



JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2004, rec. núm. 899/2002 *)

Sucesión de empresa. Existe en ciertos casos, dada la actividad ejercida o los métodos de producción o de explotación utilizados, si es posible que funcione sin elementos significativos de activo material o inmaterial, si va acompañada la contrata de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior.

1. NO HAY SUCESIÓN DE EMPRESA, SIN TRANSFERENCIA DE INFRAESTRUCTURA PATRIMONIAL, A MENOS QUE...

1.1 Es vieja la pretensión legislativa de **obstaculizar la salida del mercado de un empresario con extinción de los contratos de trabajo** si, a continuación, el mismo empresario, con otra apariencia comercial o jurídica, continúa la actividad empresarial. Es viejo el mandato expreso de que si alguien distinto del primitivo empresario viene a continuar esa actividad, deberá hacerse cargo de los derechos y deberes que tenía el empresario cesante para con sus trabajadores, de modo y manera que el sucesor se subrogará en la posición empresarial de los contratos de trabajo de todos los trabajadores, sin que se extingan por ese motivo los vínculos jurídicos existentes. Se trata de una **novación subjetiva del contrato de trabajo que impide la extinción del mismo y que dinamiza su gran flexibilidad**, en beneficio del trabajador contratante, ajeno a esas operaciones mercantiles y a las ventajas y oscurantismos que el cesante obtenga y atraiga.

Del mismo modo si la sucesión es *mortis causa*.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 263, febrero 2005.

Pero el tema es tan **sugestivo como complejo**. No sólo se trata de sustituciones empresariales en caso de desaparición del anterior empresario, sino que a veces se trata de fragmentaciones empresariales, con diversidad de continuadores, a veces en cascada. En ocasiones la titularidad de la empresa no se transmite a título dominical, sino que se cede, o arrienda, o se deja en permuta. No faltan casos en que se enajena a otra empresa una parte de la empresa de procedencia, por ejemplo una unidad de informática, o de cálculo, o de ingeniería, o un centro de trabajo, o una unidad estructurada singularmente, con función concreta y particular, con o sin producción diversificada. No faltan supuestos en que se cede a otro empresario un sistema operativo que es ejercitado y controlado por uno o pocos trabajadores. Y a veces la sucesión de la actividad empresarial tiene lugar por los propios trabajadores, que se han configurado en sociedad, y aportan, como capital, la indemnización que han obtenido por cese y, en ocasiones, la prestación percibida por desempleo. No faltan casos en que se adquieren en subasta algunos, muchos o pocos, de los bienes del empresario, en condiciones de seguir siendo utilizados. Se detecta la diversidad de supuestos cuando el servicio y, en su caso, los bienes proceden del anterior empresario o son de un tercero, sin que los contratistas sucesivos hayan tenido entre sí conexión contractual alguna. En fin, en ocasiones la relación entre los empresarios es evidente, pero otras no tanto, como ocurre cuando son contratistas que han acudido a los pertinentes concursos, sucesivos en el tiempo, sin que tengan nada en común, excepto la idoneidad para sacar adelante un servicio.

No puede dejar de apreciarse que esas contratas pueden ser también expresiones del **proceso de parcelación y fragmentación de la actividad empresarial**, que se peculiariza por su especialización y superespecialización y, en esos casos, se conciertan directamente entre los propios empresarios que de modo plural y jerarquizado dan respuesta a las demandas sociales. En estos supuestos el mapa de la actividad económica viene a ser extremadamente colorido y complejo, con relaciones interactivas y plurales, con conexiones muy diversas y con fuentes de financiación que se apoyan en aspectos fiduciarios del propio sistema, cada vez más complejo.

No se ha de simplificar esta realidad social, pero se ha de tratar de obtener lo que tiene de común para darle el régimen genérico jurídico suficiente a fin de que se mantenga con respeto de los derechos de las partes.

Es aquí donde viene el actual artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y donde trataron de ejercer su tutela los artículos 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, y 18.2 y 3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Transmisión de empresa, que como dice el Tribunal Supremo (TS) ¹, ya se contemplaba en el Ordenamiento Civil (arts. 324 y 1.389 del CC y 928 del CCom.). El criterio actual es que se ha de garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en el marco de una entidad económica, independientemente de que cambie su propietario.

¹ SSTs de 15 de abril de 1999 y 25 de febrero de 2002, entre otras.

A partir del último decenio del siglo XX se ha configurado un criterio jurisprudencial según el cual para que se entienda sucedida toda o parte de una empresa, la **actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente** ², de manera que en cualquier caso la sucesión en la actividad, cuando se produce sin transmisión de los elementos materiales que configura la unidad de producción, no resulta incardinable en el fenómeno de sucesión de empresa ³. Se afirma que es **elemento constitutivo** de la sucesión de empresa a que se refiere el artículo 44 del ET, la entrega al adjudicatario de la **infraestructura o de los elementos patrimoniales fundamentales para la prestación del servicio o de la organización empresarial básica para su explotación**, entrega o transmisión que viene exigiendo la jurisprudencia para estimar producida la subrogación o sucesión de empresa ⁴.

Se precisa aún más y se señala que no basta la simple transmisión de **bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial procedente** ⁵, que **requiere la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permite la continuidad de la actividad empresarial** ⁶.

Es doctrina del TS ⁷, interpretando el artículo 44 del ET, en su redacción anterior a la Ley 12/2001, que la transmisión de empresas que contempla el artículo 44 del ET es un fenómeno cuya posibilidad, a través de distintos negocios jurídicos y con diverso alcance, se contempla en nuestro Ordenamiento y que **se caracteriza porque su objeto -la empresa- está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica**. Esta particularidad en el objeto transmitido determina dos consecuencias fundamentales: 1.º la **transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte de él que constituya una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada** y 2.º la transformación **responde normalmente al principio de unidad de título y diversidad de modos en atención a las peculiaridades de los distintos bienes que integran el conjunto organizado objeto de transmisión**. En este sentido la doctrina del TS ha precisado que la sucesión de empresa requiere la **entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permite la continuidad de la actividad empresarial** y considera que, por ello, **no puede apreciarse la sucesión** cuando lo que se transmite «no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos **elementos patrimoniales aislados**».

² STS de 30 de diciembre de 1993.

³ STS de 29 de noviembre de 1994.

⁴ STS de 23 de enero de 1995, con cita de las SSTS de 13 de marzo de 1990, 5 de abril de 1993 y 23 de febrero de 1994.

⁵ STS de 3 de octubre de 1998, con cita de la STS de 23 de septiembre de 1997.

⁶ SSTS de 15 de abril de 1999 con cita de la STS de 27 de octubre de 1986.

⁷ Se dice en las SSTS de 24 de julio de 1995, 27 de octubre de 1986, 4 de junio de 1987 y 15 de abril de 1999 (con cita de las SSTS de 11 de mayo de 1987 y 20 de enero de 1997).

Reitera el TS que su doctrina exige, para que se produzca la sucesión de empresas prevista en el artículo 44 del ET, con el consiguiente efecto subrogatorio, la **entrega o transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura o de los elementos patrimoniales fundamentales de la organización empresarial para la prestación del servicio** ⁸.

Se afirma por la jurisprudencia que **no es aplicable el artículo 44 del ET cuando no se produce entre una y otra adjudicataria del servicio transmisión de elementos de organización empresarial que permitan la explotación del mismo** ⁹.

Una precisión adicional viene constituida por la exigencia de que **los elementos patrimoniales cedidos, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente** ¹⁰.

1.2. Es aquí donde se encuentra el problema específico de las **CONTRATAS DE SERVICIOS**.

En efecto en muchas de ellas, cada vez más, no se transmite al contratista una infraestructura patrimonial, un conjunto de elementos suficientes para estimar que ha recibido del empresario principal o comitente, una unidad de producción susceptible de explotación autónoma o separada.

Es evidente que la exigencia de la transmisión de esas infraestructuras suficientes patrimoniales, son propias de las sucesiones en el sector primario o en el de la industria, pues se cede una tierra con sus útiles de explotación, o una fábrica o taller, o factoría, con la completa red de prensas, máquinas, hornos, etc., que son necesarios para la prosecución de su actividad.

Pero en la sociedad actual, cada vez más invadida por las prestaciones de servicios mercantiles, que desde luego facilitan la vida a los ciudadanos, a veces basta un pequeño local con una mesa, un ordenador personal o una pequeña red de ordenadores, y un grupo de trabajadores ágiles, dinámicos, bien preparados y especializados y bien coordinados y dirigidos para sacar adelante una actividad mercantil. Aquí la aportación del comitente puede ser casi nula o nula.

Es decir se trata de **ciertos modos de externalización de áreas de la actividad empresarial que se fraguan entre los Expedientes de regulación de empleo, los despidos objetivos y las sucesiones de empresa**.

⁸ STS de 29 de diciembre de 1997, con cita de las SSTS de 13 de marzo de 1990, 5 de abril de 1993, 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 y 23 de enero de 1995. *Vid.* la misma doctrina del TS en las SSTS de 9 de febrero, 29 de abril, 31 de marzo, 8 de junio y 3 de octubre de 1998, 15 de abril y 30 de septiembre de 1999, 22 de mayo y 10 de julio de 2000, 29 de enero, 25 de febrero, 19 de marzo y 19 de junio de 2002 y 28 de julio de 2003.

⁹ STS de 9 de febrero de 1995, con cita de las SSTS de 13 de marzo de 1990, 5 de abril de 1993 y 23 de febrero de 1994.

¹⁰ SSTS de 19 de marzo, 17, 19 y 25 de junio y 12 de diciembre de 2002.

La jurisprudencia había venido siendo reacia a que se estimara que una contrata concertada sin transmisión de esa infraestructura de elementos patrimoniales suficientes, viniera a constituir un supuesto de sucesión de empresa.

E incluso se negaba que la contrata nueva constituyera un supuesto de transmisión de empresa, que según el TS, **en ocasiones, no es realmente tal, sino finalización de una contrata 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** ¹¹.

Se estima que la **contrata es un negocio jurídico que se configura como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero. Este tercero puede ser también una empresa, sin que pueda serlo un órgano administrativo** a quien corresponde la gestión de un servicio que, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, lo adjudica, cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho administrativo, a quien corresponda, según los términos de la convocatoria ¹².

Pues también en estos casos se ha afirmado que **un dato que puede ser determinante** es que la concesión lleve aparejada la **entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio**, o que, por el contrario, no concurra esta **puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación**; pues en tales supuestos, si en el primero cabe la subrogación que contempla el precepto, en el segundo faltan los presupuestos necesarios para que se produzca la sucesión de empresa a que se refiere la norma ¹³.

Y no existe dicha transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, **pues la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente** ¹⁴.

Se estima que **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**

¹¹ SSTS de 5 de abril de 1993 y 10 de diciembre de 1997. SSTS de 9 de febrero y 29 de abril de 1998.

¹² STS de 5 de abril de 1993.

¹³ STS de 5 de abril de 1993, con cita de la STS de 22 de enero de 1990. En igual sentido SSTS de 4 de diciembre de 1994, 31 de marzo (empresas del servicio de limpieza, cada una de ellas dotada de su propia organización independiente), 29 de abril y 8 de junio de 1998. Se estima que no es aplicable el artículo 44 del ET, según la STS de 18 de septiembre de 2000, con cita de la de 10 de julio de 2000, **en el caso de dos empresas de vigilancia que se sucedieron en la contrata, la posible obligación de la segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores, no deriva del mandato del artículo 44 del ET**. STS de 29 de enero de 2002.

¹⁴ STS de 29 de enero de 2002, con cita de la STS de 30 de diciembre de 1993.

«infraestructura u organización empresarial básica para la explotación ¹⁵». Sin que la mera transmisión de activos que no constituyan un conjunto organizado susceptible de posibilitar la continuidad de la empresa, sea suficiente para considerar que se está en presencia de un supuesto de sucesión empresarial, de modo que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente ¹⁶.

Y esa explotación empresarial que se transmite, se ha dicho que tiene que estar «viva» ¹⁷. Se requiere una transmisión de un conjunto que reúna las características necesarias para una explotación autónoma, de modo que si no es así, se afirma que no se ha transmitido la empresa en su conjunto, ni una unidad productiva funcionalmente independiente, o susceptible de estarlo, ya que no existía ninguna organización que reuniera esa condición, si es que había cesado la empresa en su actividad, estando en liquidación y los contratos de trabajo extinguidos por causa autorizada administrativamente, e incluso aceptada por los trabajadores ¹⁸. Otra cosa hubiera sido si se hubiera apre-

¹⁵ STS de 14 de diciembre de 1994 con cita de la STS de 23 de diciembre de 1994. STS de 10 de diciembre de 1997. STS de 29 de diciembre de 1997 (sucesivas adjudicaciones a dos empresas distintas del servicio de limpiezas por parte de un organismo público, cada una de ellas dotada de su propia organización independiente). SSTS de 9 de febrero y 3 de octubre de 1998. STS de 22 de mayo de 2000 (porque el mero cese al finalizar la contrata en el uso de las instalaciones y de los enseres de una cafetería no es por sí mismo un acto «inter vivos» constitutivo de la transmisión de una empresa (o de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma), sino un mero hecho jurídico, consecuencia necesaria de la terminación de la relación contractual entre comitente y contratista). SSTS de 10 de julio y 18 de septiembre de 2000.

¹⁶ STS de 25 de febrero de 2002, con cita de las SSTS de 23 de septiembre de 1997 y 15 de abril de 1999. SSTS de 19 de marzo y 17, 19 y 25 de junio de 2002.

En un supuesto de reversión al Ayuntamiento de la gestión directa del servicio de recaudación, que antes realizaba una empresa, se expresa que no existe sucesión de empresa porque para ello hace falta que concurra el requisito de que elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente, mientras que en el caso actual la actividad actual se desarrolla, en un local propiedad del Ayuntamiento que había sido cedido por éste a don L... A. P., se lleva a cabo sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento y sólo permanecen como bienes que tuvieron relación con la anterior empresa los muebles y los equipos informáticos, pero estos bienes ni constituyen «un soporte económico suficiente para que continúe la acción empresarial precedente, ni son propiamente transmitidos por la empresa anterior al Ayuntamiento, pues como se especifica en los hechos probados... el mobiliario es objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos no son cedidos por la empresa anterior sino que son objeto de un contrato por un año por parte de la empresa R..., S.A. y el Ayuntamiento (STS de 19 de marzo, seguida por las SSTS de 19 y 25 de junio de 2002).

¹⁷ Dice la STS de 25 de febrero de 2002 que del artículo 44 del ET se trasluce la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial «viva», que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad.

Aquella empresa a la que vinieron a sustituir había dejado de existir como tal empresa cuando las nuevas comenzaron a funcionar y, por lo tanto no permanecía como tal entidad en el momento en que éstas iniciaron su actividad, sino como una «masa» integrada por un pasivo que superaba el activo (eso es la quiebra) y, por lo tanto, sin capital social ni organización.

¹⁸ STS de 16 de julio de 2003, con cita de las SSTS de 18 de mayo de 1987, 13 de diciembre de 1989, 29 de julio de 1995, y 20 de enero de 1997.

ciado la existencia de un cambio de titulares no transparentes o encubierto, pero no ocurre esta situación cuando los adquirentes de los elementos patrimoniales **no lo hicieron directamente, sino de terceros, que a su vez se los cedieron en propiedad o en arrendamiento sin que se aprecie indicios de fraude**, en dichas operaciones.

Se mantiene la misma idea cuando se dice que los **servicios** de la contrata **no constituyen «una unidad productiva autónoma»**, al **no gozar de un mínimo patrimonial transmitido, y que sea sustrato de la actividad empresarial**. Ahora bien, **no hay una transmisión patrimonial en ningún sentido, cuando sólo se facilita el mero uso de los elementos necesarios, para ejecutar los servicios contratados, que siguen en propiedad, posesión y administración de la empresa cedente**. Facilitar ciertos elementos, **no es una transmisión patrimonial de los mismos, sino una puesta a disposición limitada y circunscrita a la ejecución del servicio** ¹⁹.

Por ello, en las **contratas sucesivas de servicios como el de limpieza, en la que lo que se transmite no es una empresa, ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características**, dice la jurisprudencia, **que no opera la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 del ET** ²⁰.

El uso y reversión al organismo de procedencia del uso de ciertos bienes (los **enseres de la cafetería**) se estima que **no constituyen por sí mismos una explotación o un conjunto de medios organizados, cuando la voluntad del organismo público ha sido interrumpir la prestación de dicho servicio accesorio de cantina para sus empleados** ²¹.

¹⁹ STS de 25 de octubre de 1996. Se trataba de servicios de limpieza y cocina. Dice la STS de 12 de marzo de 1997 que es claro que la **realización de tales servicios (los servicios de cocina y comedor) carecen de todo elemento patrimonial que los soporte, e incluso la pura organización empresarial no es transmitida sino sencillamente sustituida**. La realización de unos servicios no constituye pues «unidad productiva autónoma», ni como es obvio «centro de trabajo».

Dice la STS de 1 de diciembre de 1999 que **no puede considerarse como sucesión de empresa, la terminación de una contrata de prestación de servicio de cafetería o cantina por tiempo determinado en el centro de trabajo de un organismo público, cuando dicho servicio, que no es una unidad productiva sino una facilidad o ventaja en especie para quienes prestan trabajo en la empresa, se interrumpe y no hay continuación del mismo por parte de la entidad comitente**. El **mero cese**, al finalizar la contrata, en el uso de las instalaciones y de los enseres de una **cafetería** no es por sí mismo un acto «inter vivos» constitutivo de la transmisión de una empresa (o de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma), sino un mero hecho jurídico, consecuencia necesaria de la terminación de la relación contractual entre comitente y contratista. Esta extinción de la contrata, con cese de la prestación del servicio que era objeto de la misma, no puede constituir tampoco una transmisión o cesión de empresa cuando se refiere a una actividad de prestación temporal de un servicio de cantina a los trabajadores de un organismo público. Y que la **«reversión»**, **no es aplicable en los supuestos de contrata de obra o servicio**, no debiendo considerarse como tal la mera terminación de la cesión del uso de locales e instalaciones.

El mismo criterio se mantiene si las instalaciones y los enseres de la cafetería son de una empresa privada (STS de 22 de mayo de 2000).

²⁰ STS de 29 de enero de 2002.

²¹ STS de 1 de diciembre de 1999.

Se han planteado severas dudas sobre la posibilidad de aplicar el fenómeno de la transmisión de empresas a las que están en situación de quiebra ²².

1.3. Es un requisito adicional que se **mantengan vigentes los contratos de trabajo** por lo que se **niega la existencia de sucesión de empresas con los efectos previstos en el artículo 44 del ET cuando los contratos de trabajo se habían extinguido por causa legal, antes de la decisión empresarial sucesoria, y con el percibo de indemnizaciones, con acuerdo previo, en el Expediente de regulación de empleo, con los representantes de los trabajadores, ratificado por la Autoridad Laboral** ²³. Para que opere la garantía que establece el artículo 44 del ET es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado -se reitera-, **que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente, de modo que tal mecanismo de garantía no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato en base a una causa prevista en la Ley** ²⁴.

Si dichos contratos de trabajo no se encontraban vigentes, ni existía una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, sino que eran los propios antiguos trabajadores los que seguían la actividad, constituidos en Sociedad Anónima Limitada, se estima que no concurre el fenómeno de la sucesión o transmisión de empresa ²⁵.

²² Dice la STS de 25 de febrero de 2002 que limita la sucesión a la previa existencia de la transmisión de empresas o centros preexistentes que conserven su identidad, como ha sido recogido en la versión actual del artículo 44 del ET (la introducida en 2001). **Esta exigencia de que la empresa permanezca en su identidad ha sido considerado elemento decisivo y determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial que puede apreciarse en la STJCE de 18 de marzo de 1986 (TJCE 86\65) (Asunto Spijkers)**, habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aun cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa «continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude», para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta «otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone» -STJCE de 26 de septiembre de 2000 (TJCE 2000\212) (Asunto C-175/99; apdo. 49). No obstante lo cual la misma STS afirma que **no se trata de negar que a partir de la quiebra de una empresa ya no sea posible hablar de sucesión, pues el artículo 51.11 del ET exige aceptar tal posibilidad** -como dice la STS de 15 de febrero de 1993-.

Constituyendo exigencia básica de la normativa comunitaria esa permanencia de la empresa en su identidad **es difícil mantener desde esa misma normativa comunitaria que una empresa previamente declarada en quiebra permanezca en su identidad**, y sobre esta circunstancia ha advertido expresamente la Directiva 98/50/CE, reformadora de la anterior, no sólo previendo la posibilidad de exceptuar de la aplicación de la indicada Directiva «a los traspasos efectuados en el marco de procedimientos de liquidación», con el fin de «promover la supervivencia de empresas que han sido declaradas en situación de crisis económica» (considerandos 7 y 8 del preámbulo de la expresada Directiva), sino disponiendo en su artículo 4.º *bis*, apartado 1 que «salvo que los Estados miembros dispongan otra cosa, **los artículos 3.º y 4.º** (los que disponen la sucesión) no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o centros de actividad cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo...». Es cierto que tales preceptos no impiden pensar en la existencia de una sucesión mediando una quiebra, pero no cabe duda que los mismos constituyen **una advertencia sobre la situación especial que la quiebra supone desde la perspectiva que aquí nos ocupa, y sobre el carácter restrictivo de la aplicación de tales normas a los supuestos de sucesión**.

²³ SSTs de 11 de mayo de 1987, 24 de julio de 1995 y 20 de enero de 1997.

²⁴ SSTs de 24 de julio de 1995 y 20 de enero de 1997.

²⁵ Se dice en la STS de 15 de abril de 1999 que es cierto que **el objeto social coincide (comercialización y construcción de maquinaria textil) y que se está tratando sin duda de ocupar en el mercado el espacio de la anterior empresa por sus antiguos trabajadores, utilizando para ello ciertos elementos patrimoniales procedentes de la liquidación**

2 ... A MENOS QUE EXISTA UN TÍTULO SUBROGATORIO QUE PROCEDA DE CONVENIO COLECTIVO O DE UN PLIEGO DE CONDICIONES ACEPTADO POR EL CONTRATISTA

2.1. La misma jurisprudencia ²⁶ que requiere que la contrata conlleva la transmisión de la infraestructura patrimonial suficiente, para estimar que se trata de una sucesión de empresa, y no de un mero fenómeno de externalización de servicios ajeno al artículo 44 de la Ley del ET, prevé que es posible la existencia de otra vía de reconocimiento de tal transmisión de empresa, o de unidad productiva autónoma, que es la **normativa colectiva** y también la aceptación por el contratista de la sucesión en el **Pliego de Condiciones**.

Dice la jurisprudencia, en relación con las contrata, que **es claro que la realización de unos servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte, e incluso la pura organización empresarial no es transmitida sino sencillamente sustituida, pues puede ser que la organización que de ellos hace la empresa cesionaria es más eficiente que la llevada a cabo por la empresa titular. La realización de unos servicios -dice el TS- no constituye pues «unidad productiva autónoma», ni como es obvio «centro de trabajo»** ²⁷.

Si con la contrata no ha concurrido la **transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación**, para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca, tiene que venir **impuesto por norma colectiva eficaz que así lo imponga** o por el **Pliego de Condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista** ²⁸.

de C... y el contacto con los clientes. Pero no es éste el supuesto del artículo 44 del ET, que exige se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo y **aquí no existía ya ninguna organización que reuniera esa condición y los contratos de trabajo se habían extinguido por una causa autorizada administrativamente y plenamente aceptada por los trabajadores** (Ss. de 18 de mayo de 1987, 13 de diciembre de 1989, 29 de julio de 1995 y 20 de enero de 1997), cuya realidad no ha sido puesta en duda.

Por otra parte, no hay ningún elemento que permita establecer en el caso decidido la existencia de un cambio de titularidad no transparente o encubierto, sino que se aprecia una situación distinta: un conjunto coordinado de acciones de los trabajadores afectados por el cese de la empresa para lanzar un nuevo proyecto empresarial **utilizando algunos elementos patrimoniales y relaciones comerciales del anterior empleador, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capitalizado de las prestaciones de desempleo**. Esta actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral (art. 228.3 de la LGSS y el RD 1044/1985) y un supuesto similar se ha tenido en cuenta incluso por la **Directiva 98/50/CE, que autoriza la inaplicación del régimen de garantías 3 y 4 de la Directiva 77/187/CEE para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes, lo que indica que la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad y no de una forma rígida que impida la búsqueda de soluciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo**.

²⁶ SSTS de 5 de abril y 30 de diciembre de 1993 y 29 de enero de 2002.

²⁷ STS de 30 de diciembre de 1993. La contrata era de servicios de lavandería y plancha.

²⁸ STS de 10 de diciembre de 1997. *Cfr.* la STS de 30 de septiembre de 1999, que dice que **para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio Colectivo, o al menos el Pliego de Condiciones aceptado por el nuevo contratista**, con cita de las SSTS de 10 de diciembre de 1997 y 9 de febrero de 1998.

Por ello tanto por vía de Convenio Colectivo como de Pliego de Condiciones aceptado por la adjudicataria, cabe que se acuerde la sucesión empresarial, si concurren ciertas condiciones.

2.2. El Convenio Colectivo.

Ello será así si la sucesión empresarial se acomoda a los límites y requisitos que en el Convenio Colectivo se establezcan ²⁹.

Se puede plantear la duda del tipo de Convenio Colectivo a considerar, si el estatutario o si también el extraestatutario. El Convenio Colectivo aceptable es el **estatutario** ³⁰, o de otro modo, la empresa debe estar encuadrada entre las representadas por la organización firmante del Convenio Colectivo extraestatutario y haberse adherido al mismo de algún modo eficaz.

Si el Convenio Colectivo requiere ciertas obligaciones de información por la empresa saliente, en caso de **incumplimiento por dicha empresa de sus esenciales obligaciones de información a la entrante, necesarias para que se produjera la subrogación, se concluye negando la existencia de la subrogación pretendida** ³¹.

Es criterio jurisprudencial, que llama la atención, que **la norma colectiva** que incida sobre la norma del artículo 44 del ET, se dice que modificándola, **debe ser interpretada restrictivamente, puesto que viene a constituir una excepción a la regla general** ³². No hay tal supuesto de excepción, pues se trata de un mecanismo adicional, tan legítimo y apto como el legal, por lo que la estimación de la vía convencional como excepcional es ajena a la previsión del artículo 37.1 de la Constitución Española.

Es criterio jurisprudencial ³³, que **si la empresa saliente no cumplimenta los deberes que le impone el Convenio Colectivo, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante**. La protección de los trabajadores concernidos se consigue mediante el mantenimiento de su contrato con la empresa donde prestaban sus servicios hasta el momento; es decir, que, no hay desde luego sucesión en las relaciones de trabajo, pero éstas continúan en cabeza del empresario saliente, quien no puede alegar, como causa extintiva, el mero hecho de la terminación de la contrata; con lo que, o sigue procurando empleo a esos trabajadores, o prescinde de los mismos mediante la indemnización fijada por la Ley.

²⁹ SSTs de 18 de septiembre de 2000, 29 de enero de 2002 y 28 de julio de 2003.

³⁰ STS de 9 de febrero de 1998. Dice la STS de 14 de diciembre de 1994 que como el **convenio en cuestión** de las empresas de seguridad ha sido en efecto declarado **extraestatutario** en la STS de 15 de febrero de 1993, resultando que **la empresa recurrida no está afiliada a la patronal que suscribió el referido convenio, y no constando tampoco que se haya comprometido a cumplirlo por otro título distinto, la conclusión que se impone es la inaplicabilidad al presente caso de la subrogación empresarial establecida en dicho pacto colectivo**. Exigencia que reitera la STS de 9 de febrero de 1995.

³¹ STS de 10 de diciembre de 1997.

³² STS de 8 de junio de 1998.

³³ STS de 30 de septiembre de 1999, con cita de las SSTs de 10 de diciembre de 1997 y 9 de febrero de 1998.

Esta solución parte de un doble dato ya expresado, pero que conviene reiterar: primero, que -en la hipótesis contemplada- la transferencia del personal no viene impuesta por norma legal alguna; segundo, que esa **transferencia** es fruto únicamente de una específica previsión contenida en el Convenio Colectivo aplicable. De ahí que **sólo tenga lugar cuando el empresario saliente cumplimente de manera suficiente los deberes que la norma paccionada colectiva le impone**, en orden a informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados y a justificar cumplidamente que se han atendido, hasta el momento, las obligaciones dinerarias que derivan del contrato de trabajo y de la relación de seguridad social, en materia de cotización.

Puede producir ciertas dudas qué se haya de entender por cumplimiento suficiente de los deberes que asigna al cesante el Convenio Colectivo. Se dice que «la subrogación puede operar», **incluso cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la seguridad social** ³⁴.

2.3. El Pliego de Condiciones.

Se acepta su eficacia en la jurisprudencia inicialmente, sin muchas precisiones ³⁵.

Dice el TS que cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, **los Pliegos de Condiciones pueden 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** ³⁶.

Debe repararse, no obstante, en que, una vez que se ha aceptado que el Pliego de Condiciones es medio adecuado para establecer la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo preexistentes, en alternativa con el supuesto del artículo 44 del ET y del sistema que puede ofrecer

³⁴ STS de 28 de julio de 2003, con cita de la STS de 11 de marzo de 2003 en la que se precisa que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», mencionando SSTS de 10 de diciembre de 1997, 9 de febrero de 1998 y 30 de septiembre de 1999.

³⁵ SSTS de 5 de abril de 1993 y 23 de enero de 1995.

³⁶ STS de 5 de abril de 1993.

el Convenio Colectivo aplicable, se añade en la sentencia que se acaba de citar, que sirve dicho Pliego de Condiciones para perfilar el objeto de la concesión que se impone *ope legis*. O bien se aplica el artículo 44 del ET, en alternativa con el Convenio Colectivo aplicable, en cuyo caso el Pliego de Condiciones sólo puede perfilar lo no regulado en ellos, o dicho pliego contractual es medio autónomo para adoptar la decisión de la sucesión de toda o una parte de la empresa, que es lo que se ha venido diciendo en las SSTS citadas anteriormente.

De cuanto antecede ha de desprenderse que, si el comitente y el contratista conciertan la prosecución de la vigencia de los contratos de trabajo que tenía el primero, a cargo del segundo, como transmisión de parte de empresa, se ha de estar a esta consecuencia, que tendrá sus efectos plenos, a menos que se pruebe que se trata de una operación en fraude de ley, con daño de los trabajadores.

3. ADMISIÓN DE LAS CONTRATAS COMO SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA

A la vista del concepto que da la **Directiva 98/50/CE de 29 de junio de 1998**, sobre la «**unidad económica**», que **si mantiene su identidad, se considera traspaso** en el sentido de la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977, dado que **estima por tal «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria»** [art. 2.º 1 a)], el criterio restrictivo mantenido por el TS, respecto de las contratatas, tenía que cambiarse.

En efecto el TS ha dicho que **sí se produce sucesión de empresas cuando un colegio, dedicado a la enseñanza, cede en arrendamiento a otra empresa los servicios de cocina y limpieza, pasando a formar parte de la plantilla de esta última las actoras limpiadoras, al servicio del Colegio desde el año 1966 a 1983**. Pues bien se afirma que **lo cedido fue un local con entrada desde el patio central del Colegio, dentro de la cual está ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial, etc., además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a *office*, y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios**, declarando las partes firmantes del acuerdo que todos los locales, enseres y electrodomésticos constituyen una **industria susceptible de ser explotada** desde el momento de la firma del acuerdo.

Siendo esto así, concluye el TS, **es claro de que lo cedido fue una unidad productiva autónoma**, es decir, de una empresa, **sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa**, sino poseer la titularidad del negocio, y no cabe duda que en el caso de autos la cesión de los servicios antes relacionados son un negocio cuya titularidad se cede;

como se dice en la Directiva 98/50/CE y de conformidad con lo ordenado en el artículo 44 del ET, lo cedido fue una entidad económica con propia identidad, como conjunto de medios organizado ³⁷.

Pero, hasta ahora, esta decisión judicial no se había generalizado.

4. SE AFIRMA QUE NO CABE QUE EL EMPRESARIO SE DESENGANCHE DE TRABAJADORES, SI ÉSTOS NO LO CONSIENTEN. ¿UTI SINGULI, O COLECTIVAMENTE?

Frente al anterior criterio aperturista al fenómeno de las transmisiones de empresas, se encuentra una doctrina consolidada del TS, que defiende el **derecho del trabajador a no ser cedido sin su voluntad expresa o tácita, individualmente expresada**, de modo que se niega al empresario el derecho a ceder el contrato a otro empresario, ni siquiera con el consentimiento de los representantes de los trabajadores, si el trabajador se niega.

El problema a resolver estriba en saber **si resulta o no válida la subrogación en diversos contratos de trabajo, impuesta en el Pliego de Condiciones, a una empresa a quien se adjudica una contrata, en régimen de competencia con otra contratista que hasta ahora había venido desempeñando, como monopolista, el servicio, y continúa prestándolo en lo sucesivo en concurrencia con la nueva adjudicataria. Se dice por el TS ³⁸, que constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del ET**, la transmisión de la titularidad, entendiendo por tal concepto traslativo no sólo el cambio de la titularidad nominativa de la empresa, sino también la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Se alude a la subrogación en los contratos de trabajo, que opera en aquellos casos en que la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa, o en aquellos otros en que el Pliego de Condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista. Sólo se produce la subrogación en 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 la titularidad del contratista, acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación. Cuando ello sucede, no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que opere la subrogación, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 44.1 del ET, que únicamente requiere la notificación del cambio a los empleados, bien por parte del cedente o bien por la del cesionario. Pero se dice que, cuando tan sólo se ha dado entrada, sin transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación

³⁷ STS de 12 de diciembre de 2002.

³⁸ STS de 29 de febrero de 2000, y la misma doctrina en las SSTs de 26 de junio y 18 de septiembre de 2002 y 18 de marzo de 2003, por todas.

de 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 ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, sino que hay que deducir necesariamente que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere.

Se estima que no resulta aplicable el citado artículo 44.1 del ET, y por ello el **Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora, que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, 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 dichas obligaciones (art. 1.205 del CC).**

Si se promueve desde la Administración la fragmentación en dos de la actividad del anterior monopolista, el problema es si resulta o no válida la subrogación en diversos contratos de trabajo impuesta en el Pliego de Condiciones a una empresa a quien un ente público adjudica una contrata en régimen de competencia con otra contratista que, hasta ahora, había venido desempeñando, como monopolista, el servicio, y continúa prestando en concurrencia con la nueva adjudicataria, oponiéndose a la subrogación los trabajadores afectados por ella.

En la cláusula 16.^a del Pliego de Condiciones se señalaba -por lo que aquí interesa- que «el adjudicatario de este concurso tiene la obligación de subrogarse en las condiciones establecidas del personal que el primer concesionario Handling destina a la prestación de este servicio, en igual proporción a la actividad en la que sea sucedido por el segundo operador». La adjudicación se hizo a favor de la Unión temporal de empresas EuroHandling, que viene prestando el servicio simultáneamente y en régimen de competencia con la primera concesionaria Iberia, Lae ³⁹.

Se concluye diciendo que ⁴⁰ el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (que es el deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin consentimiento de los acreedores en dicha relación obligacional, que son los trabajadores, pues lo impide el artículo 1.205 del CC.

³⁹ Vid. en STS de 18 de junio de 2002.

⁴⁰ STS de 11 de abril de 2000.

El tema tiene una mayor incidencia cuando el comité de empresa o los Sindicatos más representativos en la empresa, pactan con los empleadores el número y las identidades de los trabajadores que deben ser cedidos ⁴¹, ⁴².

Se aprecia ⁴³ que no se ha producido una verdadera sucesión de empresa conforme al artículo 44 del ET porque, si bien se viene **admitiendo la subrogación en los contratos de trabajo, en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones de la contrata, cuando se produce una**

⁴¹ El 11 de octubre de 1993 el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea-AENA convocó concurso público para la adjudicación de la prestación del servicio de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros, como 2.º concesionario, para el aeropuerto de Gran Canaria.

Desde octubre de 1992 Iberia Lae, S.A., venía actuando como primer concesionario de ese servicio, subordinado a la cláusula que establecía que la entrada de un segundo operador supone una sucesión en la actividad realizada por el primero en el porcentaje de prestaciones persistentes de Handling en que dicho segundo operador pase a desarrollar. En consecuencia, el adjudicatario de un segundo concurso tiene la obligación de subrogarse, en las condiciones legalmente establecidas, respecto al personal que el primer concesionario de Handling destina a la prestación de ese servicio y en igual proporción a la actividad en la que le sucedió el 2.º operador.

Al inicio de la actividad se producirá una subrogación del 10% del total del personal y, paulatinamente, se irá incrementando esa subrogación cada vez que una compañía transportista cambie de suministrador de servicios. En cualquier caso se previó, que en abril de 1997, se produciría una regulación total, de forma que el segundo concesionario se quede con un mínimo de un 30% del personal total.

Antes del inicio de la actividad los segundos concesionarios elaborarán las listas de personas afectadas que bien se habrá de llevar a cabo por acuerdo entre ambas partes o por sorteo si con el personal voluntario no fuera suficiente para cubrir el porcentaje de referencia.

La concesión fue adjudicada el 17 de enero de 1993 a EuroHandling que comenzaría a operar en el aeropuerto de Gran Canaria el 27 de marzo de 1994.

El comité de Centro de Iberia tenía convocadas huelgas para los días 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16 y 18 de mayo siguiente.

Durante varios días de los meses de marzo y mayo del año 1994 Iberia Lae, S.A., EuroHandling y el Comité Intercentros del personal de tierra de Iberia mantuvieron diversas reuniones para tratar el tema de la subrogación del personal y se llegó a un acuerdo en el que se estableció que el personal subrogado sería el de menor antigüedad y en proporción al tipo de contrato y grupo laboral a que se perteneciese y que, como consecuencia de este acuerdo, se suspenderían las huelgas convocadas por el Comité Intercentros de Iberia para los días 16 y 18 de mayo de 1994.

Posteriormente los Sindicatos e Iberia determinarían los trabajadores que habrían de comprender la primera subrogación, lo que fue aceptado por EuroHandling.

Igualmente, las mismas partes, con posterioridad, determinaron las personas que debían ser afectadas por una segunda subrogación. Estos acuerdos fueron sometidos al Comité de Centro de Gran Canaria que los aceptó, aunque hubiera manifestado que debería haberse utilizado la lista del personal existente en el mes de mayo de 1994.

La actora recurrente figuraba en la lista de personal a subrogar.

⁴² En el caso a que se refiere la STS de 26 de junio de 2002, advierte que el traspaso de trabajadores desde la empresa Iberia Lae a la segunda operadora del servicio de «Handling» en el aeropuerto de Las Palmas, aunque tenía su origen en el marco de la liberalización del transporte aéreo (Directiva Comunitaria 96/67/CE), y como consecuencia de la apertura a la competencia de un «segundo concesionario» o «segundo operador» de actividades u operaciones que Iberia, S.A. desarrollaba antes en régimen de monopolio, y subraya que los títulos en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas han sido sendos acuerdos contractuales de Iberia, S.A. con los segundos operadores codemandados, con la aceptación posterior de los Sindicatos más representativos en la empresa cedente.

⁴³ STS de 21 de junio de 2002, con cita de las SSTS de 30 de abril de 2002 y 29 de febrero de 2000. La misma doctrina se ha mantenido en las SSTS de 18 de junio de 2002.

verdadera sucesión en la contrata, es decir, cuando en esta última, considerada en su unidad, se produce un cambio de titularidad del contratista que va acompañada por la transmisión del antiguo al nuevo de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación.

La situación contemplada no responde -se dice- a una propia y verdadera sucesión de empresas, toda vez que **la empresa cedente lo único que hace es transferir parte de su personal a la nueva empresa, que figura como segunda adjudicataria del servicio, por lo que la primera sigue subsistiendo con su propio nombre y elementos patrimoniales y organizativos y la segunda se presenta como adjudicataria de una parte o proporción de dichos servicios.**

En tal situación no se puede hablar de sucesión de empresa sino, más bien, de una **novación del contrato por cambio de empleador** que es deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario. Y al ser una novación del contrato, la misma, **no se puede llevar a cabo sin el consentimiento de los acreedores de dichas obligaciones empresariales -art. 1.205 del CC-.**

La exigencia del consentimiento del trabajador afectado se adecua a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ⁴⁴, que dice que Directiva 77/187/CEE no se opone a que el contrato de trabajo o la relación laboral de **un trabajador empleado por el cedente en la fecha de la transmisión de la empresa, continúe con el cedente, cuando dicho trabajador se oponga a la transferencia de su contrato de trabajo o de su relación laboral al cesionario.**

No obstante, se ha de observar que, pese a lo dicho por el TS, existe un cambio de titularidad, pues la anterior monopolista ha dejado una zona de su actividad que ha pasado a la nueva competidora, que, si bien no ha recibido infraestructura patrimonial de la primera, **sí ha acogido a un grupo grande de sus anteriores trabajadores** y ello ha sido con el consentimiento expreso de sus representantes legales, una vez que es **doctrina del TJCE, desde 1997** ⁴⁵, que en **determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una «entidad económica»,** y ha de admitirse que **dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.**

⁴⁴ STJCE Luxemburgo (Sala Sexta), de 24 de enero de 2002. *Temco Service Industries*. Cuestión prejudicial. Asunto C-51/00.

⁴⁵ TJCE en Sentencia de 11 de marzo de 1997, caso *Süzen*. Cuestión prejudicial. Asunto C-13/95.

5. LA ATENCIÓN DEL TS A LA LLAMADA DEL TJCE A UN MODELO MÁS ABIERTO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA

5.1. Dice el TS, en la sentencia que se comenta de 27 de octubre de 2004, que la jurisprudencia comunitaria ha optado por una fórmula, según la cual para apreciar las circunstancias de hechos que caracterizan la operación de quien se trata, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, de donde se obtiene que ha de **atribuirse importancia a la actividad ejercida o incluso a los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate.** En particular, **en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.**

En definitiva, el TS viene a cambiar su criterio de que la contrata no suponía un supuesto de subrogación empresarial, a menos que la concesión llevara aparejada la **entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio.**

Conviene ir dando pasos sucesivos en esta afirmación y sus consecuencias.

5.2. En el Derecho Comunitario destaca la **Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977, del Consejo, modificada por la Directiva 98/50/CE de 29 de junio de 1998,** del Consejo, en la que se dice que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso (art. 3.º 1). El traspaso de una empresa, de un **centro de actividad o de una parte de centro de actividad,** no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario (art. 4.º 1). Es cedente cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso pierde la calidad de empresario con respecto a la empresa, el **centro de actividad** o la **parte de centro de actividad** [art. 2.º a)].

La presente Directiva se aplicará a los traspasos 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. Se considerará traspaso el de una **«entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria».**

5.3. Dice el TJCE ⁴⁶ que la Directiva 77/187/CEE no se aplica a una situación en la que un **arrendatario de servicios, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve la contrata que lo vinculaba a éste y celebra, para la ejecución de trabajos similares, una nueva contrata con un segundo empresario** si la operación **no va acom-**

⁴⁶ STJCE de Luxemburgo (Pleno), de 11 de marzo de 1997, *Süzen*. Cuestión prejudicial. Asunto C-13/95.

pañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

Son criterios relevantes previos a esta decisión, las afirmaciones siguientes:

El **criterio decisivo** para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva es **si la entidad de que se trata mantiene su identidad**, lo que resulta, en particular, de que **continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude.**

La **inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario** o entre los dos empresarios a los que se han encomendado sucesivamente los trabajos de limpieza de un establecimiento de enseñanza **no puede revestir una importancia decisiva** a este respecto, a pesar de que **puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión** en el sentido de la Directiva. De modo que **no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario**, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador.

El concepto de «entidad económica» organizada de forma estable **remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.**

Para saber si se cumplen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de **tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate**, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el **valor de los elementos inmateriales** en el momento de la transmisión, **el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores**, y otros. Sin embargo, estos elementos **no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente** ⁴⁷. Una circunstancia particular a tener en cuenta es **el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores.**

⁴⁷ 14. Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de **tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate**, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, **el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores**, el que **se haya transmitido o no la clientela**, así como el **grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión** y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y **no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente** (véanse, en particular, las sentencias *Spijkers* y *Redmond Stichting*, apartados 13 y 24, respectivamente).

15. Como han señalado la mayoría de los participantes en el procedimiento, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. Su identidad resulta también de **otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone.**

La importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate. En particular, en la **medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.**

En la medida en que, en **determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica**, ha de admitirse que **dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.**

De esta exposición, ya esencializadora, se han de destacar, si fuera posible, **tres principios**: que una circunstancia a tener en cuenta es **el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores**. Que en la **medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos**. Y que se pueden y deben tomar en consideración junto a elementos materiales, los **inmateriales** de la empresa cedente.

El TS en su sentencia de 27 de octubre de 2004 se refiere a uno de ellos, el expresivo de que no es relevante la cesión de bienes o de infraestructura, cuando sea **posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial**.

Pero debe tenerse en cuenta que los otros principios hacen menos rigurosa la decisión del TS, en el sentido de que las futuras sentencias cumplirán del mismo modo el artículo 234 del Tratado CE, si aplican cualquier otro de ellos.

Pero es bien cierto que se ha caído un pilar de la jurisprudencia del TS sobre esta materia, que como se ha dicho venía exigiendo, a no ser que se viniera a utilizar la vía del Convenio Colectivo o la del Pliego de Condiciones, que la concesión llevara inexorablemente aparejada la **entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio**.

Aunque ya **se veía venir**, porque el TS había dicho ⁴⁸ que no existía la sucesión empresarial cuando lo que había era una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte

⁴⁸ STS de 29 de enero de 2002, con cita de la STS de 30 de diciembre de 1993.

patrimonial necesario para la realización de ésta, pues **«la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente»**. De modo, hay que decir, en consecuencia, que si no existe esa necesidad de soporte patrimonial, no hará falta la entrega de la infraestructura.

5.4. Dice también el TJCE ⁴⁹ que el artículo 1.º 1 de la Directiva 77/67/CEE debe interpretarse en el sentido de que esta **Directiva se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la limpieza de sus locales** o de una parte de éstos **decide poner fin al contrato** que la vinculaba a aquélla y, en adelante, **ejecutar por sí misma esas tareas**, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la **transmisión entre ambas empresas de una entidad económica**. El concepto de entidad económica remite a un **conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio**. La mera circunstancia de que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por la empresa de limpieza y por la empresa propietaria de los locales sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad.

Para llegar a esta decisión se han adoptado algunas consideraciones previas, de entre las que se pueden destacar las siguientes:

Pueden incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE una situación en la que **una empresa encomienda a otra empresa mediante contrato la responsabilidad de efectuar los trabajos de limpieza que ella misma efectuaba antes directamente** y una situación en la que el comitente, que había encomendado la limpieza de sus locales a una primera empresa, resuelve el contrato que lo vinculaba a ésta y celebra, para la ejecución de trabajos similares, **un nuevo contrato con una segunda empresa**. Y el supuesto de que una empresa que se servía de otra empresa **para la limpieza de sus locales o de una parte de éstos, decida poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas**.

En **determinados sectores económicos, como el de la limpieza, estos elementos** significativos de activo material o inmaterial **se reducen, a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra**. Así pues, **un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción**.

La STS de 27 de octubre de 2004, que se comenta, al tomar en consideración esta STJCE de 1998, produce el efecto sorprendente de aceptar dos consecuencias: una que se hable de **entidad económica para aplicarlo a un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común**, pues la Directiva 98/50/CE no había llegado a tan dura conclusión, habiéndose limitado a considerar que aquella entidad económica era un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

⁴⁹ STJCE de Luxemburgo (Sala Quinta), de 10 de diciembre de 1998. *Francisco Hernández Vidal*. Cuestión prejudicial. Asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97 (acum.).

La otra es que pase a ser relevante la definición por lo definido, o como dice el TS, **se caracterice como causa el efecto**. Es decir, que el TS viene a aceptar como causa de la subrogación empresarial el dato consistente en la asunción de un conjunto organizado de trabajadores destinados de forma duradera a una actividad común, porque ellos constituyen una «entidad económica», si no existen otros factores de producción.

Es cierto que padece el rigor técnico, es verdad que se confunden la causa y el efecto, es evidente que se viene a sorprender al TS, haciéndole aceptar que el «capital humano» es una «entidad económica» más importante, desde la consideración de la empresa-explotación, que la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio.

5.5. Dice también el TJCE ⁵⁰ que es un supuesto de transmisión empresarial la adjudicación a una segunda empresa de una contrata de servicio de **ayuda a domicilio en favor de determinadas personas en situación de necesidad**, siempre y cuando la operación vaya **acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica**. El concepto de entidad económica remite a un **conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio**.

Se afirma previamente que **un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción**, lo que tiene especial significado en **determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, en que estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra**.

A destacar aquí que es muy previsible que en sectores, tan carentes de bienes patrimoniales materiales, como los de los **servicios de limpieza y vigilancia**, el futuro jurisprudencial venga a aceptar que la recepción del conjunto organizado de trabajadores del anterior contratista es condición suficiente de subrogación empresarial.

5.6. Una última STJCE ⁵¹ dice que la Directiva 77/187/CEE **se aplica** en una situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la **gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario**, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, **cuando el segundo empresario utilice importantes elementos de activos materiales** utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante, **aun cuando el segundo empresario haya manifestado la intención de no hacerse cargo de los trabajadores del primer empresario**.

⁵⁰ STJCE de Luxemburgo (Sala Quinta), de 10 de diciembre de 1998. *Sánchez Hidalgo*. Cuestión prejudicial. Asuntos C-173/96 y C-247/96 (acum.).

⁵¹ STJCE de Luxemburgo (Sala Sexta), de 20 de noviembre de 2003. *Abler y otros*. Cuestión prejudicial. Asunto C-340/01.

Y ello porque: **la restauración colectiva no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra**, en la medida en que **exige unos equipos importantes**. La **transmisión de los locales y de los equipos, puestos a disposición por el hospital, que es indispensable para la preparación y la distribución de las comidas a los pacientes y al personal del hospital, basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la entidad económica**. Además, es evidente que el nuevo adjudicatario se ha hecho cargo necesariamente de la **clientela de su antecesor, por tener ésta carácter cautivo**.

De ello se desprende que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de esta actividad, no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad en el sentido de la Directiva 77/187/CEE en un sector como la restauración colectiva, donde la actividad se basa esencialmente en los equipos.

La circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueran puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187/CEE.

Pero aquí está la ocasión y el momento para recapitular.

No ha desaparecido de la jurisprudencia comunitaria la importancia de la transmisión de bienes patrimoniales o infraestructuras. Hay que enderezar la consecuencia que parecía obtenerse de la STS de 27 de octubre de 2004. La falta de recepción por el empresario contratista de la mayor parte, de la parte esencial, en número y en competencias, de los trabajadores del comitente o del anterior contratista, no impide la transmisión empresarial, sencillamente, porque en el sector de que se trata, **la restauración colectiva, no se puede considerar una actividad que se base esencialmente en la mano de obra**, dado que lo que requieren y tienen los empresarios que se dedican a ella, son importantes equipos.

Volverá a ser condicionante de la subrogación, en estas contrataciones, el elemento consistente en la **entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio**.

Cuando diga esto el TS, no habrá cambiado de criterio, sino que estará siguiendo el mismo camino iniciado por la STS de 27 de octubre de 2004, que se comenta, que es la adecuación a las Directivas comunitarias citadas y a la jurisprudencia del TJCE.

Un elemento adicional ha pasado casi sin atención. Consiste en que este patrimonio puede ser **inmaterial**. Luego, la cesión de patentes, sistemas operativos, modos de trabajar informáticos, listas de clientes o de proveedores, técnicas de acción en el mercado, sistemas de contratación y tantos otros activos se han de valorar como tales, de cara a su consideración en igualdad de condiciones con la cesión de patrimonio al contratista, para estimar cumplida la condición fáctica a la que se sujeta la existencia de transmisión empresarial.

6. EL PELIGRO DE LA NEGATIVA DEL CONTRATISTA A HACERSE CARGO DE LOS TRABAJADORES DEL COMITENTE

Observa el TS en su sentencia de 27 de octubre de 2004, que es la que se comenta, que precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del ET y si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma, la **consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores** que supuestamente se quiere proteger, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario.

Vaya, de entrada, la observación de que el criterio que ha venido a tenerse en cuenta en esta sentencia, el de la «**sucesión de plantilla**» (hacerse cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea) **no va a ser el único, sino que tan sólo vendrá a ser relevante en aquellos supuestos en que se trate de algún sector en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra**, pero no en los demás supuestos, en que, como dice el TJCE, se habrán de tener en consideración una serie de circunstancias.

En todo caso, **el efecto será tan perjudicial como el que se derivaría de no haber procedido el comitente a transmitir al contratista la infraestructura material o inmaterial suficiente**, esto es, que el o los trabajadores seguirán siendo del cesante, con las consecuencias de que serán destinados a otro centro de trabajo o se verán afectados por las consecuencias de las previsiones de los artículos 51 ó 52 c) del ET, esto es, las extinciones indemnizadas de sus contratos de trabajo.

7. EL NUEVO PELIGRO DE LAS FRAGMENTACIONES DE CONTRATISTAS EN SUBCONTRATISTAS POBRES Y POR TIEMPOS BREVES

Es evidente que, al aceptar la figura de las contratas y subcontratas en cualquier grado, con efectos subrogatorios, por el mero hecho de la recepción de la plantilla del comitente, sin transferencias patrimoniales de ningún género, el **fraccionamiento empresarial puede ser tan masivo como peligroso**.

Unos trabajadores con cierta antigüedad, buenas categorías y salarios pasan a ser trabajadores de empresarios menos solventes y de proyectos empresariales muy breves.

El riesgo de la merma de garantía para los créditos posteriores a la subrogación es evidente, a la vista de la redacción del artículo 44.3 del ET, sin perjuicio de tener que agilizar la **detectación de los supuestos delictivos**, para que, de conformidad con el artículo 44.3.2 del ET, sea solidaria la responsabilidad para las deudas posteriores.

El trabajador a quien se comunica la decisión de su pase a otra empresa por aplicación del artículo 44 del ET, las Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE o las disposiciones del Convenio Colectivo o, en su caso, lo dicho en el Pliego de Condiciones, puede pensar que tiene un año para que se decida su pretensión sobre la identidad del verdadero titular de la posición empresarial de su contrato, con base en el artículo 59.1 del ET, pero en realidad lo que se va a dirimir es si existe causa y forma suficientes para afirmar que se ha producido una subrogación empresarial o si el empresario cesante ha dejado de dar trabajo y salario sin causa legal al trabajador, lo que constituye un despido, para lo que existe un plazo de caducidad de 20 días (art. 59.3 del ET), por lo que si el afectado por la medida de los empresarios quiere llegar a verse repuesto en su situación actual o no estar y pasar por la extinción del contrato adoptada por el cesante, alegando lo que fuere, **debe saber que la acción que tiene es la del despido**.