

**JUAN CALVENTE MENÉNDEZ**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social (excedente)  
Abogado en Clifford Chance*

**Extracto:**

**EN** el estudio que se reproduce a continuación se recoge la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la aplicabilidad del mecanismo subrogatorio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a la adjudicación por concurso de la prestación de diversos servicios de asistencia en tierra en aeropuertos. Asimismo se plasman, como contrapunto, los diversos argumentos sostenidos en los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia.

---

## Sumario:

---

- I. Breve referencia a las situaciones objeto de litigio.
- II. Elementos esenciales y requisitos de la «sucesión de empresa».
- III. La sucesión de contratas y la subrogación empresarial en el orden laboral.
- IV. La aplicación de los efectos subrogatorios del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a los supuestos particulares de contratación de los servicios de *handling* en aeropuertos.
  1. Diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia.
  2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina: Sentencias de 29 de febrero de 2000 y de 4 de abril de 2000.
- V. Comentarios finales.

## I. BREVE REFERENCIA A LAS SITUACIONES OBJETO DE LITIGIO

Entre 1993 y 1996, el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) convocó, respecto de diversos aeropuertos españoles, diversos concursos públicos para la adjudicación de la prestación de servicios de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros, y también incluyendo en ocasiones asistencia a mercancías y correos (todos esos servicios denominados como «*handling* de pasajeros, rampa y carga»).

Dichos concursos revestían características muy similares en lo que aquí interesa, y mediante los mismos se adjudicaba a un contratista una determinada contrata respecto de unos servicios que anteriormente habían venido desarrollándose en régimen de monopolio por la Empresa «IBERIA, LAE». Tras las adjudicaciones, los servicios pasan a realizarse simultáneamente y en régimen de competencia por dicha empresa y por la nueva concesionaria.

En los pliegos de condiciones se venía estableciendo que el adjudicatario del concurso debería subrogarse en las contratos de trabajo y condiciones laborales del personal que el primer concesionario de *handling* (IBERIA) destinase a la prestación del servicio, en proporción a la actividad en la que el nuevo concesionario suceda al anterior. A tal efecto, y para determinar los trabajadores concretos de IBERIA que debían pasar al nuevo concesionario, dichos pliegos contemplaban procedimientos específicos con porcentajes de subrogación en función a porcentajes de actividad de los concesionarios, alcanzándose acuerdos entre los dos concesionarios, en cada caso, mediante los cuales se establecía el personal que pasaba al nuevo concesionario.

Los trabajadores afectados por dichos concursos y diversas representaciones sindicales interpusieron variedad de demandas ante la jurisdicción social, oponiéndose a la subrogación empresarial así establecida o a ciertos aspectos del proceso subrogatorio producido, y en virtud de ello existen diversos pronunciamientos de las Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia, con variedad de conclusiones.

Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión en dos ocasiones, para rechazar que el supuesto de hecho contemplado sea un supuesto de sucesión de empresa de los previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y rechazando también que dicho mecanismo subrogatorio pueda producirse por la existencia de acuerdos entre entidades empresariales y por la regulación contenida en un pliego de condiciones de un concurso para la adjudicación de un servicio.

Debe añadirse que se trata de un supuesto de contratación o subcontratación de servicios por parte de una empresa -AENA- mediante un procedimiento de concurso arbitrado conforme a ciertas particularidades derivadas de su propia y específica naturaleza, sin que los servicios adjudicados tengan naturaleza de servicio público.

## II. ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE LA «SUCESIÓN DE EMPRESA»

La peculiar institución jurídica de la «sucesión de empresa» o «subrogación empresarial» se establece en el Ordenamiento Laboral de una manera escueta, cuyos elementos esenciales se configuran en base a una sucinta regulación legal general contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), dentro de una sección sobre «Garantías por cambio de empresario», y por tanto desde una perspectiva de protección de los derechos de los trabajadores frente a situaciones de cambio en el titular empresarial de los contratos.

Así, el citado precepto legal se limita a establecer que «el cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior» (art. 44.1 del ET).

Dicha escueta regulación ha sido objeto de amplísima casuística y con frecuencia contradictoria jurisprudencia y doctrina de los Tribunales del Orden Social. Aunque los elementos esenciales y requisitos básicos para apreciar la existencia o no de una «subrogación empresarial» del artículo 44 del ET han sido objeto de variada consideración e interpretación en función de las peculiaridades de cada caso concreto, cabe intuir una perspectiva general derivada de una finalidad protectora de los derechos de los trabajadores afectados en cada caso, como referencia clave para los distintos análisis de las situaciones planteadas ante esos Tribunales.

Considerando lo anterior, el supuesto legal de la «sucesión de empresa» se puede describir en base a los siguientes elementos esenciales:

- Se produce un cambio en uno de los sujetos de la relación jurídica laboral: cambia la parte empresarial del contrato de trabajo.
- Dicho cambio se impone a la otra parte del contrato (el trabajador) que no puede rechazar el cambio y debe continuar su relación jurídico-laboral con el nuevo sujeto empresarial.
- Dicho cambio se impone por ministerio de la Ley como efecto automático derivado de la concurrencia objetiva y efectiva de un «cambio en la titularidad» total o parcial de la «empresa» (de difícil y discutible apreciación en muchos supuestos). En todo caso, la voluntad de las partes no se considera en general un factor relevante para la apreciación del supuesto.

- Por definición, al tratarse sólo de un cambio en uno de los sujetos del contrato, el contrato en sí mismo ni se extingue ni se ve modificado en otros aspectos por el mero hecho de la subrogación: el nuevo empresario asume la posición jurídica del anterior, conservando ambas partes del contrato sus mismos derechos y obligaciones, su misma posición jurídica.

En conclusión, se trata de un supuesto excepcional, de novación imperativa subjetiva, mediante la cual se impone a una parte del contrato -el trabajador- el cambio de sujeto en la otra parte -empresa-, debido a la concurrencia de una transmisión objetiva y efectiva de una unidad económica empresarial, ya sea todo o parte de una empresa -siempre que quepa apreciar la existencia de una «unidad productiva autónoma»- y con la garantía para aquella parte (e imposición para la otra) del respeto a la vigencia del contrato y a las condiciones contractuales previas.

Esa «imposición» descansa en la citada perspectiva protectora de la posición jurídico-contractual del trabajador y en una objetivación del concepto de «empresa», de modo que si se transmite el conjunto de una organización empresarial de modo que sea posible la continuidad de la actividad de la «empresa» (como unidad socioeconómica), el Ordenamiento Laboral impone la continuidad de la relación jurídica laboral desarrollada en el seno de esa organización transmitida, con lo cual se desvincula el hecho de la prestación de los servicios laborales respecto de la persona o entidad concreta para la cual se prestan.

Así pues, el elemento crucial en la determinación sobre la existencia de un supuesto de «sucesión de empresa» será, en gran número de supuestos, y especialmente cuando no se produce una transmisión total de la empresa, si nos encontramos o no ante una «unidad productiva autónoma» susceptible de transmisión como un conjunto integrado.

A falta de mayor explicación en el precepto legal citado sobre qué pueda entenderse por cambio en esa «**unidad productiva autónoma**», la doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo en general -y de modo quizás inevitablemente difuso- que para que se aplique el mecanismo subrogatorio previsto en dicho precepto, «se requiere la concurrencia de dos elementos: uno, subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, o sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo y otro, objetivo, consistente en **la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, unidad socioeconómica de producción que configura la identidad del sujeto transmitido**»<sup>1</sup>.

Como ha señalado la doctrina<sup>2</sup>, recogiendo la orientación de los Tribunales, estamos ante un concepto que hace referencia a una unidad organizativa de carácter funcional, constituida como

<sup>1</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de mayo de 1988 (Ar. 3592).

<sup>2</sup> Así, L.M.CAMPS RUIZ, en *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 45 y ss.

«soporte» de una actividad diferenciada y autónoma, o al menos susceptible de funcionamiento autónomo («susceptible de poder disgregarse... y actuar de modo autónomo, aunque haya de dotársele de aquellos soportes complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado... que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada...»<sup>3</sup>).

En esa línea, el Alto Tribunal ha subrayado que «la unidad productiva es una noción objetiva que... se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado»<sup>4</sup>.

En definitiva, según ha establecido reiteradamente el Tribunal Supremo, habrá sucesión de empresa, pues, si se transmiten al cesionario o concedente «*los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación*»<sup>5</sup>, rechazándose que exista «sucesión de empresa» cuando no hay un mínimo soporte patrimonial objeto de la transmisión, sino que existe tan sólo una mera facilitación o puesta a disposición limitada a un contratista de elementos necesarios para la prestación del servicio y que siguen bajo titularidad del cedente principal<sup>6</sup>.

Así, el mecanismo subrogatorio se aplicaría respecto de aquella transmisión parcial de empresa, en virtud de la cual un sujeto empresarial transmite a otro parte de su organización productiva definible como «unidad productiva autónoma» que contenga los elementos patrimoniales y organizativos mencionados -susceptibles de disgregación y de funcionamiento o explotación autónoma-; unidad en la cual presten sus servicios laborales un determinado número de trabajadores que como consecuencia de dicha transmisión podrán y deberán pasar a prestar sus servicios para el nuevo sujeto empresarial que pasa a insertar esa «unidad productiva autónoma» transmitida en su organización empresarial global.

El carácter imperativo y objetivo de la transmisión de titularidad de la unidad organizativa y de los contratos de trabajo correspondientes implica que la necesidad de una previa identificación del personal afectado por la transmisión, que será el previamente inserto en la citada organización transmitida, prestando sus servicios en la misma.

Ello implica que aquellos trabajadores con una adscripción múltiple, y que no presten sus servicios exclusiva y precisamente en la unidad productiva transmitida, no se vean en principio afectados por dicha transmisión, y permanezcan en el ámbito organizativo del empresario cedente<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 25 de abril de 1988 (Ar. 3021).

<sup>4</sup> Sentencia de 27 de octubre de 1994, Sala de lo Social, rec. núm. 3724/1993 (*Normacef Social*) en un supuesto de *outsourcing* y filialización.

<sup>5</sup> Sentencia de 27 de diciembre de 1997, Sala de lo Social, rec. núm. 1727/1997 (*Normacef Social*).

<sup>6</sup> Sentencia de 25 de octubre de 1996, Sala de lo Social rec. núm. 804/1996 (*Normacef Social*), referida a la contratación por parte de un Colegio del servicio de cocina y limpieza.

<sup>7</sup> Así, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 1997 (AS 2311).

Es cierto que, pese a lo anterior, también en algunos casos los Tribunales han apreciado la aplicabilidad del mecanismo subrogatorio a supuestos en los que más bien se producía una transmisión de la «actividad empresarial» y no tanto de un sustrato material o elementos patrimoniales relevantes<sup>8</sup>, si bien ello podrá tener alguna mayor relevancia en sectores o actividades que pueden desarrollarse empresarialmente sin un especial aporte de elementos materiales o tangibles, o respecto de los cuales el aspecto esencial del negocio radique en la propia actividad o en la clientela.

Por su parte y en relación con estos supuestos concretos, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en ocasiones (los casos más destacados se refieren a supuestos de «sucesión de contratatas», y concretamente en el sector de limpieza) en una línea algo diferente a la general adoptada por nuestro Tribunal Supremo, poniendo el énfasis en el hecho mismo de la transmisión de actividad y de trabajadores entre empresas.

### III. LA SUCESIÓN DE CONTRATAS Y LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL EN EL ORDEN LABORAL

En relación con estos elementos y requisitos generales esenciales apuntados más arriba, la cuestión es: **¿hasta qué punto o en qué medida la contrata o concesión son o pueden ser «unidades productivas autónomas» a los efectos del artículo 44 del ET? ¿la sucesión de contratatas puede implicar un supuesto de subrogación empresarial en el orden laboral?**

Según reiterados pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cabe concluir lo siguiente, en los términos de su Sentencia de 14 de diciembre de 1994 (rec. núm. 469/1994):

«Como dice la Sentencia de unificación de doctrina de 5 de abril de 1993, siguiendo la línea iniciada en Sentencia de casación ordinaria de 13 de marzo de 1990, y apartándose de manera expresa de las posiciones jurisprudenciales distintas sostenidas con anterioridad, **ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la "infraestructura u organización empresarial básica para la explotación"**. Esta doctrina ha sido mantenida luego por la Sala en otras resoluciones, entre ellas la Sentencia de 23 de febrero de 1994 (Ar. 1227)».

Sin embargo, en la primera de las sentencias invocadas por la anterior citada, el Tribunal concluía que **«no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión»**.

<sup>8</sup> Así, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de julio de 1997 (AS 2155).

Así, tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia han declarado en diversas ocasiones que «existe una **excepción a lo dicho anteriormente**, cual es **que opera la subrogación, en aquellos casos en que la autonomía colectiva**, en su ámbito de aplicación, **establezca la obligación de subrogación...**o en aquellos otros [supuestos] **en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista**»<sup>9</sup>.

Al margen de los supuestos en los cuales la negociación colectiva pueda ampliar y regular/disciplinar la aplicación a un determinado sector de los efectos del artículo 44 del ET ante supuestos de «sucesión de contratas» (típicamente, sector de limpieza de edificios y locales), cabe centrarse aquí a la segunda excepción apuntada: los supuestos en los cuales un pliego de condiciones impone la subrogación empresarial al adjudicatario de una contrata.

Dicho en otros términos, «**en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de la misma** sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, **no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario**»<sup>10</sup>.

Así, el Tribunal Supremo ha establecido<sup>11</sup> que **la asunción de obligaciones laborales por un adjudicatario «no encuentra su apoyo en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores... sino en el Pliego de Condiciones que rigió el concurso convocado»**.

Es decir, en principio cabría interpretar que los Tribunales entendían que la aplicación del mecanismo subrogatorio del artículo 44 del ET se extendía no sólo a los supuestos en los que objetivamente se apreciaban los requisitos generales ya referidos, sino también excepcionalmente a aquellos supuestos específicos en los que se producía una sucesión de contratas o en la prestación de un servicio contratado mediante un pliego de condiciones que expresamente establecía tal aplicación al adjudicatario del servicio.

Sin embargo, una importante matización a esta excepción se contiene en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 (UD), que tratando la cuestión sobre la relación entre el artículo 44 del ET y las obligaciones estipuladas en los pliegos de condiciones de concesiones o contratas, estableció que:

«... la dificultad surge cuando se tiene en cuenta que el artículo 44.1... contempla el cambio de titularidad en la empresa, en un centro de trabajo, o en una unidad productiva autónoma de la misma,

<sup>9</sup> Entre otras, Sentencia ya citada de 27 de diciembre de 1997.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de junio de 1997 (AL 1482/97).

<sup>11</sup> Así, Sentencia (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 1991 (Ar. 813).

y en el supuesto de que nos ocupamos lo transmitido no es, en realidad, una empresa... ni una unidad de la misma, sino una «contrata», que se realiza de una empresa a otra, entendida la contrata, como especifica la doctrina más autorizada, como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero... Es cierto que en estos casos puede entenderse que «la contrata» juega, a los efectos del precepto legal, como unidad productiva autónoma, ... pero... **cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone ope legis; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria».**

En tal sentido, parece que el contenido del pliego de condiciones no sería, como cabría presumir, tan esencial a efectos de determinar la aplicabilidad de los efectos del artículo 44 del ET a los supuestos aquí contemplados.

Sin embargo, en **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1999** (Ar. 4532), y en base a la anterior sentencia, vuelve a señalar de manera no matizada que «como supuestos en los que puede afirmarse la existencia de la sucesión se reconocen o identifican en la reiterada Sentencia (con criterio después repetido por la Sala), el de que el pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio así lo establezca...» (si bien la litis versaba sobre otro supuesto: la previsión del efecto subrogatorio en Convenio Colectivo del Sector de Limpiezas).

#### **IV. LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS SUBROGATORIOS DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A LOS SUPUESTOS PARTICULARES DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE *HANDLING* EN AEROPUERTOS**

##### **1. Diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia.**

Se conocen diversidad de pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) que han versado sobre la aplicabilidad del mecanismo subrogatorio establecido en el pliego de condiciones asumido por un adjudicatario de los servicios de *handling* referidos:

- a) En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 1998** (AS 6377), reproduciendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 ya citada, el Tribunal se sirve de ella para con-

cluir que en el caso allí considerado (adjudicación del servicio de handling del Aeropuerto de Alicante), «de la cláusula 16 del Pliego de condiciones... directamente se deduce la subrogación de la empresa demandada... en las obligaciones laborales del anterior concesionario, por lo que **es indudable la aplicación del artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**». Debe señalarse que en esta ocasión los trabajadores transmitidos no discutían el hecho de la subrogación en sí, sino la aplicación de ciertos aspectos del convenio de IBERIA.

- b) En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 24 de septiembre de 1999** (AS 1211) -procedimiento de conflicto colectivo sobre la adjudicación para el Aeropuerto de Barajas- donde los trabajadores afectados tampoco discutían la subrogación empresarial en sí misma, el Tribunal señala lo siguiente:

«...en los casos de sucesivas concesiones administrativas **no entra en juego el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores** porque no se produce una transmisión patrimonial entre dos empresas sino que una cesa en un servicio y se hace cargo otra en virtud de un acto administrativo ajeno al servicio, por lo que **en este caso la situación de los trabajadores empleados por la primera [contratista] en el servicio se regula por el pliego de condiciones del concurso** y como en el presente caso la cláusula número 16 establecía que el nuevo concesionario tiene que acoger a los trabajadores del anterior empleados en tal servicio y en las mismas condiciones que tenían, por lo que en aplicación de este criterio **la demandada ha acogido y tiene que respetar las condiciones laborales que los trabajadores mantenían con IBERIA**».

Similares pronunciamientos ya se contenían en anterior **Sentencia del mismo Tribunal de 11 de noviembre de 1998** (AS 4128), pero tales pronunciamientos fueron anulados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000, comentada más adelante, que estimó el recurso de casación casando esta sentencia mencionada.

- c) Diversas Sentencias del **Tribunal Superior de Justicia de Baleares** se pronuncian rotundamente a favor de la aplicación de los efectos previstos en el artículo 44 del ET:

La **Sentencia de 11 de mayo de 1998**, en procedimiento de conflicto colectivo donde la parte actora se oponía a la aplicación del artículo 44 del ET a la concesión del servicio de handling, reiteró su pronunciamiento anterior sobre igual supuesto en otras Sentencias de **18 de septiembre de 1997**<sup>12</sup>, **3 de noviembre de 1997** y **24 de diciembre de 1997** (AS 4679), concluyendo que «**en las concesiones administrativas de servicios públicos el cambio de titulares de la concesión entraña sucesión empresarial con los efectos**

<sup>12</sup> Sentencia invocada como contradictoria con la recurrida en recurso de casación que ha sido desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000, comentada más adelante, y que concluye que es la sentencia recurrida la que se ajusta a la unidad de doctrina.

**jurídico-laborales previstos en el artículo 44.1 del ET siempre que el pliego de condiciones definitivo del contenido contractual así lo disponga, aunque no se transmita al nuevo concesionario la infraestructura material u organización necesarias para la explotación del servicio».**

El Tribunal añade que «la sustitución de titulares que se produce no es total sino parcial, pero la coexistencia de ambos resulta por completo irrelevante, ya que el segundo concesionario sucede al primero en una parte de la actividad que antes era desarrollada por éste, por lo que dicha circunstancia en modo alguno obsta a que el fenómeno de la sucesión de empresas se produzca», **de modo que «el consentimiento del trabajador no es necesario** para la validez y eficacia de la transmisión de la que sólo se deriva su derecho al mantenimiento del contrato de trabajo...».

Abundando en esa idea, el Tribunal afirma que «la cláusula 16 [del pliego de condiciones]... no configura la subrogación empresarial... como un derecho del personal afectado que le faculta para optar entre pasar a depender del nuevo concesionario o permanecer con el primero. La doctrina civil sobre las estipulaciones a favor de tercero carece por ende de aplicación al caso de autos». Esa inaplicabilidad la fundamenta el Tribunal del modo siguiente:

**«El servicio de asistencia en tierra... es una competencia estatal que ejerce el Ente Público AENA; y si bien la gestión directa de dicho servicio se ha encomendado en régimen de competencia a dos empresas... la Administración concedente conserva el control superior del mismo»,** de modo que al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, sobre contratos de las Administraciones Públicas, «la nueva concesión también puede crear y crea obligaciones para el primer concesionario» (transmisión de personal al segundo).

Concluye el Tribunal que «la **disconformidad** con esta medida puede hacerse valer únicamente impugnando el **Pliego de Condiciones** que la establece ante el **orden jurisdiccional** llamado a decidir la cuestión, que **no lo es el social**. Pero en tanto subsista, no cabe reputar de contraria a derecho y nula la transmisión de personal que constituye mero acto de cumplimiento por las entidades concesionarias de una **obligación que viene decretada por la Administración Pública** titular del servicio que gestionan».

Finalmente, el mismo Tribunal, en **Sentencia de 20 de abril de 1999** (AS 1455) matiza que «no se trató de un supuesto legal de subrogación de los previstos en el artículo 44 del ET, dado que no hubo entrega de infraestructura empresarial de un concesionario al otro, sino de una subrogación impuesta por el pliego de condiciones de la concesión administrativa. Mas el efecto jurídico es idéntico en ambos casos: la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna».

- d) Diversas Sentencias **del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Santa Cruz de Tenerife** se pronuncian de manera contradictoria:

La Sentencia de **28 de julio de 1997** (AS 2485)<sup>13</sup>, ante un concurso como los referidos para el Aeropuerto de Tenerife Sur, señala que el paso de personal del primer concesionario al nuevo «no constituye una sucesión de empresa toda vez que no se produce una sustitución parcial ni total de la concesión administrativa sino que ambas empresas disponen de la misma concesión administrativa y por tanto actúan en régimen de competencia en el servicio», añadiendo que al oponerse el personal a la subrogación, se produce una «cesión ilegal de trabajadores», que deben ser repuestos a IBERIA.

La **Sentencia de 21 de julio de 1998** (AS 6458) concluye por el contrario y de modo sucinto que no procede impugnar la subrogación empresarial derivada de un concurso público como los referidos (para el Aeropuerto de Gran Canaria), pues la misma «cumple todos los requisitos legalmente exigibles,... se ajusta al contenido del Pliego de Condiciones... [y] se ajusta al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores».

- e) La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de diciembre de 1999** (AS 2000, 414) en procedimiento de conflicto colectivo donde se cuestionaban los efectos subrogatorios de un concurso para el Aeropuerto de Barcelona, parte de considerar que «idénticos concursos se produjeron con idéntica finalidad en relación con los servicios de otros aeropuertos españoles. Ello ha dado ocasión a otros Tribunales Superiores a pronunciarse sobre la cuestión e incluso planteado conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional (AS 1996, 4161) ésta se declaró incompetente en sentencia confirmada por el **Tribunal Supremo** que a pesar de ello manifestó en su **Sentencia de 11 de mayo de 1998** (Ar. 4322) que sí es competente la Jurisdicción Social para conocer de las controversias que puedan surgir entre empresas y trabajadores en supuestos concretos en los que se plantea la sucesión de empresa en virtud de concesión administrativa...», y reproduce lo establecido por el Alto Tribunal en esa sentencia:

«... lo que se establece en las disputadas cláusulas laborales de los pliegos de condiciones son obligaciones de subrogación que están encaminadas a la continuidad de relaciones individuales de trabajo, lo que redundaría en beneficio de la estabilidad en el empleo del colectivo de trabajadores potencialmente afectado, previniendo el riesgo de exceso de plantilla y consiguiente regulación de empleo en la empresa IBERIA, SA que desarrollaba antes en régimen de monopolio unas operaciones y servicios que ahora debe compartir con una segunda concesionaria competidora en el mismo ámbito de mercado...».

A continuación, el TSJ de Cataluña reproduce los argumentos ya citados del TSJ de Baleares (Sentencia de 3 de noviembre de 1997), añadiendo que «los acertados razonamientos de la senten-

<sup>13</sup> Sentencia invocada como contradictoria o de contraste en recurso de casación que fue estimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000 que más adelante comentamos.

cia mencionada son compartidos por esta Sala y en idéntico sentido se ha manifestado también el TSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de marzo de 1998. En efecto como señala la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1999** (Ar. 4532)... en los casos de concesiones administrativas de servicio la existencia de sucesión se reconoce o identifica por lo dispuesto en el pliego de condiciones del concurso o adjudicación de servicio. En este caso una parte de los servicios de handling... se detrae de IBERIA LAE a otras concesionarias en régimen de competencia, siendo una razón esencial y *conditio sine qua non* de la concesión esta transferencia de servicio, aunque sea parcial, acompañada... de transferencia de personal en la proporción que se indica, pues precisamente con estas adjudicaciones se rompe una situación de monopolio anterior....».

El Tribunal niega que los trabajadores afectados deban prestar su consentimiento a la transmisión, y señala que «los demandantes quieren seguir realizando unos servicios cuya ejecución ha sido transferida, en la parte que les atañe, a otra operadora, para lo cual la Administración, que es la que otorga las concesiones con arreglo a la Ley, no necesita para nada su autorización o asentimiento. En definitiva el derecho de los demandantes es el de seguir prestando servicios manteniendo la vinculación laboral, pero no el de escoger cuál ha de ser la concesionaria que debe gestionarlos. De lo hasta aquí razonado se desprende **la inaplicabilidad al supuesto presente de la doctrina civil sobre los efectos para terceros de las estipulaciones entre las partes** regulados en los artículos 1.205 y 1.257 del Código Civil...».

Como se advertirá, la consecuencia de las sentencias citadas es que los trabajadores asumidos por la adjudicataria podían reclamar de ésta el mantenimiento de sus condiciones laborales previas, por la aplicación del artículo 44 del ET que se preveía en el Pliego. En aquellos supuestos en los que se discutía la imperativa subrogación laboral por así establecerse en dicho Pliego, los Tribunales resolvieron en general <sup>14</sup> a favor de dicha subrogación, con independencia de la voluntad del personal afectado <sup>15</sup>.

## 2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina: Sentencias de 29 de febrero de 2000 y de 4 de abril de 2000.

Con los precedentes referidos en el anterior apartado, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de su Sala de lo Social de **29 de febrero de 2000** <sup>16</sup> aborda la aplicabilidad del mecanismo subrogato-

<sup>14</sup> Con la excepción de la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 28 de julio de 1997 ya reseñada, además de alguna otra, como la STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de mayo de 1999, luego confirmada por STS de 11 de abril de 2000 que comentamos más adelante.

<sup>15</sup> En reciente Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 13 de Madrid de 23 de diciembre de 1999 (AL 1153/2000), el Juzgador niega la aplicación a estos supuestos del artículo 44 del ET, señalando que IBERIA no transmitió «ningún elemento material o inmaterial (clientela, por ejemplo)», de modo que «en el presente caso se ha producido una subrogación en la relación laboral típica del Derecho Civil en cuanto trae causa de la mera voluntad de las partes», ya que el actor no se opuso en su momento a la subrogación y pasó a prestar servicios en la nueva concesionaria.

<sup>16</sup> Anula los pronunciamientos en STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 1998 y estima el recurso de casación en unificación de doctrina que invocaba como sentencia de contraste la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 28 de julio de 1997 (ambas ya comentadas más arriba).

rio del artículo 44 del ET a la adjudicación por concurso por parte de AENA de la concesión para la prestación del servicio de asistencia en tierra a pasajeros y aeronaves como segundo concesionario en el Aeropuerto de Madrid/Barajas.

Posteriormente, el Alto Tribunal vuelve a pronunciarse sobre el mismo asunto, en Sentencia de su Sala de lo Social de **4 de abril de 2000**<sup>17</sup>, esta vez respecto de un concurso relativo al Aeropuerto de Málaga. Esta segunda sentencia viene a reproducir los argumentos ya establecidos en la anterior.

Las dos sentencias se refieren a cláusulas de pliegos de condiciones similares a las consideradas en las sentencias anteriormente comentadas, y que como ya adelantamos contienen una peculiar previsión subrogatoria, dado que el nuevo contratista asume la prestación de servicios en concurrencia con uno preexistente (IBERIA). En virtud de ello, se contempla una «sucesión parcial» y «progresiva» a determinar mediante acuerdos entre las partes.

Con ello, el supuesto de hecho no permite apreciar la concurrencia de los requisitos objetivos generalmente exigidos por la jurisprudencia y doctrina para apreciar la aplicación imperativa del artículo 44 del ET, pues no hay una delimitación objetiva clara de una «unidad productiva autónoma» objeto de la transmisión y con personal objetivamente (y exclusivamente) adscrito a la misma, que de modo natural pase con ella al nuevo empleador.

Ante tal peculiar supuesto (cuya particularidad se señala en el Fundamento de Derecho Primero de ambas sentencias), las dos sentencias toman como referencia la ya citada Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de diciembre de 1997, que curiosamente parecía contemplar incondicionadamente la aplicación excepcional del artículo 44 del ET a este tipo de supuestos.

Sin embargo, ambas sentencias puntualizan de modo esencial que **«sólo se produce la subrogación de los contratos de trabajo merced a la imposición por el pliego de condiciones, cuando haya habido verdadera «sucesión en la contrata», entendida ésta como cambio de titularidad del contratista acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo [contratista] de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación».**

Según estos pronunciamientos, la referencia a la subrogación empresarial en el pliego de condiciones tiene un mero carácter declarativo en relación con los trabajadores potencialmente afectados, de modo que dicha subrogación sólo se producirá imperativamente respecto de ellos si se cumplen los requisitos generales (objetivos y subjetivos) referidos por jurisprudencia y doctrina y ya mencionados. La subrogación derivada de la regulación establecida en tal pliego no implicaría pues una excepción a la doctrina general sobre «sucesión de empresa», tal como parecía deducirse de anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, sino que por el contrario deben interpretarse y considerarse a la luz de dicha doctrina general.

<sup>17</sup> Desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida, STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de mayo de 1999. La sentencia de contraste aportada por el recurrente fue STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 1997.

Así, no hay una aplicación imperativa y como «excepción» de ese mecanismo subrogatorio por la mera previsión del pliego de condiciones (lo que sí ocurre si ello se prevé en convenio colectivo), sino que tal aplicación de ese mecanismo sólo puede imponerse a los trabajadores afectados si la «sucesión de contratas» en sí misma presenta los requisitos generales precitados.

Al no apreciar el Tribunal una transmisión de elementos patrimoniales o de infraestructura al nuevo adjudicatario, considerando que «meramente se ha dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio», no hay «transmisión de empresa» o de una «unidad productiva», no hay en definitiva «sucesión de empresa» ni resulta imperativamente aplicable el artículo 44 del ET.

Pero debe añadirse que en esta interpretación, de producirse esa transmisión y puesta a disposición de una organización empresarial con concurrencia de los citados requisitos generales, entonces la subrogación se produciría *ope legis*, con independencia de que el Pliego incluya o no una cláusula de este tipo, y no siendo entonces preciso, como recuerda la sentencia, la aquiescencia de los trabajadores afectados.

Pero al no ser aplicable el artículo 44 del ET al caso analizado, la consecuencia es que, como señala la Sentencia de 4 de abril de 2000 (reiterando la anterior de 29 de febrero de 2000), «el Pliego de Condiciones... no obliga a los trabajadores... porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dicha relación obligacional, que son los trabajadores, pues lo impide el artículo 1.205 del Código Civil».

Así, resultaría que el mecanismo subrogatorio previsto en este tipo de cláusulas de los Pliegos de Condiciones (sin base en el art. 44 del ET) es válido pero en la medida en que obliga exclusivamente a la empresa adjudicataria del concurso, y no por ministerio de la Ley, sino como compromiso contractual, conforme al artículo 1.091 del Código Civil (las obligaciones establecidas en un contrato tienen fuerza de Ley entre las partes).

Así, según el Alto Tribunal, dado que los trabajadores eventualmente afectados no forman parte de una «unidad productiva autónoma» transmisible conforme al artículo 44 del ET, dicho compromiso del adjudicatario se convierte en una estipulación a favor de terceros, conforme al artículo 1.257 del Código Civil (aplicable al supuesto según el Alto Tribunal, que expresamente declara infringido tal precepto en su Sentencia de 29 de febrero de 2000), de manera que dichos trabajadores sólo pasarán a prestar servicios con el adjudicatario si lo consienten.

En definitiva, estos terceros trabajadores podrán exigir su cumplimiento si hacen saber su aceptación a tal estipulación y en definitiva al cambio en la persona del sujeto empresarial de sus contratos, pero no podrán ser compelidos a dicho cambio.

## V. COMENTARIOS FINALES

- Tanto los argumentos de las dos sentencias del Tribunal Supremo comentadas, como los argumentos contrarios de varias sentencias de Tribunales Superiores que mantienen la imperatividad de la subrogación empresarial para el personal afectado, parten de la doctrina del Tribunal Supremo configurada en la Sentencia de 5 de abril de 1993.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la previsión del Pliego de Condiciones sólo es relevante si concurren los requisitos objetivos de la «sucesión de empresa» conforme al artículo 44 del ET. Por el contrario, diversos Tribunales Superiores habían entendido que «en los casos de concesiones administrativas de servicio la existencia de sucesión se reconoce e identifica por lo dispuesto en el pliego de condiciones»<sup>18</sup>.

Además, en esa doctrina de algunos Tribunales Superiores puede deducirse una concepción más amplia del «fenómeno subrogatorio», subrayando que lo esencial es que «el segundo concesionario sucede al primero en una parte de su actividad que antes era desarrollada por éste», y ello aunque ambos concesionarios coexistan posteriormente en esa actividad<sup>19</sup>.

- El Tribunal Supremo rechaza la eficacia jurídica frente a los trabajadores de las cláusulas del Pliego de Condiciones de estos concursos, por lo que los compromisos del adjudicatario derivados de ello serían una estipulación a favor de terceros, conforme al artículo 1.257 del Código Civil. Por el contrario, algunos Tribunales Superiores han argumentado que considerando los poderes de la Administración concedente en la adjudicación de estos servicios y la naturaleza de estos concursos, la concesión crea obligaciones no sólo para el adjudicatario, además de que la doctrina civil sobre estipulaciones a favor de tercero no sería aplicable a estos supuestos.

Parece que una distinta apreciación sobre el carácter de los servicios adjudicados y de los propios concursos, y en relación con ello sobre los poderes de la Administración al respecto, puede haber tenido incidencia en los distintos pronunciamientos sobre la materia. Cabe añadir que, en principio y pese a que las instalaciones donde opera el adjudicatario sean de dominio público y AENA sea una Entidad Pública Empresarial, podría entenderse que los servicios a prestar no serían de carácter público, y no nos encontraríamos ante un supuesto de concesión administrativa en sentido estricto.

En cualquier caso, por el momento la jurisprudencia sobre la materia en el orden social ha quedado fijada en las dos sentencias del Tribunal Supremo aquí comentadas.

<sup>18</sup> STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 1999.

<sup>19</sup> Argumentos de la misma sentencia citada.