

Controversia en materia de sucesión de empresa y discontinuidad con la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 189/2020, de 3 de marzo](#)

Luis Sánchez Quiñones

Abogado sénior.

Departamento laboral Ontier

1. Introducción. Marco normativo

Cuando parecía que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) abría una nueva vía en materia de sucesión de plantillas en la [Sentencia de 27 de febrero de 2020 \(asunto C-298/18, Grafe y Pohle\)](#), el Tribunal Supremo (TS) en su [Sentencia 189/2020, de 3 de marzo](#), desoye la doctrina comunitaria, apartándose netamente y sin ambages de la línea marcada por el TJUE, apenas unos días más tarde que aquel se pronunciase.

La cuestión controvertida se centraba en el mantenimiento de los derechos de los trabajadores previsto en el [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) en relación con el artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando no se ha producido una transmisión efectiva de medios materiales.

Al criterio proclive del TJUE de que, en caso de producirse la incorporación de la mayoría de la plantilla del cedente al cesionario, se podría considerar que media una sucesión de empresa, aun cuando la actividad no residiera en la mano de obra, alza uno contrario el TS ratificando lo que habían sido pronunciamientos previos de la Sala Cuarta, sosteniendo

Cómo citar: Sánchez Quiñones, L. (2020). Controversia en materia de sucesión de empresa y discontinuidad con la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 189/2020, de 3 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 175-181.

que la carencia de dichos medios empece la calificación de sucesión de empresa en los términos previstos en el [artículo 44 del ET](#).

Una discusión de evidente interés, puesto que se trata de un supuesto efectivamente habitual en nuestro ordenamiento, el cual además evidencia el carácter –sumamente reacio– del TS a asumir, en el corto plazo al menos, los pronunciamientos recientes del TJUE, invitando a una profunda reflexión sobre el alcance real que tendrá la doctrina comunitaria en el ámbito nacional.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La litis dimana de un procedimiento por despido incoado por el actor, quien había sido contratado en el año 2009 –bajo la modalidad de obra y servicio– para realizar su actividad en los servicios de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de los túneles del aeropuerto Madrid-Barajas, que incluían un servicio de vigilancia, siendo su empleadora la unión temporal de empresas (UTE) adjudicataria de los mismos, denominada Túneles Barajas.

En el año 2015 se produjo la extinción de la citada contrata, siendo adjudicados dichos servicios a una nueva UTE denominada Túneles Aena, extinguiéndose el contrato del demandante, comunicándole que debía operar el mecanismo de la subrogación en virtud de lo previsto en el Convenio colectivo general de la construcción (art. 27), en el Convenio colectivo del citado sector para la Comunidad de Madrid (art. 19) y en el [artículo 44 del ET](#).

Tras remitir la empresa saliente la relación completa de trabajadores a subrogar a la empresa entrante, esta le señaló que no procedía la citada subrogación por no ser el Convenio colectivo de la construcción aplicable al objeto de la contrata y por no estar previsto el instituto de la subrogación expresamente en el pliego de prescripciones técnicas de la contrata.

Del total de 20 trabajadores contratados por la empresa entrante, al menos 11 habían prestado servicios en la saliente. Asimismo, otros 5 trabajadores que prestaban servicios en las integrantes de la UTE saliente pasaron a prestar servicios bien para la UTE entrante o para las compañías que la integraban.

El demandante no fue subrogado por la entidad entrante. Las sentencias de instancia y suplicación absolvieron a la UTE saliente y sus integrantes, condenando a la nueva adjudicataria y a las empresas que la componían.

Contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de marzo de 2017, se formularon sendos recursos de casación para unificación de la doctrina por ambas UTE ante la Sala Cuarta del TS.

3. Claves de la posición judicial

Básicamente la cuestión se contraía a determinar si el hecho de que la mayoría de la plantilla que había prestado servicios en la adjudicación con anterioridad al cambio de contrata hubiera sido incorporada por la UTE entrante, suponía la existencia de una subrogación de empresa en los términos previstos en el [artículo 44 del ET](#).

Recuerda el TS que la sucesión de empresa requiere la transmisión de un conjunto organizado de medios de producción o que la actividad a desarrollar pivote esencialmente sobre la mano de obra que ejecuta los servicios.

Aplicando dicha doctrina al caso concreto y a la vista de los servicios prestados –que exigían el despliegue de medios materiales, entrega esta que no se ha producido– y que la sala ya había resuelto un supuesto similar en la [Sentencia 78/2020, de 29 de enero](#), procede a estimar el recurso de la empresa entrante.

Asimismo, estima igualmente el recurso de la empresa saliente, declarando la procedencia de la extinción notificada en su día.

Sin perjuicio de que la sala haya seguido su propio criterio –reiterando lo ya dispuesto en su resolución del mes de enero de 2020–, lo cierto es que, en el ínterin entre ambas resoluciones, se ha producido un hecho de evidente relevancia, que no es otro que el pronunciamiento del TJUE recaído en el [asunto Grafe y Pohle](#).

El citado proceso analizaba un supuesto similar al examinado por la Sala Cuarta, versando sobre la concurrencia o no de sucesión empresarial, mediando la cesión de una concesión de líneas de autobús en las que no había mediado la transmisión de medios materiales, por razón de su obsolescencia.

A raíz de dicho supuesto, el TJUE señaló que la ausencia de adquisición de los medios materiales derivaba de la imposibilidad de su aprovechamiento, por lo que en puridad su adquisición podría haberse efectuado si no hubieran devenido inservibles por el transcurso del tiempo. Añadió que el servicio prestado era en términos generales análogo al preexistente y que la experiencia de los trabajadores adscritos al mismo, siendo un servicio de transporte operado en zonas rurales, requería de la experiencia de los trabajadores afectados.

Por tanto, concluye el TJUE que, si a esto se une que la mayoría de la plantilla había sido contratada por la nueva concesionaria y que la actividad continuaba sin interrupción, se podía calificar como sucesión empresarial, apreciando las circunstancias concurrentes en cada caso el tribunal nacional.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto

Se plantea una interesante disquisición en torno a la posición del TS. Lo cierto es que la reciente doctrina del TJUE modifica sustancialmente –aun reconociendo, como es habitual, un margen de apreciación a los tribunales– los criterios que en materia de sucesión de empresa ha venido sosteniendo tradicionalmente el TS.

Hay que señalar que incluso para el propio TJUE el [asunto Grafe y Pohle](#) es novedoso, ya que los pronunciamientos previos existentes –algunos de los cuales son contemplados en la propia resolución ([asunto C-172/99, Liikenne, de 25 de enero de 2001](#))– y otros posteriores (asuntos [C-466/07, Dietmar Klarenberg, de 12 de febrero de 2009](#), y [C-458/12, Amatori y otros, de 6 de marzo de 2014](#)) habían bien denegado de forma directa o aceptado de manera muy restrictiva la aplicación del instituto de la sucesión de empresa, cuando no mediaba una transmisión de medios materiales o no existía un conjunto de medios productivos organizados *stricto sensu*.

Así, la doctrina del TS en materia de sucesión de empresa resulta sobradamente conocida. Exige que concurra una transmisión de medios materiales organizados (Sentencia del TS –[STS de 14 de febrero de 2011, rec. 130/2010](#)) y, en su defecto, cuando no se produzca esa transmisión de medios materiales, requiere que se den los siguientes requisitos: 1) una empresa contratista o adjudicataria de servicios que suceda a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades por cuenta o a favor de un tercero; 2) el desempeño de actividades o servicios sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; 3) la incorporación al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la entidad saliente; 4) que el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata sea la mano de obra organizada u organización de trabajo (*cfr.*, en este sentido, [STS 460/2016, de 1 de junio](#)).

Asimismo, se acepta pacíficamente la sucesión empresarial en aquellos casos en los que medie una obligación convencional o en virtud de pacto colectivo ([STS 484/2018, de 9 de mayo](#)).

Entrando con más detalle en los pormenores de la sucesión de plantillas, el criterio mantenido por la [sentencia objeto del presente «diálogo»](#) ha sido mantenido igualmente por el TS en posteriores resoluciones, entre las que podemos citar la [STS 268/2020, de 6 de mayo](#) –en la que se deniega la existencia de sucesión de plantillas por entender que no media identidad suficiente para estimar concurrente la subrogación entre la mercantil saliente y la entrante– y la [STS 245/2020, de 12 de marzo](#).

Sin embargo, ambos criterios obvian –al igual que la [sentencia de referencia](#)– el criterio sostenido por el TJUE. Más allá de los pormenores de ambos casos, lo cierto es que tanto

en el supuesto analizado por el tribunal comunitario como en el nacional, la necesidad de medios materiales para el desempeño de la actividad parece estar fuera de toda duda, ya que con el mero concurso del personal –por muy especializado que esté– se antoja cuando menos imposible.

Pese a ello, el razonamiento alcanzado por el TJUE no deviene obstativo a esa ausencia de medios materiales. Y lo hace enlazando con las conclusiones emitidas por el abogado general, de las que –en líneas generales– pueden desprenderse tres aspectos esenciales: 1) la identidad de los servicios a prestar entre la empresa saliente y la entrante; 2) el *expertise* o *know-how* que el personal anteriormente adscrito a la contrata pudiera aportar al conjunto de la actividad económica explotada; 3) la adquisición de ese *expertise*, que dimanaría del ejercicio continuado de esa actividad por la plantilla, puede convertirse en el conjunto organizado de medios necesarios para proseguir con la actividad.

Y alcanza esa conclusión al precisar que, para determinar la existencia o no de sucesión de empresa, no se debe partir de la mera transmisión de medios materiales, sino que debe evaluarse en función del objetivo que persigue la [Directiva 2001/23](#) y que no es otro que garantizar y proteger los derechos de los trabajadores afectados, lo que exige –conforme a su opinión– un mayor grado de matización (considerando 31).

Ese grado de matización requiere valorar no solo la mera transmisión de los elementos materiales, sino las demás circunstancias técnicas, como las exigencias técnicas que el pliego pudiera tener sobre las condiciones del personal, o, en términos más abstractos, si el valor añadido de ese personal hace pensar que era un elemento esencial para prestar el servicio (considerandos 38 y 44).

Tales aspectos llevan al abogado general a minimizar el papel de los medios materiales necesarios para la prestación de los servicios, reduciendo la trascendencia de su entrega o no, habida cuenta que los mismos habían alcanzado su obsolescencia (considerandos 54 a 56).

Esa simplificación permite poner en valor los elementos inmateriales de la concesión y, en su caso, la particular relevancia que implica una plantilla experimentada y conocedora del servicio como fórmula, además, para evitar que se produzca un fraude en detrimento de los trabajadores mediante la mera negativa de la empresa entrante a asumir los medios materiales (considerando 58), consagrando el derecho a la protección de los trabajadores en caso de subrogación como punto de partida esencial para analizar los supuestos de sucesión de empresa.

Las consideraciones emitidas por el abogado general –reproducidas parcialmente por la sentencia dictada– apuntan a una nueva perspectiva que supone una modificación esencial en el análisis de la figura de la sucesión de empresa y que arrojan evidentes sombras sobre la [STS de 3 de marzo de 2020](#) y las posteriormente dictadas por el TS.

El hecho de plantear la [Directiva 2001/23](#) y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de empresario como el punto de partida desde el que analizar la transmisión empresarial obliga a efectuar una valoración más completa y compleja del supuesto de hecho analizado, reequilibrando el peso que los medios materiales e inmateriales pueden tener en el ámbito de la sucesión para que pueda ser catalogada como tal.

Así, la ausencia de transmisión y la necesidad fehaciente de que los medios materiales sean esenciales para poder llevar a cabo la actividad pueden perder peso ante el hecho de que la experiencia de los trabajadores o la capacitación profesional de estos evidencien una importancia trascendental o, al menos, singular en el marco de la actividad o servicio desempeñado.

En el caso examinado por la [STS de 3 de marzo de 2020](#), el objeto de los servicios a prestar incluía la explotación del sistema de control, la vigilancia sobre las instalaciones realizando las rutas e inspecciones presenciales necesarias, así como el mantenimiento de las mismas, tal y como obra en la relación de hechos probados comprendida en la misma, si bien no consta cuál era el porcentaje del servicio adscrito a la actividad de vigilancia, ya que estaba englobado en los más genéricos de explotación del sistema de control y mantenimiento preventivo.

No obstante lo anterior, se trata, por tanto, de una actividad que –indiscutiblemente– requiere la aportación de medios materiales, pero de la que se trasluce igualmente que existe una parte de la actividad que descansa en la mano de obra, por cuanto se trata de un servicio –vigilancia– que la propia Sala Cuarta ([STS 4/2019, de 8 de enero](#)) ha calificado tradicionalmente como sucesión de plantillas, a lo que cabe añadir que la inmensa mayoría de la plantilla que prestaba servicios para la UTE saliente fue incorporada al servicio de las empresas entrantes, independientemente de la adscripción o no a ese servicio de vigilancia.

El criterio de la [sentencia analizada](#) ha sido primar la necesaria aportación de medios materiales para declarar la inexistencia de sucesión de empresa, reputando que, en todo caso, la carencia de tales medios impide que se pueda declarar dicha sucesión. Sin embargo, apenas se hace referencia al hecho indubitado de que las empresas entrantes incorporaron de forma mayoritaria a la plantilla que ejecutaba los servicios con anterioridad.

Así, se advierte que, más allá de que efectivamente pudiera ser exigible la aportación de medios materiales, lo cierto es que la mano de obra tenía una relevancia no precisamente pequeña, al punto de que fue incorporada en su práctica totalidad. Es, por tanto, lo que efectivamente la Sala Cuarta obvia en su razonamiento, lo que sería el objetivo fijado por el TJUE en su sentencia y que no es otro que garantizar los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de empresario. Trabajadores que, además, aportan un *know-how* relevante como demuestra el hecho de que se ha producido un trasvase que afecta a la mayoría de los mismos, al acontecer el cambio de contrata.

Por tanto, la valoración de los medios inmateriales que debiera haber contemplado la sentencia es inexistente, ya que la perspectiva del Alto Tribunal ha sido primar las necesidades de aportación material de la contrata pese a que en el conjunto de los hechos existía un servicio de vigilancia –paradigma de la sucesión de plantillas– y la experiencia y capacitación de los trabajadores afectados quedaban fuera de toda duda, puesto que se requirió su concurso para seguir explotando la actividad.

En resumen, la sentencia de la Sala Cuarta genera dudas respecto a su alcance. Pero, incluso aceptando la ponderación que realiza, no puede eludirse el hecho de que el examen de las situaciones de posible concurrencia de sucesión de empresa obligará a replantear en un futuro el dispar peso que venían recibiendo la aportación de medios materiales y la capacitación y experiencia en el marco de la actividad que puedan ostentar los trabajadores que prestaban servicios en la misma.

Dicha valoración exigirá un examen conjunto de tales extremos que puede ocasionar que nuestros tribunales puedan evolucionar a un reenfoque que redefina el concepto de sucesión de empresa, tal y como lo entendemos a día de hoy.