

Presentación

La transmisión de empresa a juicio: entre ajustes y resistencias al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Los procesos de «transmisión de empresa» (total o parcial) suelen ser harto complejos. Por lo tanto, suscitan numerosos problemas interpretativos y aplicativos como evidencia, en un plano meramente cuantitativo, la intensa conflictividad judicial generada sobre este tópico jurídico-laboral. La suma de la complejidad con la multiplicidad de niveles judiciales implicados, muy especialmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), hace que no solo aumente el riesgo de disparidad de criterios, que se actualiza con extremada frecuencia, sino que las soluciones se antojen oscilantes y, en todo caso, evolutivas, dinámicas. Para ilustrarlo prácticamente bastará recordar, en el marco del muy complicado tema de la «reversión de servicios públicos», hoy en el ojo del huracán, legal y político, la [Sentencia del Tribunal Supremo 64/2017, de 26 de enero, recurso 2982/2015](#). Esta, pese a reconocer de manera expresa que en asuntos «prácticamente idénticos», con la misma empresa gestora privada y la misma institución pública titular del servicio (primero externalizado, luego revertido), con las mismas referencias judiciales de contradicción, existe contradicción, donde «dije digo, ahora digo Diego». ¿Por qué? Porque «un nuevo análisis y reconsideración de esta cuestión» (la contradicción) obligaría a una rectificación del criterio, máxime teniendo en cuenta, y este dato es determinante para el entero régimen jurídico-social (no solo laboral, pues también es importante a efectos de Seguridad Social y en el marco de las insolvencias de empresas), los imperativos «de la más reciente y determinante doctrina del TJUE» (FJ 2.º).

En efecto, aquí reside la auténtica «madre del cordero» de esta espinosa institución: las históricas y persistentes tensiones entre la jurisprudencia nacional, reacia desde principios de este siglo a una «sumisión» plena (tras la trasposición de la [Directiva 2001/23/CE](#) a través de la reforma laboral de 2001), y los criterios, no siempre de fácil comprensión práctica, del TJUE, en particular con la consolidación de la polémica *doctrina Temco* («sucesión de plantilla»). Unos conflictos entre niveles de jurisdicción, nacional y comunitario, a propósito del régimen de la subrogación empresarial que más recientemente parecería reabrir también el legislador nacional, tanto presupuestario (disp. adic. 26.ª [Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 –LPGE/2017–](#)) y de coyuntura como el más estructural (arts. 130 y 308.2 [Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público –LCSP–](#), recientemente aprobada). En la sección «Análisis de actualidad de las relaciones laborales» de este número se podrá encontrar un sugerente [comentario crítico](#) de las principales novedades de la [LCSP](#) al respecto, realizado por la profesora María Rosa VALLECILLO.

2. Naturalmente, ninguna de las dos autoridades nacionales, la judicial y la legislativa, plantea una «insumisión» abierta ante la marcada y plenamente asumida primacía del Derecho de la Unión Europea y de los criterios, muy dinámicos y activos, de su pretor máximo, el TJUE, que dicta continuos pronunciamientos en este ámbito, con gran impacto en las experiencias nacionales directamente afectadas –no solo España, también otros países, como Portugal, el Reino Unido y Alemania–. Las colisiones son más sutiles, pero no por ello menos relevantes y apreciables, con lo que esta institución jurídico-socio-laboral no solo adquiere una especial actualidad, sino también, de forma añadida, una gran carga de política jurídica, pues los intereses en juego son de una gran trascendencia (social, económica, ocupacional...). Ciertamente, la historia ahora recordada nos da una clara lección y es que estos conflictos suelen saldarse con el triunfo del criterio comunitario, claudicando más pronto que tarde las «reservas» y «resistencias» de las autoridades nacionales, por más artificiales –a veces lo son– y por más riesgos de desprotección que puedan crear, en contadas ocasiones, las construcciones jurisprudenciales comunitarias. Guste más o menos, el «acatamiento por imperativo de la ley comunitaria» se impondrá mañana como ayer (SSTS de 20 de octubre de 2004, rec. 4424/2003, y 27 de octubre de 2004, rec. 899/2002).

Pero mientras se producen esos reajustes, la conflictividad y la incertidumbre jurídicas serán la moneda de cambio. Más aún en el enmarañado contexto socioeconómico actual, donde las empresas aparecen más imbricadas que nunca y sus actividades «desmaterializadas» físicamente, esto es, asentadas no tanto en un «conjunto de medios organizados», cuanto en un «conjunto de trabajadores» prestos –o «puestos a disposición»– para prestar servicios. Por lo tanto, si no es nada fácil deslindar qué actividades pertenecen a cada sector (materializado o no), tampoco lo es dar sentido práctico a nuevos conceptos jurídicos indeterminados.

Este sería el caso del concepto jurídico-comunitario, que el texto legal actual *ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores* (ET) ignora por completo, de la «*asunción de una parte esencial del personal*» (¿es un criterio que ha de tener alcance cuantitativo o también cualitativo, por ejemplo?, ¿en qué momento ha de jugar, antes o después de producirse, cuando solo halle fundamento en una decisión colectiva, que tiene un sentido estrictamente protector del empleo, aunque con ello sacrifique algunos derechos retributivos?). A falta de criterios legales precisos, también de pautas interpretativas por el TJUE más concretas, la jurisprudencia social reciente parecería mostrar una importante «sensibilidad» y «comprensión» hacia ciertas transacciones convencionales en estos escenarios, aun a costa de relajar –o incluso excluir– garantías de seguridad típicas sobre la teoría del «mal menor» –más vale primar la seguridad en el empleo que la conservación intacta de condiciones de trabajo–. Una ecuación transaccional, típica del enfoque o principio sacrificial que exigiría la protección del empleo por encima de derechos de seguridad laboral inherentes a su estatuto, que viene a reencender la vieja reserva-resistencia nacional, de forma ahora no solo velada (no se expresa el desacuerdo con el TJUE), sino envolviéndola con una intensa retórica de citas de la jurisprudencia de este (quiere aparentar que ha aprendido la lección del pasado).

Pero no todos los niveles jurisdiccionales nacionales mostrarían ahora ya esa misma «comprensión». Al contrario, aprovechando el viento favorable de ese «nuevo movimiento de rebelión jurídico-cultural» de los niveles inferiores de la jurisdicción, civil y social, incluso, cada vez más, contencioso-administrativa, contra los, otrora, «tribunales de última palabra», que se

ilustra en múltiples y muy conocidos asuntos –en ambos espacios del llamado Derecho social del «contratante débil» (deudores hipotecarios, trabajadores precarios por su temporalidad tan desmedida...), son ya cada vez más los jueces y tribunales de lo social que le discuten al Tribunal Supremo su protagonismo en esta materia y, claro está, a fin de poder arrumbar su jurisprudencia, toman la decisión de acudir a la sede del máximo pretor comunitario. Este, proclive a dar más de un «tirón de orejas» a tan altas jurisdicciones, por empeñarse en mantener su primado, de un modo u otro –la corte suprema de Portugal ha venido sufriendo especialmente los reveses en esta materia, pero no es la única– suele relamerse de gusto cuando tiene oportunidad de confrontar sus criterios, dominantes, con las resistencias de aquellos. A más se resisten, mayor es su gozo en indicarles, a cada instante, que sus criterios son reiterados, reflexivos y, en todo caso, inapelables, aunque a menudo cueste descifrarlos. La reciente [STJUE de 19 de octubre de 2017 \(C-200/16\), asunto *Securitas*](#), muestra un magnífico ejemplo de ese primado, evidenciando que no solo sus criterios se reafirman en la actualidad, sino que frente a ellos nada puede ni el convenio colectivo ni tan siquiera el legislador, privando de validez toda norma que resulte poco acorde con el favor la asunción-integración de los trabajadores en caso de traspaso. También la [STJUE de 20 de julio de 2017 \(C-416/2016\)](#) merece reseña en esta dirección, ahora en una situación estricta de aplicación de la directiva a un proceso de reversión de servicios públicos. Así lo destacará la profesora Marta FERNÁNDEZ en su preciso [análisis](#) de la misma en este monográfico.

3. Una reafirmación de posición interpretativa dominante que emerge como «llama que no cesa». De ahí que haya constantes oportunidades de confrontación con las experiencias nacionales, legales y judiciales, como la española, pero no solo, que desafían, de un modo u otro, ese imperio del Derecho de la Unión Europea que, en última instancia, no es sino puro reflejo de la hegemonía del pretor comunitario en el sistema de justicia social multinivel en esta y otras materias jurídico-laborales. Junto a la distinción (no siempre nítida) entre las dos modalidades de «sucesión de empresa», aquella basada en la «transmisión de la organización empresarial necesaria» para el desarrollo de la actividad y la asentada en la «sucesión de plantilla», entre sí, y entre aquellas y la «sucesión convencional de contrata», el tópico de la *reversión de servicios públicos*, ya referido, constituiría hoy uno de los temas más centrales de estas confrontaciones entre las diversas fuentes reguladoras e «interpretativas». La recientísima [Sentencia del Tribunal Supremo 715/2017, de 26 de septiembre, recurso 3533/2015](#), es un emblemático ejemplo de la evolución vacilante que en esta materia está teniendo la jurisprudencia social nacional, sin que se explique siempre de la forma más coherente atendiendo al expediente cómodo de «las diferencias fácticas». En ella se deja constancia de un buen número de pronunciamientos actuales de la sala –algunos de ellos todavía no publicados en CENDOJ, dictados el 19 de septiembre de 2017– donde «se aborda de manera frontal los supuestos en los que la reasunción por parte de la Administración de un servicio externalizado se verifica» y convive con la recuperación de los elementos productivos puestos a disposición de la contrata, imponiendo la aplicación del [artículo 44 del ET](#), frente a aquellos en los que no procedería, como sería el caso enjuiciado por la citada sentencia.

Sin embargo, no son pocos los pronunciamientos que tampoco identifican la reversión de servicios con una subrogación de empresa (ej.: SSTS de [21 de abril de 2015, rec. 91/2014](#), cafetería de la Intervención General del Estado; [19 de mayo de 2015, rec. 358/2014](#), servicio de restauración

en el Palacio de Congresos de Madrid; [9 de diciembre de 2016, rec. 1674/2015](#) ; [26 de enero de 2017](#) , caso IES «Universidad Laboral», etc.), pero, conforme a la doctrina del TJUE ([caso Abler, C-340/01](#)), el resultado más ajustado a Derecho hubiera podido ser otro bien diferente. El Tribunal Supremo eleva a requisito determinantes circunstancias que, sin embargo, el TJUE no considera como tales, demandando una valoración más global y ponderada. Prueba de la dificultad de valoración es que la primera sentencia dictada de esta nueva serie ([STS de 19 de septiembre de 2017, rec. 2612/2016](#)) cuenta con un voto particular muy fundado, que propone no aplicar el [artículo 44 del ET](#), manteniendo el criterio del caso Liceo ([STS de 12 de julio de 2016, rec. 349/2015](#)), que la mayoría –con resultado cierto, pero con una argumentación débil– entiende no aplicable.

Por eso no era posible afrontar aquí un monográfico de actualidad sobre esta trascendental materia sin darle el debido protagonismo, por lo que se incluye un [comentario](#) específico a cargo de un profesor, el doctor Adrián TODOLÍ, que acaba de publicar una monografía sobre tan espinosa problemática. A la conflictividad judicial habría que añadir, como ya se anticipó, la legislativa. La necesidad de conciliar la disposición adicional 26.ª de la [LPGE/2017](#) con los nuevos artículos 130.3 y 308.2 de la [LCSP](#), a fin de garantizar la integración en la plantilla de las Administraciones públicas entrantes, al margen de la cuestión de su permanencia como «indefinidos no fijos», otorga un relieve aún mayor a esta procelosa cuestión. Si la aplicación de la [Directiva 2001/23](#), conforme a sólidos criterios del TJUE (reeditados por la citada [STJUE de 19 de octubre de 2017, C-200/16](#)) no permitiría ninguna veleidad, ni legislativa ni doctrinal, en orden a ir poblando el, ya caótico, universo del empleo público de nuevas y vacías categorías (ahora el personal subrogado como una suerte de empleados dependientes de lo público, pero no públicos), la insistencia legislativa nacional en crear dudas, más que en ofrecer auténticas soluciones, intensifica la incertidumbre jurídica que hoy reina en esta materia.

4. Pero no se frenan aquí los problemas, de ayer, de hoy y –nos tememos– de siempre, en la aplicación de tan compleja y oscilante doctrina interpretativa. Quizás ahora pueda pensarse que ha quedado en un discreto segundo plano, una vez que parecen haber pasado los efectos más intensos de la gran crisis económica de los últimos años. Pero sería un puro espejismo. Uno de los aspectos más relevantes del régimen jurídico de la transmisión de empresas es qué *alcance tienen sus efectos de subrogación en las deudas pendientes*, de todo tipo, si media una *situación de insolvencia empresarial*, esto es, si se produce la transmisión de empresa –de una unidad productiva– como una salida de viabilidad empresarial –por lo tanto al empleo– en el proceso concursal. Obviamente, la empresa entrante tiene interés en que el legislador nacional, así como los tribunales del país de aplicación, faciliten la liberación de algunas de esas deudas, a fin de resultar más atractiva la compra –transmisión– y, por lo tanto, facilitar el principio de conservación de la empresa, a cambio de reducción de la carga deudora de la unidad económica cedida. La continuidad de las empresas es uno de los principales objetivos que persigue la Ley Concursal, en su versión originaria ([Ley 22/2003](#)) y sucesivas reformas, y, entre otras medidas, tal solución –alternativa a la de liquidación (aunque también aquí cabe el recurso a la transmisión de empresa)– se manifiesta en las ventajas que ofrece al adquirente de una empresa en situación de concurso cuando el objeto de la adquisición es el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o de determinadas unidades productivas.

Aquí, las fuertes incertidumbres aplicativas de los preceptos legales en juego –unos laborales, otros mercantiles, con almas e intereses no siempre concordados, más bien opuestos, sin perjuicio de ese fin común que es la protección del empleo, incluso a costa de la protección de los créditos del trabajador y de los organismos públicos intervinientes (FOGASA, Seguridad Social)– conviven con las tensiones entre dos órdenes jurisdiccionales concurrentes, como son el social y el mercantil. El juez social –y el legislador laboral– no ve la compra de una unidad productiva en el ámbito concursal como una buena oportunidad de negocio por el bajo precio si se debe a la exoneración de deudas pendientes –laborales y de Seguridad Social–, mientras que el juez del concurso es mucho más proclive a ello. En un escenario de constantes cambios legislativos, no siempre de fácil comprensión y armonización, así como de disparidad de los criterios judiciales, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, de 22 de junio de 2017](#), ha mediado en el conflicto que sigue suscitando multitud de controversias en el ámbito laboral y concursal, como es la del derecho de los trabajadores ante la sucesión de empresa derivada de la compraventa de una unidad productiva autónoma en un procedimiento concursal. Siempre dentro del marco que a tal fin permite la [directiva](#) comunitaria, se intenta realizar una doctrina general, a propósito de un [Auto del TJUE](#) relativamente reciente (2015), y poco resolutivo, todo hay que decirlo, para favorecer una convivencia cierta entre el [artículo 44 del ET](#) y los artículos 146 bis y 149 de la [Ley Concursal](#). El [análisis](#) en profundidad de la misma ha correspondido a uno de los autores que más conoce la doctrina judicial en materia de transmisión de empresas y sus desajustes en el orden interno, como es el doctor Ignasi BELTRÁN.

5. No son los únicos conflictos interpretativos, legales y judiciales, asumidos en el análisis de este número monográfico de «Diálogos» con la doctrina judicial y la jurisprudencia, pero sí los más relevantes en nuestro tiempo, de presente y de futuro inmediato, ante la expectativa de diversas intervenciones específicas para nuestro país del TJUE. Lejos de colaborar con la solución, el legislador español se suma a las dificultades, conservando lagunas y ampliando antinomias o contradicciones. Por enésima vez, el legislador se resiste –no inocentemente, sino como un nuevo reflejo de su opción de política jurídica favorable a la libertad de empresa– a introducir una reforma que aborde coherentemente, y con la ayuda de la autonomía colectiva, claro, la cada vez más complicada realidad (nuevas formas de descentralización productiva, fomento de las relaciones triangulares de trabajo). La recomposición de los equilibrios «justos» ante nuevas tensiones producidas entre la razón social (valor de la seguridad en el empleo: que promueve la conservación de todo el empleo y de sus condiciones de trabajo tras la transmisión) y la económica (valor de la gestión flexible del trabajo: que busca aligerar las cargas del empleador entrante) es abandonada por el legislador a la acción colectiva y, en última instancia, a la (siempre incierta) decisión judicial.

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Margarita Miñarro Yanini

Secretaria de Redacción

