSN: 2386-8090.

Aragón Gómez, C., “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 13, 2006, p. 1/26 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556.

Aragón Gómez, C., “Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 17, 2016, pp. 3/7 (pdf descargado el 10-04-17 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 2386-8090.

AA.VV. (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid, Ediciones Cinca, 2018, ISBN: 978-84-16668-55-7.

AA.VV. (Coord. López Balaguer, M.), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, ISBN: 978-84-9190-052-8.

Blat Gimeno, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en Blat Gimeno, F. y otros: *Descentralización productiva y protección del trabajo*

*en contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp.17-56, ISBN: 84-8442-018-3.

Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *IUSLabor*, nº 1, 2017, p. 18, ISSN: 1699-2938.

Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sucesión de plantilla ex Convenio Colectivo: impacto de la doctrina Somoza Hermo (incluida la Ley de Contratos del Sector Público)” en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018, publicado el 16-07-18 en <http://ignasibeltran.com/>.

Camps Ruiz, L.M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, ISBN: 84-8002-497-6.

Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1992, p. 1/45 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556.

De La Puebla Pinilla, A., “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2016, nº 2, p. 79-112, ISSN: 1696-3083.

Del Rey Guanter, S.; 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 e Inmigración*, nº 58, 2005, p. 221-286, ISSN: 1137-5868.

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 e Inmigración*, nº 38, 2002, pp. 241-266, ISSN: 1137-5868.

Fita Ortega, F., “El [artículo 44](#) ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contrataciones y concesiones administrativas”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, 2016, pp. 183-206, ISSN: 1138-8692.

García Ortega, J., “La sucesión de contratistas”, en Blat Gimeno, F. y otros: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 341-382, ISBN: 84-8442-018-3.

González Biedma, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, ISBN 84-7434-572-3.

González Biedma, E., “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1993, p. 1/37 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556.

Gorelli Hernández, J., *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, ISBN: 978-84-96705-21-0.

Kahale Carrillo, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, ISBN: 84-9903-745-5.

Martínez Moreno, C. “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresa y subcontratación”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de*

*teoría y práctica*, nº 11, 1999, p. 1/40 (pdf descargado el 03-02-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556.

Monereo Pérez, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 39 y ss., ISBN 84-7434-446-8.

Monereo Pérez, J.L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Móstoles (Madrid), Ibídem, 1999, p. 114, ISBN: 84-88399-34-0.

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: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2017, nº 5, pp. 1/42 (pdf descargado el 10-10-17 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 2386-8090.

Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, ISBN: 87-8456-099-6.

Moreno Gené, J., *El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, ISBN: 84-8442-863-2.

Nores Torres, L. E., *El trabajo en contratas: la noción de “contrata de propia actividad”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, ISBN: 84-8442-994-6.

Nores Torres, L.E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas al ámbito de las contratas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, ISBN: 978-84-9004-785-9.

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](#)) (RJ 2016,

1702))”, *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2016, p. 1/9 (pdf descargado el 23-01-17 de aranzadi.aranzadidigital.es), ISSN: 0214-6045.

Rivero Lamas, J., “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídicolaboral”, en AA.VV. (Dir. RIVERO LAMAS, J.; Coord. DE VAL TENA, A.L.): *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El “Outsourcing”*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, p. 31, ISBN: 84-9767-303-4.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (Coord. Fernández López, M.F.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, ISBN: 84-8164-645-8.

Rojo Torrecilla, E., “Sucesión de empresa y responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Notas a la importante [sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018](#) (TJCE 2018, 142) (asunto C-60/17). Aplicación del [art. 44](#) de la LET y no del [art. 14](#) del convenio colectivo de empresas de seguridad”, en su blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a la nuevas realidades laborales*, 2018, publicado el 12-07-18 en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Los problemas laborales de la sucesión de contratados”, en AA.VV. (coord. Blasco Pellicer, A.A.): *El Empresario Laboral. Estudio jurídico en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 385-412, ISBN: 978-84-9876-956-2.

Sanguinetti Raymond, W., “¿Hacia un derecho del trabajo de las redes empresariales?”, *Trabajo y derecho: nueva revista*

*de actualidad y relaciones laborales*, nº 17, 2016, pp. 9-13, ISSN: 2386-8090.

Todolí Signes, A., “Acerca de la sucesión de contratistas”, en Sala Franco, T.; López Terrada, E. y Todolí Signes, A.: *Jurisprudencia social a debate*, 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 151-160.

Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2001, pp. 1/7 (pdf descargado el 09-06-16 de [laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)), ISSN: 0213-0556.

Valdés Dal Ré, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales: un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, ISBN: 84-8417-048-9.

Yagüe Blanco, S., “Reversión de contratos pública. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 40, 2018, pp. 81-92.