

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y
Criminología

La transmisión de la empresa 4.0

(De cómo la evolución del concepto de empresa está modulando el
concepto de sucesión)



Doctorando: David Martínez Saldaña

Director de tesis: Adrián Todolí Signes

Valencia, marzo de 2023

ÍNDICE

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN	8
1. LA EMPRESA COMO REALIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL DINÁMICA Y EN PERMANENTE EVOLUCIÓN	8
1.1 OBJETO Y METODOLOGÍA	8
1.2 HIPÓTESIS DE PARTIDA: LA ACTUAL EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN PRECISA DE LAS CORRESPONDIENTES MODIFICACIONES LEGALES E INTERPRETATIVAS	9
2. PRIMERA ETAPA, LA EMPRESA COMO “INDUSTRIA”	11
2.1 LA ERA DE LA MÁQUINA: DESDE SUS INICIOS EL CONCEPTO DE EMPRESA YA DESCANSA ESENCIALMENTE EN LOS ELEMENTOS TANGIBLES	11
2.2 LA TRANSFORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: LA EMPRESA ASOCIADA A MÉTODOS DE TRABAJO	13
2.3 EL CONCEPTO DE INDUSTRIA Y SU VINCULACIÓN CON LOS ELEMENTOS TANGIBLES	16
2.3.1 El término <i>industria</i> en la Ley de Contrato de Trabajo	16
2.3.2 El término <i>industria</i> en la Ley de Arrendamientos Urbanos	20
3. SEGUNDA ETAPA: EL CONCEPTO DE EMPRESA Y SU PROGRESIVA EMANCIPACIÓN DE LA MATERIALIDAD	22
4. DE LA SEGMENTACIÓN DEL TRABAJO A LA SEGMENTACIÓN DE LA EMPRESA: LA MODERNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y LAS EMPRESAS EN RED	26
4.1 FIN DE LA DIVISIÓN DEL TRABAJO Y POSFORDISMO	27
4.2 LAS EMPRESAS EN RED	30
5. LA EMPRESA INGRÁVIDA	35
6. LOS ALBORES DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL	38
7. CONCLUSIÓN	46
CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA	49
1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA	49
1.1 LA NECESIDAD HISTÓRICA DE UN RÉGIMEN SUBROGATORIO ANTE LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA-OBJETO CONTINÚA PLENAMENTE VIGENTE	49
1.2 LA CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES QUE RESUELVE LA SUCESIÓN DE EMPRESA	53

2.	OBJETO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA.....	55
2.1	PROPÓSITO DE LA NORMA.....	55
2.2	SUPUESTOS QUE QUEDAN FUERA DE LA PROTECCIÓN DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA (LA COMPRAVENTA DE ACCIONES).....	59
3.	LAS DISTINTAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN	62
4.	¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LOS TRABAJADORES A SER SUBROGADOS?.....	66
5.	DISTINTOS ALCANCES	67
6.	EL DERECHO COMUNITARIO COMO REFERENCIA INTERPRETATIVA INDISPENSABLE DEL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA.....	68
7.	CONCLUSIÓN	72
	CAPÍTULO III: LA SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA.....	75
1.	MODULACIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN Y SUS EFECTOS EN LA SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA.....	75
2.	NOCIÓN DE SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA.....	76
3.	EMPRESA, CENTRO DE TRABAJO Y UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA	78
4.	EL PENSAMIENTO BINARIO: ¿LA EMPRESA SE BASA ESENCIALMENTE EN LA “INDUSTRIA” O EN EL FACTOR HUMANO?.....	81
5.	CONCURRENCIA DEL ELEMENTO OBJETIVO Y SUBJETIVO	83
5.1	ELEMENTO SUBJETIVO.....	83
5.2	ELEMENTO OBJETIVO	87
5.3	UTILIDAD ACTUAL DEL ANÁLISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO.....	88
6.	DOS DOCTRINAS DE LA SALA CUARTA ESENCIALES EN EL ANÁLISIS PREVIO Y QUE DESCARTAN LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA.....	89
6.1	NO EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA CUANDO SE TRANSMITEN “ELEMENTOS PATRIMONIALES AISLADOS”.....	89
6.2	NO EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA CUANDO LA CESIONARIA APORTA ELEMENTOS ESENCIALES, NO ACCESORIOS, PARA QUE PUEDA LLEVARSE A CABO LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA (DOCTRINA SOBRE LA NECESIDAD DE LOS MEDIOS APORTADOS POR LA CESIONARIA)	92
7.	EL ANÁLISIS DEL “CONJUNTO DE ELEMENTOS” AL QUE SE REFIERE EL TJUE...94	
7.1	PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO SUCESIÓN DE EMPRESA DEBE ESTARSE AL “CONJUNTO DE ELEMENTOS” O “ASPECTOS A EVALUAR CONJUNTAMENTE” A LOS QUE SE REFIEREN EL TJUE Y LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO	94
7.2	EL “TIPO DE EMPRESA DE QUE SE TRATE”	95
8.	TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES (EDIFICIOS Y BIENES INMUEBLES) 97	
8.1	TRANSMISIÓN DE EDIFICIOS (MEROS LADRILLOS VS. ACTIVIDADES ECONÓMICAS QUE TIENEN LUGAR EN UN INMUEBLE).....	97
8.2	SUCESIÓN DE EMPRESAS AL RECUPERAR INMUEBLES EN LOS QUE HA TENIDO LUGAR UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA.....	98

8.3	EL OBJETO DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA O CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y SU IMPORTANCIA DECRECIENTE	99
8.4	LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA RECUPERACIÓN DE INMUEBLES CON ACTIVIDAD ECONÓMICA (HOTELES) Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS ELLA	101
8.5	HOTELES DE TEMPORADA EN ESTADO DE DETERIORO Y OBSOLESCENCIA	104
8.6	APARTAMENTOS VACACIONALES	106
9.	TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES Y OBSOLESCENCIA DE LOS MEDIOS MATERIALES NO TRANSMITIDOS	106
9.1	LA TRADICIONAL IMPORTANCIA DE LA TRANSMISIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES. SIN SU TRANSMISIÓN, NO EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA. CAMBIO DE ADJUDICATARIA DEL SERVICIO DE AUTOBUSES SIN TRANSMISIÓN DE LOS AUTOBUSES (STJUE <i>LIKENNE</i>)	106
9.2	LA OBSOLESCENCIA DE LOS MEDIOS EN EL SIGLO XXI. CAMBIO DE ADJUDICATARIA DEL SERVICIO DE AUTOBUSES SIN TRANSMISIÓN DE AUTOBUSES (POR OBSOLETOS). PESE A ELLO, EXISTE SUCESIÓN (STJUE <i>GRAFE/POHLE</i>)	109
9.3	LA COMPLEJIDAD DE LAS NUEVAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES: LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA EN LA EXTERNALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN DE REDES Y ACTIVIDADES DE CAMPO DE MANTENIMIENTO DE REDES MÓVILES Y FIJAS (STS DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2021)	114
10.	ELEMENTOS INMATERIALES Y SU VALOR	114
10.1	LOS MEDIOS INMATERIALES PUEDEN RESULTAR DECISIVOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, TAMBIÉN PARA DEFINIR AL EMPLEADOR Y, POR TANTO, TAMBIÉN PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA.....	115
10.2	EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN Y LOS MEDIOS INMATERIALES EN EL CONCEPTO DE EMPRESA. EL EJEMPLO DEL SECTOR DE AGENCIAS DE VIAJES Y EL RECONOCIMIENTO DE ESE IMPACTO EN LA NORMATIVA DE ERTES RED.....	119
10.3	LA ACTIVIDAD DE AGENCIAS DE VIAJES DESCANSA EN LOS ELEMENTOS INMATERIALES (Y SU FALTA DE TRANSMISIÓN PROVOCA LA INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA)	121
10.4	LA IMPORTANCIA CRECIENTE DEL <i>SOFTWARE</i> Y LAS APLICACIONES (EL CASO DEL SERVICIO DE RECAUDACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO Y EL CASO DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID)	123
10.5	SUCESIÓN DE EMPRESA Y FRANQUICIAS	126
10.6	LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LOS ALGORITMOS. ¿PODRÍAN CONSTITUIR UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA?	132
11.	LA IMPORTANCIA, CADA VEZ MAYOR, DE LA TRANSMISIÓN DE LA CLIENTELA	135
11.1	CLIENTELA CAUTIVA	135
11.2	LA ABSORCIÓN POR EL MERCADO DEL OPERADOR CAÍDO NO CONSTITUYE “TRANSMISIÓN DE CLIENTELA”	136
11.3	LA TRANSMISIÓN DEL PRINCIPAL CLIENTE EN LOS CAMBIOS DE ADJUDICATARIA COMO INDICIO DE SUCESIÓN DE EMPRESA	137
11.4	LA TRANSMISIÓN DE LA CLIENTELA EN EL TJUE (STJUE <i>DODIC</i>)	138
12.	TRANSMISIÓN DE EMPLEADOS Y SUCESIÓN DE PLANTILLAS.....	142

12.1	TRANSMISIÓN DE EMPLEADOS COMO SIGNO ADICIONAL PARA VALORAR SI EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA	142
12.2	LA DOCTRINA DE LA SUCESIÓN EN LA PLANTILLA COMO VARIANTE DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA LEGAL	143
12.2.1	Gestación de la doctrina en el TJUE	143
12.2.2	Asunción de la doctrina por la Sala Cuarta	146
13.	EL GRADO DE ANALOGÍA ENTRE LA ACTIVIDAD DEL CEDENTE Y CESIONARIO (Y LA FALTA DE RELEVANCIA EN LA TRANSMISIÓN DE “BIENES INDISPONIBLES”)	152
13.1	EL GRADO DE ANALOGÍA EN LAS ACTIVIDADES	152
13.2	LA DOCTRINA DE LOS “BIENES INDISPONIBLES”	154
14.	LA INTERRUPCIÓN DE LA ACTIVIDAD	154
15.	LA PREEXISTENCIA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA COMO REQUISITO ADICIONAL DE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA (DOCTRINA AMATORI)	155
16.	CONCLUSIÓN	160
CAPÍTULO IV: SUCESIÓN CONVENCIONAL Y OTRAS FORMAS DE SUCESIÓN DE EMPRESA		164
1.	SUCESIÓN CONVENCIONAL	164
1.1	CONCEPTO DE LA SUCESIÓN CONVENCIONAL	165
1.2	TIPO DE CONVENIO APTO PARA ESTABLECER SUCESIÓN CONVENCIONAL	167
1.2.1	Convenio de empresa	167
1.2.2	Acuerdo marco y el ejemplo de V ALEH	169
1.3	INCIDENCIA DE LA ULTRA ACTIVIDAD Y LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL	173
1.4	PRIORIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL ESTATAL EN CASO DE CONTRADICCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL PREVISTA EN CONVENIO SECTORIAL ESTATAL Y DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA	176
2.	LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL ANTES DE LA DOCTRINA SOMOZA	177
3.	LA DOCTRINA SOMOZA	183
3.1	STJUE SOMOZA	183
3.2	ASUNCIÓN, DE LA DOCTRINA SOMOZA POR LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO	185
4.	SUCESIÓN CONVENCIONAL DESPUÉS DE SOMOZA	187
4.1	APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOMOZA POR PARTE DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO	187
4.1.1	Subrogación convencional tras disminución del alcance del servicio (lo que procede es subrogar y, posteriormente, despedir por causas objetivas)	187
4.1.2	Subrogación convencional tras <i>Somoza</i> y carga de la prueba de quien aduce la inexistencia de subrogación legal	188

4.1.3	Incumplimiento de obligaciones de información del convenio colectivo y doctrina <i>Somoza</i>	190
4.1.4	El temor al impacto de la doctrina <i>Somoza</i> en la negociación colectiva	193
4.2	CONVENIOS COLECTIVOS QUE SIGUEN IMPONIENDO LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL.....	195
5.	POSIBLES SOLUCIONES AL “EFECTO PERVERSO” DE LA DOCTRINA SOMOZA.	200
6.	OTRAS DIFICULTADES PARA APLICAR LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL.....	201
6.1	DIFICULTADES DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA SALIENTE A EMPRESAS ENTRANTES QUE APLICAN OTRO CONVENIO	201
6.1.1	El principio de correspondencia impide la aplicación de la subrogación convencional a empresas que no forman parte de ese ámbito —el convenio no puede afectar a quienes no son parte en la negociación y han sido representadas en ella—	202
6.1.2	La doctrina de las “excepcionales irrupciones”.....	205
6.2	LA ÚLTIMA REFORMA LABORAL Y LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL	207
6.2.1	El nuevo 42.6 ET confirma el criterio de la aplicación del “Convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”	207
6.2.2	Contratos fijos discontinuos y subrogación convencional	209
7.	CONCLUSIONES	213
CAPÍTULO V: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA.....		215
1.	DOS EFECTOS ESENCIALES: LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.....	215
2.	LA CUESTIÓN DE LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A LA UNIDAD PRODUCTIVA.....	217
2.1	¿ADSCRIPCIÓN TOTAL O ADSCRIPCIÓN MAYORITARIA A LA UNIDAD PRODUCTIVA?	222
2.1.1	La adscripción total	222
2.1.2	La adscripción “total o mayoritaria”	225
2.2	LA SOLUCIÓN IMAGINATIVA: SUBROGACIÓN PARCIAL	228
2.3	PRUEBA DE LA ADSCRIPCIÓN TOTAL O MAYORITARIA Y SOLUCIONES PROPUESTAS	234
2.3.1	La dificultad, en la que incide el TJUE, de acreditar la adscripción y la tutela de los derechos del cesionario en una sucesión de empresa	234
2.3.2	Posibles soluciones.....	237
2.3.3	Herramientas adicionales que aporta la reforma concursal en la delimitación de las relaciones laborales integrantes de la unidad productiva a transmitir	238
3.	LA “VÁLIDA EXTINCIÓN” DE LAS RELACIONES LABORALES.....	240
4.	ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN (ARTÍCULO 44.1 ET).....	242
4.1	DERECHOS A LOS QUE ALCANZA EL ARTÍCULO 44.1 ET Y LÍMITES.....	242
4.2	COMPROMISOS POR PENSIONES Y APORTACIONES ECONÓMICAS AL ESTADO POR DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A EMPLEADOS DE CINCUENTA O MÁS AÑOS DE EDAD	243
5.	RESPONSABILIDAD SOLIDARIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL (44.3 ET)..	244

5.1	RESPONSABILIDAD SOLIDARIA LABORAL	244
5.2	RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	246
6.	LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN	249
6.1	LA POLÉMICA REFERENCIA A LOS TRES AÑOS DEL ARTÍCULO 44.3 ET	249
6.2	PLAZOS CONCRETOS ANTE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS POR PARTE DE LA CESIONARIA.....	251
7.	MANTENIMIENTO, SALVO PACTO EN CONTRARIO, DEL CONVENIO COLECTIVO	253
7.1	“SALVO PACTO EN CONTRARIO”	254
7.2	“UNA VEZ CONSUMADA LA SUCESIÓN”	255
7.3	SUJETOS QUE PUEDEN SUSCRIBIR EL ACUERDO Y TIPO DE ACUERDO	255
7.4	ALCANCE TEMPORAL DEL MANTENIMIENTO DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA CEDENTE HASTA LA DESAPARICIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CEDENTE (TRAS LA ULTRAACTIVIDAD) O LA ENTRADA EN VIGOR DE UN NUEVO CONVENIO COLECTIVO. “CARÁCTER DINÁMICO” VS. “CARÁCTER ESTÁTICO” DE LAS CLÁUSULAS DE REMISIÓN A CONVENIOS COLECTIVOS.....	256
7.5	ULTRAACTIVIDAD	257
7.6	FALTA DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA CEDENTE A LAS NUEVAS CONTRATACIONES QUE ACOMETA LA CESIONARIA.....	258
7.7	LAS CONDICIONES DE IMPOSIBLE MANTENIMIENTO O QUE NO SON “RAZONABLEMENTE EXTRAPOLABLES”.....	258
8.	REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES	260
9.	DEBERES DE INFORMACIÓN (ARTÍCULOS 44.6 A 10 ET Y 39 DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES).....	262
9.1	LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PREVISTOS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....	264
9.2	LOS DEBERES DE INFORMACIÓN DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	267
9.3	OBLIGACIONES ADICIONALES Y DERECHOS DE PARTICIPACIÓN (ALEMANIA).....	268
10.	CONCLUSIONES	269
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RESULTADOS.....		274
1.	RESUMEN DE LA TESIS: RETOS PLANTEADOS EN ESTE TRABAJO Y OBJETIVOS ALCANZADOS	274
2.	LA METAMORFOSIS DE LA NOCIÓN DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN SE ENCUENTRA EN UNA NUEVA FASE EN LA QUE UN NEGOCIO PUEDE BASARSE ESENCIALMENTE EN ACTIVOS INTANGIBLES Y LA JURISPRUDENCIA ESTÁ EMPEZANDO A ADAPTARSE A ESTOS CAMBIOS	276
3.	EL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA TAMBIÉN SE ENCUENTRA ENORMEMENTE TENSIONADO COMO CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS EXPERIMENTADOS POR LO QUE PRECISA DE ALGUNAS ADAPTACIONES, ALGUNAS DE LAS CUALES HAN EMPEZADO A SUGERIRSE POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA (SEÑALADAMENTE, DEL TJUE).....	279
4.	LA SUCESIÓN DE EMPRESA POR IMPERIO DE LA LEY ES LA MÁS AFECTADA POR LAS TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO EMPRESARIAL, LO QUE REQUIERE DE	

	UNOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS ACTUALIZADOS QUE APORTEN MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA.....	283
5.	LA SUCESIÓN CONVENCIONAL TAMBIÉN SE HA VISTO AFECTADA POR LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN ..	290
6.	EL RÉGIMEN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA PRECISA DE ALGUNAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS QUE SE ADAPTEN A LAS NUEVAS FORMAS DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL.....	293
	BIBLIOGRAFÍA	299

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN

“La «tela de araña» ha sustituido a la «pirámide» como símbolo de la organización empresarial (Reich)”¹

1. LA EMPRESA COMO REALIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL DINÁMICA Y EN PERMANENTE EVOLUCIÓN

1.1 OBJETO Y METODOLOGÍA

El presente trabajo tiene por objeto el análisis jurídico-laboral de la transmisión de empresa. Paso previo imprescindible debe ser, sin duda, el estudio de su evolución, pero desde la perspectiva de un objeto de transmisión. Este es el necesario punto de partida a abordar en esta introducción. En efecto, la vocación de la empresa es la de durar de manera indefinida en el tiempo y, tras su nacimiento o constitución, puede experimentar muy diversas vicisitudes y cambios. Puede ser vendida, escindida, fusionada, arrendada, donada, heredada, entregada como garantía y ejecutada, subastada, permutada, embargada en un procedimiento de apremio, tomada en precario y sin título, puede constituirse usufructo sobre ella, etc. Muy diversos cambios pueden conllevar que se transmita y, desde luego, nuestro derecho ha venido reconociendo su aptitud *“para ser objeto del tráfico jurídico”*².

Como se estudiará a continuación, su transmisibilidad está prevista en el ordenamiento jurídico prácticamente desde que se empieza a disponer de normativa laboral en España. Por ello se propone su análisis partiendo de una exégesis histórica, estableciéndose una ruta paralela entre la evolución normativa del concepto, considerando los primeros textos legales y resoluciones judiciales, y su evolución fáctica. Se va a prestar especial atención a los cambios que experimenta el concepto, señaladamente como consecuencia de la progresiva transformación que experimentan los activos esenciales que la componen y los procesos productivos y organizativos que se siguen en su seno para comprobar cómo todo ello incide en la evolución de su imagen legal y jurisprudencial. Desde la perspectiva metodológica, tratándose de una materia jurídica, el análisis considerará especialmente la normativa y jurisprudencia vigente en cada momento y su evolución, además de las abundantes aportaciones de la doctrina científica³.

¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, pág. 241.

² SANZ HOYOS, Tomás: “Continuidad del contrato de trabajo. Cesión de trabajadores”, en BAYÓN CHACÓN, Gaspar, ALONSO OLEA, Manuel: *Diecisiete lecciones sobre la ley de relaciones laborales*, Artes Gráficas Benzal, Universidad Complutense de Madrid, 1977, págs. 181 y 182. Con cita de ALONSO OLEA, señala que *“las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que las integran”*.

³ Igualmente, se ha tomado en consideración el dato estadístico allí donde ha podido aportar una imagen cuantitativa de utilidad. Así, por ejemplo, en los datos acerca de la gradación de las marcas de mayor valor a nivel global (capítulo 1, apartado 6) o a los datos que ofrece la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que ponen de manifiesto los alcances

Precisamente el concepto empresarial es una materia que ha dado lugar a una producción científica doctrinal de dimensiones incalculables, que tiende al infinito al observarla en sus distintas dimensiones: económica, sociológica, histórica, política y jurídica, entre otras. No es el propósito de este capítulo introductorio abarcarlas, pero sí realizar un breve repaso muy ceñido a su dimensión como objeto susceptible de ser traspasado, con la mirada puesta en cómo los cambios que la han ido modulando han podido afectar a aquello que debe entenderse como empresa en el momento de su transmisión (que es el que hay que tomar en cuenta para decidir si se transmite un auténtico negocio en funcionamiento o capaz de funcionar sin necesidad de aportaciones relevantes por quien la recibe y que conlleva la obligación de asumir a los empleados a él adscritos). También en este plano, al que nos vamos a ceñir, el valor de la doctrina científica y sus interpretaciones resulta un elemento capital a seguir.

Esta aproximación a la empresa como objeto a transmitir debe realizarse, asimismo, tomando en consideración la legislación aplicable sobre esta materia en cada momento, para contemplar cómo la norma es el lago en el que puede reflejarse la imagen de la realidad empresarial en cada momento de su evolución mientras va adoptando nuevos contornos. La norma debe adaptarse a los cambios de la sociedad y, aunque con retraso, así lo hace, por lo que la revisión histórica del precepto que regula su transmisión —el actual artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”)— debe ser estudiada en primer lugar para comprender su evolución, pues, como remarcaba ALONSO OLEA, para conocer el Derecho debe conocerse su contexto histórico. Y es que la indagación histórica adquiere suma importancia para la comprensión de sentido jurídico de las instituciones reguladas por el Derecho, pues las normas tienen causa en una realidad preexistente que contribuye a explicar su razón de ser y aun su propio contenido⁴.

Se ha dicho sobre la empresa que “*como realidad económica y social es, en sí misma, dinámica y se encuentra en permanente reestructuración, por eso el concepto debe adecuarse a una realidad cambiante*”⁵. Como siempre, el Derecho sucede a los cambios que tienen lugar en la sociedad y, desde luego, el concepto ha estado sometido a evolución paulatina, lo que ha provocado la necesidad de visitar la normativa que regula su transmisión y, sobre todo, de estar constantemente pendiente de las decisiones judiciales que la interpretan. Por supuesto, las de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero también, y como se expondrá en los capítulos 2 y 3, las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), quien adopta un especial protagonismo como innovador en la reconstrucción del concepto de transmisión de empresa.

1.2 HIPÓTESIS DE PARTIDA: LA ACTUAL EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN PRECISA DE LAS CORRESPONDIENTES MODIFICACIONES LEGALES E INTERPRETATIVAS

Pero conviene advertir que no todas las evoluciones del concepto empresarial han conllevado cambios significativos en los contornos de la figura como objeto a transmitir, siendo este último el cometido que pretende estudiar este capítulo introductorio.

Así, por ejemplo, el *taylorismo* y el *fordismo* (o, posteriormente, el *toyotismo*), a los que se aludirá en el apartado 2.2, supusieron cambios muy relevantes en la concepción de empresa desde la perspectiva de su organización y procesos. Sin embargo, la segmentación funcional y científica del trabajo o la

de cobertura de la negociación colectiva en el sector industrial o en el sector servicios, en el que la inmaterialidad, como se va a exponer a lo largo de este trabajo, irrumpe con mayor intensidad.

⁴ MONEREO PÉREZ: José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 56.

⁵ *Idem*, págs. 26 y 37.

introducción de la cadena de montaje, aunque conllevaron una auténtica revolución en los procesos productivos, no alteraron significativamente el hecho de que la empresa como elemento susceptible de traspaso seguía teniendo como pilares los elementos patrimoniales y materiales (piénsese, por ejemplo, en el principal producto derivado de esos procesos productivos evolucionados, que fue el automóvil). Sin perjuicio de que un nuevo componente, como era la metodología de trabajo revolucionase la concepción de lo que era una empresa, este componente organizativo, más vinculado al *know-how* empresarial y, por lo tanto, a lo inmaterial, no cambiaba el hecho de que las cadenas de producción y el sistema fabril seguían estando basados en elementos tangibles, físicos y corpóreos, pues seguimos estando en el “*modelo económico industrial tradicional*”⁶.

Sin embargo, otras evoluciones del concepto empresarial, como su transición de la producción de bienes hacia la prestación de servicios, mercado distinto al de productos en el que irrumpe un “*modelo económico terciarizado*” sí condicionarán los contornos de la empresa como objeto de transmisión. Cuando el objeto de la actividad se vaya enfocando en la prestación de los servicios, como se expondrá en los apartados 3 y 5, el factor humano o la importancia de los elementos inmateriales como configuradores del mismo, van a ganar peso específico y podrán llegar a condicionar la respuesta de si, al transmitirse la plantilla o los activos intangibles, se está transmitiendo o no un verdadero negocio. Igualmente, algunos fenómenos organizativos, como la exteriorización de servicios no nucleares a terceras empresas o la parcelación de procesos productivos, en lugar de en el seno de una misma compañía, hacia una red de terceras empresas, podrán provocar también fenómenos de transmisión empresarial, como se expone en el apartado 4.

Estos signos de cambio y su incidencia en lo que debe entenderse como una empresa objeto de transmisión se manifestarán con determinación en las evoluciones que supondrán la sociedad de la información, la irrupción de las nuevas tecnologías y la incorporación a la producción de esos elementos a partir de la tercera revolución industrial o, con más claridad si cabe, en la cuarta revolución industrial que justo se está iniciando y que, como se mantendrá a lo largo de este análisis, va a conllevar la necesidad de revisar en profundidad los criterios interpretativos judiciales y de plantearse, al menos en este momento, unas mínimas reformas de la actual normativa reguladora de la sucesión de empresa.

En conclusión, como hipótesis de partida en el presente trabajo, ha de sostenerse que los cambios y la evolución que afectan al concepto empresarial van a verse acompañados a lo largo de la historia, en buena medida, de cambios en su definición legal y de cambios interpretativos de aquello que los tribunales entienden por empresa como objeto de transmisión en cada momento.

Conviene hacer, por tanto, una revisión bajo el prisma histórico de la empresa como objeto transmisible, en la que anticipamos dos grandes etapas diferenciadas: (i) una primera etapa, desde la creación del derecho laboral en España, tomando como punto de partida la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (“**LCT**”) —primera norma en la que aparece muy sucintamente regulada la transmisión de empresa desde un punto de vista laboral—⁷, en la que se emplea el término *industria* y que va muy ligada a la concepción

⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, *Ibidem*, Madrid, 1999, pág. 46.

⁷ Conviene precisar que, como recuerda GÓMEZ ABELLEIRA, una de las primeras normas laborales en España, algo anterior a la Ley de Contrato de Trabajo, es la Ley de accidentes de trabajo y data del año 1900. GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: *Handbook on Spanish Employment law*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 24. Se refiere a la modificación de la responsabilidad del empresario (recién iniciado el siglo XX se emplea el término “patrono”) en caso de accidente de trabajo. A partir de 1900 el empleador sería responsable por los accidentes salvo que se causaran por fuerza mayor (anteriormente lo era tan sólo si el

patrimonialista de la empresa, basada en activos tangibles; y (ii) una segunda etapa, que comprende desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980 hasta la actualidad, en la que se migra del concepto *industria* al concepto *empresa* y que coincide con la evolución de la empresa a nuevas cotas en las que irrumpe el protagonismo del sector terciario y la tendencia hacia la ingravidez de las empresas y a la preponderancia de los elementos intangibles, como las aplicaciones, los algoritmos o la clientela.

2. PRIMERA ETAPA, LA EMPRESA COMO “INDUSTRIA”

2.1 LA ERA DE LA MÁQUINA: DESDE SUS INICIOS EL CONCEPTO DE EMPRESA YA DESCANSA ESENCIALMENTE EN LOS ELEMENTOS TANGIBLES

Desde el nacimiento del derecho del trabajo, en la época de la Revolución Industrial, el concepto de empresa ha estado muy vinculado a la materialidad y a la tangibilidad. En su génesis encontramos la fábrica y la máquina, piedras angulares que dan lugar a la era del desarrollo del “industrialismo capitalista” o “maquinismo capitalista”⁸ que genera una creciente proletarización. No en vano, las máquinas, alimentadas por las nuevas fuentes de energía, serán los activos esenciales del proceso productivo, desplazando a los elementos humanos o los animales⁹.

Los historiadores¹⁰ han apuntado que el “*efecto combinando de la organización fabril y de la innovación técnica*” son los elementos clave que explican la revolución industrial. Se han resumido estos cambios en tres tipos esenciales: (i) sustitución de la habilidad y esfuerzo humano por máquinas (rápidas, regulares, precisas e incansables); (ii) sustitución de fuentes de potencia animadas (caballos, ganado) por inanimadas (agua y carbón), razón por la que la fuente de energía de la que se disponía era prácticamente inagotable; y (iii) sustitución de materias primas de origen animal o vegetal por nuevas materias primas como los minerales, mucho más abundantes¹¹.

Esas innovaciones técnicas cristalizan en la invención de nueva maquinaria que asume ese rol esencial o central en la producción, y en la empresa. Así, en el inicio de la Revolución Industrial, destaca la invención de máquinas para hilar algodón mediante rodillos cuyo sistema parece ser utilizado por primera vez en Birmingham por John Wyatt y Lewis Paul. Se trataba de máquinas de hilar que “*imitaban la forma en que los humanos, mediante sus dedos, aumentan la tensión de la materia prima, la lana o el algodón, para producir un hilo continuo*”. De esa manera, la máquina sustituía al factor humano en el proceso de producción del hilado. La invención de una máquina de este tipo se le atribuye a James Hargreaves en la década de 1760, aunque también Arkwright patentó la conocida como “*water frame, una máquina de*

empleado acreditaba que era responsabilidad del empleador). En todo caso, como se expone en el apartado 2.3.1, conviene destacar que se utilizaba un concepto patrimonialista de empresa.

⁸ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs. 11 y 14.

⁹ Lo que, junto a otros factores como el exceso de oferta de mano de obra y los abusos de un sistema basado en la libre voluntad de las partes, generarán la conflictividad social que propiciará el nacimiento del movimiento obrero, como sintetiza GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco: *Handbook on Spanish Employment law, op. cit.*, pág. 26.

¹⁰ WATSON, Peter: *Ideas: Historia intelectual de la humanidad*, Crítica, Barcelona, 2020, pág. 875.

¹¹ *Idem*, pág. 877.

*hilar que utilizaba energía hidráulica*¹². Tan relevante era la máquina en la empresa que incluso inicialmente condicionaba su situación junto a los cauces de los ríos en los valles para aprovechar esa fuente de energía.

La dependencia de la fuente de energía hidráulica se rompería posteriormente con la invención de la máquina de vapor de Watt, lo que permitiría el asentamiento de las máquinas y, por tanto, la traslación de los núcleos fabriles a las ciudades¹³. La máquina de vapor tuvo tal relevancia en los procesos de producción que constituye el símbolo de la revolución industrial, capaz de *“ejecutar bajo el fácil control de uno, el trabajo de muchos miles de hombres”*¹⁴. Estas nuevas invenciones pusieron a disposición del hombre unas herramientas innovadoras, alimentadas por fuentes nuevas de energía que se pueden utilizar para el movimiento de cualquier herramienta para procesos productivos diversos y para el transporte¹⁵. De ahí su esencialidad, pues constituyeron el corazón de la fábrica, de la industria y de la empresa con la máxima intensidad.

Poco puede decirse en torno a regulación en épocas tan tempranas, pero sí es preciso señalar que las primeras leyes laborales tendieron a utilizar términos muy apegados a la idea de fábrica e industria, relacionada con esa fuerte presencia de los elementos tangibles. Así, la doctrina¹⁶ recordaba que normas pioneras europeas como *“la Gewerbeordnung (1859) o la Ordenanza industrial alemana (1869-1891) (...) como su propio nombre indica (...) son un reglamento fabril”*.

El primer rastro de precedentes normativos sobre transmisión empresarial en España data de las elaboraciones de la Ley de Contrato de Trabajo, *“en la que desde 1904 trabajó el Instituto de Reformas Sociales [y donde] se hizo mención a la continuidad ex lege de los contratos de trabajo consecutiva a la desaparición o incapacidad de su titular o a la transmisión inter vivos de la empresa”*¹⁷. A partir del Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1921 se regulará, en la base 67, que se extingue la relación laboral por *“la muerte o incapacidad del patrono o extinción de la personalidad contratante, si no hay representante legal que continúe la industria”*¹⁸. A los efectos que aquí interesan, llama la atención que las primeras iniciativas legislativas¹⁹, con alguna excepción concreta, emplearán el término *industria*

¹² *Ibidem*.

¹³ *Idem*, pág. 875.

¹⁴ ALONSO OLEA, Manuel: *Introducción al derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 287.

¹⁵ *Idem*, pág. 401. Resulta de interés cómo destaca que *“en 1790 se patentaba en España una «bomba de fuego de doble inyección», con toda seguridad la de Watt”*.

¹⁶ PÉREZ BOTIJA, Eugenio: “La teoría del contrato de trabajo en el derecho vigente. Estudio sobre el texto refundido de 26 de enero de 1944”, *Revista de Estudios Políticos*. Suplemento de política social, núm. 1, 1945, pág. 57.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, *op. cit.*, pág. 57 y ss., donde incluye un estudio minucioso de los antecedentes históricos de la regulación de la sucesión empresarial.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*. Así, el artículo 58 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1922 señalaba que *“(…) El contrato de Trabajo terminará forzosamente por virtud de cualquiera de las siguientes causas: 3.ª Muerte o incapacidad del patrono o extinción de la personalidad del contratante, si no hay representante legal que continúe la industria o el trabajo”*. En términos muy similares, el artículo 61 del Anteproyecto de Ley de 19 de febrero de 1924. También el artículo 59 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1922 empleaba el término *industria*: *“No terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria salvo que en aquel se hubiera pactado expresamente lo contrario”*. Lo mismo sucede en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1924 y en la redacción que finalmente incorpora la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, que también emplea el término *industria*. Sin embargo, la excepción que confirma la regla la presenta el Anteproyecto de Ley de

en lugar de *empresa*, concepto con una marcada carga semántica relacionada con los elementos físicos, aquello fabril y la producción, idea sobre la que se ahondará en el apartado 2.3.

2.2 LA TRANSFORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: LA EMPRESA ASOCIADA A MÉTODOS DE TRABAJO

La empresa va a experimentar numerosas mutaciones en su evolución. Aunque, como se ha anticipado en el apartado 1, no sea un hito muy significativo para el análisis de la empresa como objeto de transmisión (pues esta seguirá basándose de manera esencial en los activos tangibles), resulta indispensable mencionar la decisiva importancia de la introducción de los métodos de producción *tayloristas* y *fordistas* en la evolución de la noción empresarial y en qué consistieron.

Así, TAYLOR desarrolló a principios del siglo XX en su obra *Principios de la administración científica* (*Principles of scientific management*)²⁰ lo que se conoce como la organización o “gestión «científica»” del trabajo, que tiene entre otros rasgos una “fuerte y en continua progresión de la división y parcelación del trabajo de ejecución”²¹. En su propuesta de este nuevo proceso de producción, el *taylorismo* incidía en la idea de que todo trabajo puede descomponerse en distintos movimientos, y se podría alcanzar una mayor eficacia mediante un análisis científico de tales movimientos que nos indicase “el mejor modo” de llevar a cabo cada trabajo. De hecho, el *taylorismo* se caracteriza por el estudio sistemático de todas y cada una de las tareas que realiza un trabajador para descomponerlas en operaciones simples, estableciendo normas precisas para su ejecución y asignando tiempos para las mismas²². Se conoce también como la “norma y el cronómetro”²³ o el “taller y el cronómetro”, término empleado por CORIAT²⁴.

Podría resumirse que, mediante la observación y la experimentación del proceso laboral en clave científica, el sistema taylorista permite controlar el trabajo²⁵. No esconde TAYLOR que el principal objeto del “*management científico*” o “*gestión científica del trabajo*” es “asegurar la máxima prosperidad para el empleador, lo que debe conjugarse con la máxima prosperidad del empleado”²⁶. Esa máxima prosperidad del empleador la define como “no únicamente la generación de enormes dividendos para la empresa o el propietario, sino el desarrollo de cada una de las ramas del negocio a su máximo estado de excelencia, de modo que la prosperidad sea permanente”²⁷. Para ello debe alcanzarse la “máxima eficiencia”, es decir “el máximo grado de trabajo que le permitan [al empleado] sus habilidades naturales”.

Se trata en esencia de parcelar las tareas del proceso al máximo, identificar y medir los tiempos que requiere cada uno de los trabajos indispensables para ese proceso y eliminar los superfluos e

Contrato de 1919, que en su artículo 93 usó el término *empresa*: “en caso de sustitución del patrono por cesión de empresa, es libre la continuación del obrero en la prestación de trabajo”.

²⁰ TAYLOR, Frederick Winslow: *The principles of scientific management*, The Plimpton Press Norwood Mass, New York, 1919.

²¹ MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lexnova, Valladolid, 2002, pág. 50.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ CORIAT, B: *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo y el fordismo y la producción en masa*, Siglo XXI, Madrid, 1979, pág. 24.

²⁵ BARBA ÁLVAREZ, Antonio: “Frederick Winslow Taylor y la administración científica: contexto, realidad y mitos”, *Gestión y Estrategia*, núm. 38, julio/diciembre 2010, pág. 20.

²⁶ TAYLOR, Frederick Winslow: *The principles of scientific management*, *op. cit.*, pág. 9.

²⁷ *Ibidem*.

innecesarios, lo que dejaba al trabajador sin capacidad de proponer o pensar, y en ocasiones generaba rechazo y revueltas por lo que se ha denominado la “esclavitud de la rutina Taylorista”²⁸, que “consiste, pues, en la introducción de la norma y el cronómetro en los procesos de trabajo (...), se pretende, a través de estos sistemas, apropiarse del saber del obrero de oficio y parcelar sus funciones”²⁹.

A su vez, para incentivar la producción y mejorar la productividad, la mejora en los tiempos de elaboración de esos procesos era fundamental y, por tanto, el salario debía ir ligado a ese mayor esfuerzo en los procesos parcelados. La doctrina se ha referido a esta cuestión en el sentido de que “(...) Taylor incorpora el cronómetro para analizar los movimientos, separa la ejecución del diseño en el proceso de producción y sugiere la incorporación de un departamento pensante y el establecimiento de una política salarial”³⁰. Sobre esa política salarial se ha enfatizado³¹ que los expertos también mantienen que las recompensas por cumplimiento de objetivos deben mantenerse al margen del salario base del trabajador, pues el cumplimiento de los objetivos del empleado no debe reportar el incremento salarial perpetuado en el tiempo, sino que, como razonaba el propio TAYLOR, debe abonarse como una “sola gratificación pagada lo más cercana posible al cumplimiento del objetivo para que esta sea lo más motivante posible”.

En el fordismo, “al «cronómetro» le sucedió la «cadena» de montaje”³². Se trata de un nuevo modelo tecnológico e institucional basado en la introducción de modelos de producción en serie e industrias de montaje de rápida expansión, como las del automóvil. Su elemento básico es la cadena de montaje móvil³³, enorme innovación continuista de TAYLOR que permitió migrar de un sistema de producción de automóviles por unidad a la descomposición en piezas ordenadas que se montaban siguiendo una línea.

Este sistema de descomposición de la producción se había utilizado anteriormente en otras industrias como en la elaboración de armas y mosquetes (señaladamente en Francia) en las que se inspiró, aunque se ha dicho también que HENRY FORD “copió esta innovación de los gigantescos mataderos a las afueras de Chicago”³⁴. En 1910 FORD trasladó su empresa a Highland Park, Michigan, al norte de Detroit. La Ford Motor Company consiguió un incremento de la producción y el abaratamiento de los costes de producción. Tomó prestados conceptos de relojeros, de fabricantes de armas, de bicicletas y empaquetadores de carne para mezclarlos con sus propias ideas y, a finales de 1913, desarrolló una línea de montajes para automóviles. En ese momento tenía contratadas a 53.000 personas al año para cubrir 14.000 puestos³⁵.

El fenómeno se ha resumido en el sentido de que “la cadena de montaje de Ford y la revolución organizativa de General Motors cambiaron radicalmente las formas tradicionales de actuar de las

²⁸ MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, op. cit., pág. 125.

²⁹ *Idem*, pág. 50.

³⁰ BARBA ÁLVAREZ, Antonio: “Frederick Winslow Taylor y la administración científica: contexto realidad y mitos”, op. cit., pág. 22.

³¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: *El bonus salarial. La Dirección por objetivos, la Evaluación del desempleo y la Retribución por competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 32.

³² MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, op. cit., pág. 51.

³³ *Ibidem*.

³⁴ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 124.

³⁵ <https://www.thehenryford.org/explore/stories-of-innovation/visionaries/henry-ford/>.

compañías de producción de bienes y servicios”³⁶. Así, el transporte fue revolucionado por el propio automóvil y el motor de combustión interna, la electricidad empujó el cambio como fuente de energía abundante y barata y, en efecto, la productividad se incrementó de forma rítmica y gradual. Algunos estudios³⁷ ejemplificaron y cuantificaron el incremento productivo: supuso un salto el hecho de que en 1912 se requirieran 4.664 horas por hombre para construir un automóvil y, en 1920, tan solo 813 horas. Este incremento se extrapoló a otras industrias, con incrementos de productividad de hasta un 40 %, y se estima que produjo la desaparición de 2,5 millones de puestos de trabajo³⁸.

En definitiva, la introducción de los nuevos métodos organizativos y las nuevas explotaciones industriales tuvieron como rasgo fundamental (i) el incremento de su tamaño en cuanto a instalaciones o “planta física” y en empleados, para llevar a cabo la producción en masa; y (ii) la división del trabajo³⁹. Al emplear la máquina, que se especializaba en operaciones determinadas, se producía ese proceso de división del trabajo en “operaciones a través de las cuales sea posible aprovecharla al máximo”.

Pero, si bien se mira, de lo que se trata en esta evolución empresarial es del máximo aprovechamiento de la máquina con el cambio de la organización productiva y ese nuevo *know-how* que lleva a un incremento de la producción. En consecuencia, desde la empresa como objeto de transmisión que aquí se estudia y que sigue estando fuertemente materializada, su pilar fundamental sigue siendo el elemento material, pues se está ante producción industrial, los procesos de producción en cada vez más grandes fábricas siguen siendo la base, con una maquinaria esencial, aunque destacaba ahora, en la evolución del concepto de empresa, la cinta transportadora y cadena de montaje como elemento indispensable para realizar la actividad junto con el método de organización del trabajo segmentado y el proceso productivo en cadena. Por tanto, el concepto de empresa va acogiendo e incorporando elementos de *know-how* en su camino a la evolución. Este elemento acerca de cómo organizar mejor la producción de manera más eficiente, en cierto modo puede considerarse un elemento intangible de la empresa objeto de transmisión, de modo que debía unirse a la transmisión de los elementos tangibles para asegurar su funcionamiento. Pero, al final, estas empresas no podían funcionar tan solo con el *know-how* o con la incorporación de esos procesos productivos aprendidos. Necesitaban del elemento físico y tangible en un modelo de producción de bienes industrial en masa. No obstante, es interesante el hecho de que, con la incorporación de estos procesos productivos, de algún modo, se introduce un elemento nuevo a considerar, aunque no sea la viga maestra de la empresa. Y esto será importante en la medida en que el análisis de la empresa como objeto de transmisión poco a poco va a tener que ir considerando elementos adicionales a si se ha transmitido el tangible, la maquinaria, la nave, el edificio, como se expondrá más adelante.

Lo que ocurre, no obstante, es que la hegemonía la sigue manteniendo la materialidad y sin su transmisión no se estará traspasando una empresa. El *management científico* y el sistema de segmentación y medición se emplea en los talleres productivos. Por ejemplo, en una industria textil en la que se dividen y acortan los tiempos de las tareas específicas que se realizan en cada sección de

³⁶ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo...*, op. cit., pág. 40.

³⁷ LA FEVER MORTIER, W.: “Workers, Machinery, and production in the Automovile Industrie”, *Monthly Law Review*, 1924, págs. 3-5.

³⁸ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo...*, op. cit., pág. 40.

³⁹ ALONSO OLEA, Manuel: *Introducción al derecho del trabajo*, op. cit., pág. 292.

producción (como aparecía, por ejemplo, en la película *Norma Rae*⁴⁰, ambientada en la industria textil del sur de EE. UU. de finales de los años setenta), sigue siendo central la materialidad y los tangibles. Lo mismo ocurriría en una fábrica de producción de automóviles que incluyera el montaje en cadena y la línea transportadora. En conclusión, siendo muy relevantes estas innovaciones metodológicas en la producción que aportaron TAYLOR y FORD, no desplazaron la centralidad de la máquina y la fábrica en un modelo que sigue siendo el tradicional de la empresa industrial.

2.3 EL CONCEPTO DE INDUSTRIA Y SU VINCULACIÓN CON LOS ELEMENTOS TANGIBLES

2.3.1 El término *industria* en la Ley de Contrato de Trabajo

La doctrina científica ha venido subrayando la “*considerable importancia en el ámbito laboral*” de la evolución de los conceptos de *empresa* e *industria*⁴¹ para poder concluir cuándo se había transmitido el “*objeto tomado como presupuesto de hecho para la aplicación de la normativa sucesoria*”⁴². Como se verá, la trayectoria y desarrollo del concepto empresarial en su vertiente económica y social va acompañada de la correlativa evolución en el concepto usado en la normativa jurídico-laboral (en una primera etapa se emplea el concepto *industria* y, posteriormente, se impondrá en la normativa el concepto *empresa*). Es preciso su estudio conjunto.

La ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 definía al empresario (en aquel momento *patrono*), como “*el particular o compañía propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste*”. Se empleaba, desde un primer momento, un término con carácter marcadamente “patrimonialista” que, tal y como ha señalado la doctrina científica⁴³, hará fortuna y se impondrá hasta 1980. En efecto, esta concepción apegada a la patrimonialidad y materialidad de la empresa (obra, explotación o industria) será la predominante durante buena parte del siglo XX, lo que se ve de algún modo reflejado en los textos legales del momento.

El modelo tradicional de empresa industrial es el que impera cuando se promulgan las primeras leyes laborales en España que contemplan los efectos en el contrato de trabajo derivados de su transmisión. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931⁴⁴ fue la primera en prever la transmisión de la *industria* y establecer un (por entonces muy parco y limitado) régimen jurídico laboral para esos supuestos.

Inicialmente, el traspaso o la venta de la industria se identifica como una exclusión de las causas de terminación del contrato de trabajo. Es una de las denominadas “*causas conturbadoras del desarrollo normal de la relación de trabajo*”, porque perturban el discurso de su vida normal, pero no pueden destruir el vínculo laboral, aunque por sus singulares características “*podrían albergar cierta duda*” acerca de si producían o no su terminación⁴⁵.

⁴⁰ *Norma Rae*. Director: Martin Ritt. 1979.

⁴¹ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 198.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lexnova, Valladolid, 2006, pág. 48 y ss.

⁴⁴ *Gaceta de Madrid*, núm. 326, de 22 de noviembre de 1931.

⁴⁵ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, op. cit., pág. 16.

Así, el tenor literal de su artículo 90 establecía que “(...) *no terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquél se hubiera pactado expresamente lo contrario*”.

Prácticamente la misma redacción contemplaba el artículo 79.1 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944⁴⁶, que también se refería a la “*cesión, traspaso o venta de la industria*” pero añadía el importante inciso de que el nuevo empresario quedaba “*subrogado en los derechos y obligaciones del anterior*”.

Conviene aquí plantearse por qué estas primeras normas sucesorias emplean este concepto. No es baladí su elección del término *industria*. La doctrina científica ha señalado que resultó un tanto extraña su acogida al resultar prácticamente inédito en el derecho positivo hasta entonces⁴⁷. Se eligió este término evitando otros como “*empresa, establecimiento, fábrica y explotación*” y que abarca “*todas las formas de actividad productiva*”⁴⁸. Se quiso evitar “cuidadosamente” hablar de empresa, sociedad o firma, pues “*negativamente la norma está haciendo mención de la transmisión de algo que no es una empresa en el sentido jurídico mercantil, una sociedad, persona jurídica, etc.*”⁴⁹. De hecho, aunque inicialmente la doctrina y la jurisprudencia entendieron que ambos términos —empresa e industria— designaban realidades fácticas idénticas, con posterioridad se llega a la conclusión de que una cuestión es la empresa en su integridad y otra distinta las “*diversas unidades técnico-laborales «industrias» que la integran*”⁵⁰. Es decir, que la industria es un concepto a menor escala que la empresa y que se puede transmitir una empresa o “*una de las varias industrias que eventualmente*” la componen⁵¹.

Al margen de esa perspectiva acerca de la amplitud de su alcance (siendo más amplio el de empresa que el de las industrias que la conforman), el interés de la distinción de ambos términos a los efectos del análisis que ahora realizamos estriba en que, desde los primeros textos legislativos y hasta la Ley de Relaciones Laborales de 1976⁵², se emplea el término *industria*, que tiene una connotación muy ligada al elemento físico y tangible que esencialmente la configura: la máquina, la actividad fabril, la producción de bienes. Por tanto, es una idea muy condicionada por su acepción patrimonial y materializada. No en vano, en la época se identifica esencialmente la idea de empresa con la producción industrial y la maquinaria es el elemento esencial de la empresa en los años treinta y sucesivos del siglo XX y, por tanto, tiene sentido que se emplease esa terminología en la Ley de Contrato de Trabajo. Sin embargo, esta carga semántica no aparece en el concepto de *empresa*, que curiosamente es el que se incluirá en la regulación sucesoria acuñada décadas después, a partir de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980⁵³, coincidiendo con un cierto aperturismo del concepto que se

⁴⁶ Decreto de 16 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.

⁴⁷ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: *El cambio de titularidad de empresa en el derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 30.

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de empresa”, *Revista de Derecho del Trabajo*, 1960, pág. 38.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, *op. cit.*, págs. 198-201. Realiza una interesante exposición de la evolución del concepto, más centrada en concluir que con esta distinción quiebra el principio de universalidad y totalidad de empresa y se permitirá su transmisión parcial, lo que inicialmente la jurisprudencia no contemplaba.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976.

⁵³ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

producirá, de manera decisiva, en la década de los años 90 con la irrupción de jurisprudencia que plantea por primera vez que la empresa puede ser un conjunto de trabajadores organizados, en determinadas actividades de servicios que descansan esencialmente en el factor humano (la denominada doctrina de la sucesión en la plantilla que se analiza en el capítulo 3 con detenimiento).

Muestra de esa marcada tangibilidad la pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1948, que definió la industria como “(...) *complejo de elementos materiales adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, organización que constituye una unidad patrimonial*”. En el supuesto analizado se transmitían el local de los molinos, la maquinaria, el salto de agua y accesorios y se destacan los elementos “materiales” para un uso “industrial”, en línea con la marcada presencia de los activos tangibles en la noción⁵⁴.

Desde el punto de vista semántico, cuatro de las cinco acepciones que, todavía en la actualidad, ofrece la RAE para el término *industria* aluden, de algún modo, a la materialidad y tangibilidad de los activos a la que evoca el sustantivo. Así, la segunda acepción menciona el “*conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales*”, con clara alusión a su significado manufacturero. Su tercera acepción alude al concepto de *fábrica* —“*instalación destinada a la industria*”— y la cuarta lo hace a la “*suma o conjunto de las industrias de un mismo o de varios géneros*” y emplea como ejemplos, industrias de tipo fabril o relacionadas con la materialidad como “*la industria algodonera*” o la “*industria agrícola*”. Cuando se le añade el término “*pesada*”, el carácter marcado de la materialidad aparece con toda su fuerza, al referirse a la “*industria que se dedica a la construcción de maquinaria y armamento pesado*”. Con todo, su quinta acepción (de las cinco que se proponen por la RAE) nos recuerda que *industria* también se refiere al “*negocio o actividad económica*”, cuestión evidente que no admite, por supuesto, controversia.

La presencia del elemento patrimonial como aquello central y esencial de la industria objeto de transmisión se aprecia también en la doctrina científica de los años cuarenta⁵⁵ que se refirió a que el *patrimonio industrial* era objeto de constantes vaivenes por efecto de la contratación privada, de modo que lo que pretende la normativa es hacer desaparecer “*la zozobra que todo trabajador habría de tener, al saber que sus relaciones laborales estaban pendientes de tales transacciones*”.

No en vano, los trabajadores se encuentran estrechamente vinculados, física y materialmente, a los elementos tangibles de la producción fabril e industrial. En este contexto, la doctrina, bajo el concepto de “*continuidad del contrato laboral*”⁵⁶ alude al principio de estabilidad en el empleo y a la existencia de la “*adscripción de un trabajador a una misma empresa por motivos económicos y sociales fáciles de apreciar; [lo que] tiende a hacer del contrato un contrato indisoluble*”. Esta referencia doctrinal a la “*máxima indisolubilidad de contrato laboral*” se realiza precisamente para señalar la vinculación del trabajador a la industria en el caso de su transmisión al amparo del artículo 79 de la Ley de Contrato de

⁵⁴ RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo; PERÉ RALUY, José: *Derecho de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 1965, pág. 206.

⁵⁵ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, op. cit., pág. 243.

⁵⁶ PÉREZ LEÑERO, JOSÉ: *Teoría general del derecho del trabajo español*, Espasa Calpe, Madrid, 1948, págs. 224-226.

Trabajo. Tal es la adscripción del trabajador a la “*nave o industria o lugar*” que también aparece este concepto cuando se refiere a la necesidad de continuidad en el lugar de trabajo (idea de traslado)⁵⁷.

Esta idea de anclaje del trabajador y su contrato indisolublemente unido a la industria aparecerá también en el sector doctrinal⁵⁸ que realza la idea de que el contrato subsiste pese al cambio de titular de la empresa porque “*el trabajador está ligado a la empresa y no al empresario*”, que el trabajador está “*vinculado activa y pasivamente a la empresa, vinculación que permanece cuando se produce el cambio de titularidad de empresa*”.

De este modo, el concepto de industria que se maneja y que acarrea la transmisión del empleado vinculada a esta es el del modelo tradicional de empresa industrial como aquel “*asimilado a unidades industriales de producción*”⁵⁹. Aquí, el ámbito genuino y típico del objeto transmisivo lo constituye la denominada *empresa-organización*. Su transmisión engloba la actividad organizada e igualmente la “*base organizativa en la cual esta actividad tiene lugar, cuya estructura está compuesta por medios materiales e inmateriales*”⁶⁰. No se niega que existan estos últimos, pero, desde luego, su importancia es menor, no es central ni decisiva en este momento de la historia, y lo que destaca es su soporte material y organizativo en contraposición con la *empresa-actividad* capaz de funcionar sin soporte material y que aparecerá en la fisonomía de la empresa prestadora de servicios más adelante⁶¹.

Los ejemplos de elementos inmateriales que aparecen en las definiciones de industria en los años sesenta se circunscriben a “*inteligencia, laboriosidad y crédito público*”⁶², o también “*métodos de trabajo, organización, sistemas de fabricación, marcas industriales, clientela, «buena fama»*”⁶³, etc. Esto es revelador de que la inmaterialidad no juega un papel central en la configuración del concepto porque, evidentemente, solo con organización, métodos, marcas, clientela y buena fama, no se podía llevar a cabo una actividad empresarial en aquella época, pero en el siglo XXI sí se podrá. El *taylorismo* y el *fordismo*, como se ha apuntado, fueron sistemas de organización empresarial que revolucionaron la empresa con esta importante aportación de *know-how* que, en sí, es un elemento inmaterial dentro de la empresa, pero que por sí mismo no es esencial y determinante porque sin la intervención de los activos físicos es imposible la actividad.

Esto no significa en modo alguno que no exista en la época el elemento inmaterial o que no se observe la industria como un conjunto de elementos. Muy al contrario, este es un debate que va surgiendo (la necesidad de analizar la industria objeto de transmisión por el conjunto de elementos que la definen). De hecho, RODRÍGUEZ-PIÑERO señalará que la industria es “*un concepto organizativo autónomo en el Derecho del Trabajo que agrupa el complejo de relaciones laborales de un empresario en una interdependencia funcional en cuanto que existe una unidad organizativa de medios de trabajo con los*

⁵⁷ *Idem*, pág. 228.

⁵⁸ ALONSO GARCÍA, Manuel: *Derecho del trabajo*. Tomo II (contrato de trabajo), José M. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 561.

⁵⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, *op. cit.*, pág. 46.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Idem*, págs. 22 y 23.

⁶² FUENTES LOJO, Juan: *Suma de arrendamientos urbanos*. I Parte (Volumen I), Librería Bosch, Barcelona, 1965, pág. 181.

⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de empresa”, *op. cit.*, pág. 38.

que, con ayuda de medios materiales e inmateriales, se consigue, bajo la dirección del empresario un especial objeto técnico-laboral”⁶⁴.

Por supuesto, desde un momento muy inicial, el debate para determinar cuándo se está ante la transmisión de una industria abarcará el conjunto de elementos, y eso involucrará a los distintos factores que componen la industria, principalmente los materiales, pero también los inmateriales y personales. Lo que ocurre es que, hasta que irrumpa la tercera revolución industrial a principios de los años 90, podrá mantenerse que es el componente tangible y material el que mantiene la centralidad hegemónica para determinar si se está transmitiendo o no el negocio, pues constituye la base de la industria hasta al menos finales del siglo XX y la aparición de la sociedad de la información. Por tanto, la inmaterialidad existe desde antiguo (p. ej., buena fama, clientela y resto de los elementos referidos), está presente incluso en el concepto de *industria* más centrado en los activos físicos y tangibles, como se ha visto en el *fordismo* y el *taylorismo*, pero no es la esencia en esta época y sí lo puede llegar a ser, en función de la actividad, décadas después, cada vez con mayor preponderancia, hasta llegar a nuestros días.

De hecho, llama a la atención sobre la inmaterialidad que la doctrina científica de finales de los años ochenta contemple que la transmisión de “*determinada tecnología, el cambio de proveedores o la transmisión de la clientela*” no constituyen exactamente cambios de titularidad de unidades productivas y solo “*excepcionalmente*” pueden comprenderse en la normativa subrogatoria”⁶⁵. Como se analizará en el capítulo 3, en pleno siglo XXI esto ya no será excepcional, sino perfectamente posible; va a ser un hecho que la empresa pueda descansar esencialmente en los elementos intangibles y en la clientela.

2.3.2 El término *industria* en la Ley de Arrendamientos Urbanos

Adicionalmente a la Ley de Contrato de Trabajo, el término *industria* fue empleado también por la Ley de 22 de diciembre de 1955 por la que se reforma la legislación de arrendamientos urbanos⁶⁶. En su artículo tercero, apartado primero, especificaba la exclusión del ámbito de aplicación de la norma, del “*arrendamiento de industria o negocio*”, y lo definía como “*una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas*”.

La doctrina científica que se encargó de interpretar el término en la época citó diversa jurisprudencia que resaltaba la relevancia del carácter patrimonial de la industria⁶⁷. Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de abril de 1952, la interpretó como “*entidad compleja, integrada por los enseres, maquinarias, local en que está instalada y una organización que constituye un todo orgánico para una actividad industrial*”. En Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1963⁶⁸, se recordaba acerca de esa “*unidad patrimonial con vida propia*” que es un “*complejo o universalidad de elementos materiales, conectados y adecuados a un uso industrial y apto para funcionar*”.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: *El cambio de titularidad de empresa en el derecho del trabajo*, op. cit., pág. 23.

⁶⁶ Ley de 22 de diciembre de 1955 por la que se reforma la legislación de arrendamientos urbanos, BOE núm. 357, de 23 de diciembre de 1955.

⁶⁷ FUENTES LOJO, Juan: *Suma de arrendamientos urbanos*, op. cit., pág. 181.

⁶⁸ Sentencia de 13 de noviembre de 1963 (ar. 4.570).

*inmediatamente -es decir- (...) un todo organizado para la realización de una finalidad productiva o de un fin económico, organización que constituye una unidad patrimonial*⁶⁹.

Por tanto, dos ideas aparecen muy arraigadas al concepto: (i) el peso decisivo de los elementos materiales y patrimoniales, de la maquinaria; y (ii) la finalidad productiva de tipo fabril e industrial que es el destino de esa industria, que, si se transmite, debe ser capaz de producir de manera inmediata esos bienes. La idea de que la industria conlleva producción de bienes también aparece remarcada, por ejemplo, en Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1949, en la que se interpreta la industria o unidad patrimonial como *“la reunión de un complejo de elementos materiales adecuados entre sí, por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva”*⁷⁰.

Algunos de los pronunciamientos más antiguos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (un supuesto de reclamación de horas extras realizadas en una fábrica electro-harinera en la que se solicitaba que *“se continuase a la entidad demandada”*) señalaban que la transmisión de la fábrica era el elemento decisivo (por tanto, señalando la relevancia de la materialidad). Que no existía *“novación de obligaciones”* (no había un nuevo contrato, sino su continuación) porque lo decisivo era el momento *“en que [el nuevo empresario] se hizo cargo de la fábrica y que el actor prestó sus servicios precisamente a este”*. Y trataba de diferenciarlo del momento de la *“constitución, funcionamiento y vida legal de la sociedad”*⁷¹.

Tan ligada está la idea de los elementos patrimoniales a la fábrica e industria, tan cercanos son estos conceptos, que en alguna ocasión el Tribunal Supremo se tuvo que encargar de deslindarlos para evitar confusión entre ellos. Lo hizo en Sentencia de la Sala de lo Civil de 4 de febrero de 1953, donde expuso que *“son distintos los conceptos de «fábrica» y de «industria» y «negocio»*. Resulta reseñable que parte de que los conceptos entrañan esa materialidad y la diferencia esencial la halla en la autonomía, porque la fábrica es *“realización de un ingeniero (...) conjunto de elementos mecánicos relacionados entre sí, formando una unidad para la producción”, pero “carece de independencia”, pues “le faltaría utilidad y fin, si no estuviera comprendida, como elemento constitutivo del mismo, en un negocio o industria, creación y responsabilidad de un empresario que calcula y dirige la producción y, además, procura clientes consumidores o revendedores de ella y la distribuye entre esos clientes”*⁷². En el caso se analizaba si una fábrica de electricidad era un negocio e industria, y se argumentaba que *“precisamente en las industrias eléctricas es donde más claramente se percibe la distinción entre fábrica y negocio”*. El razonamiento se basaba en que la electricidad producida no se puede almacenar y, por tanto, producción y consumo deben ser simultáneos, que el transporte de la electricidad que se produce en la fábrica requiere una red de conductores y transformadores y que es preciso una organización comercial adecuada y aparataje y red a instalar. Esa red de distribución hay que unirla a la fábrica y, juntos, constituyen *“la industria o negocios específicos de producción eléctrica, que no puede explotarse a falta de cualquiera de los elementos indicados”*⁷³.

⁶⁹ Sentencias de 16 de marzo de 1948, 30 de junio, 27 de septiembre y 11 de noviembre de 1949, 4 y 26 de junio de 1951, 24 de mayo de 1952, 16 de marzo, 29 de abril, 19 de octubre y 7 de diciembre de 1953, 11 de abril de 1955, 30 de enero de 1956, etc.

⁷⁰ FUENTES LOJO, Juan: *Suma de arrendamientos urbanos*, op. cit., pág. 185.

⁷¹ Sentencia 437/1933 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1933.

⁷² Sentencia núm. 1873/1953 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1953.

⁷³ *Idem*.

Siendo, por tanto, el elemento material, la base de la industria, no se niega, por supuesto —como se ha anticipado anteriormente—, que existen también otros elementos que pueden ser precisos para llevar a cabo de manera autónoma su actividad y que, por tanto, configuran el concepto de industria propio de la sociedad industrial en la que está inmersa España en los años cuarenta y cincuenta del siglo XX. La valoración conjunta de ese conjunto de elementos va apareciendo, por consiguiente, ya desde la jurisprudencia más temprana del Tribunal Supremo que analiza la industria como concepto de transmisión. La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1945 y la de 29 de septiembre de 1955 que la ratifica, plasman de manera muy gráfica lo que aquí se afirma. Y explican que la industria *“representa una idea sustancialmente integrada por la actividad del factor humano que la sustenta, el cual, con auxilios materiales (trabajo material, maquinaria y artefactos e instalaciones en mayor o menor número, según su desarrollo), económico (capital, crédito, clientela) o inmateriales (inteligencia, laboriosidad, crédito público), constituye una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la produce o mantiene y susceptible de ser transmitida”*.

Por tanto, puede concluirse que la necesidad de valorar un conjunto de elementos o factores —y que más adelante será una herramienta esencial para el análisis de la existencia de transmisión de empresa que ha perdurado hasta nuestros días, como se ahonda en el capítulo 3— aparece incluso en la determinación del concepto de industria. Pero esto no cambia el hecho de que industria y tangibilidad están estrechamente vinculadas y el concepto se seguirá empleando en los textos legales, prácticamente, hasta que se vaya produciendo un decidido ensanchamiento del concepto que dé entrada a otros elementos relevantes, como el factor humano o el inmaterial en la sociedad post-industrial prestadora de servicios.

3. SEGUNDA ETAPA: EL CONCEPTO DE EMPRESA Y SU PROGRESIVA EMANCIPACIÓN DE LA MATERIALIDAD

El camino de la empresa en su progresiva emancipación de los elementos físicos es algo paulatino y que responde a muy diversas razones que suscitan su evolución. El paradigma en la construcción jurídica del objeto de transmisión va a cambiar⁷⁴. La idea de gran empresa entendida como enorme unidad de explotación encaminada a la producción en masa y a la especialización del trabajo irá dejándose atrás en la sociedad posindustrial, y la doctrina ha subrayado los diversos elementos que empujarán a transitar hacia un nuevo concepto. Así, la necesidad de adelgazar las enormes estructuras productivas (*downsizing*), la evolución de la segmentación del trabajo en la empresa *fordista* y *taylorista* a su reparto a terceras empresas (entrada en juego de las empresas red), el cambio de la producción de bienes a la producción de servicios (y de la empresa-organización a la empresa-actividad) o la irrupción de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información son algunos de ellos, como se expondrá con mayor detalle a continuación.

Desde el punto de vista del derecho positivo, se ha indicado que resulta reseñable el abandono del concepto *industria* y su remplazo por el concepto *empresa* desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y, posteriormente, el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

⁷⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., pág. 28.

Así, el artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales dispuso que *“el cambio en la titularidad de la empresa, o en un centro autónomo de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior”*.

En términos similares, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en su primera redacción de 1980, estableció que *“el cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una 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”*.

Como es de advertir, no solamente se introduce en estas redacciones el término *empresa* en detrimento del término *industria*, sino que también se produce un ensanchamiento del ámbito de aplicación de la norma para la transmisión de *“centro de trabajo”* y *“unidad productiva autónoma”*, concepto este último que abrirá considerablemente el abanico de supuestos que pueden encajar en un supuesto de transmisión de empresa.

También la precursora Directiva 77/187/CEE⁷⁵ emplearía un concepto más abierto para el objeto de la transmisión. En concreto, su artículo 1.2 establecía un ámbito de aplicación que comprendía a *“la empresa, centro de actividad o la parte de centro de actividad que haya de traspasarse”*. De este modo se plantea un modo más abierto y extensivo del ámbito de aplicación de la normativa de sucesión de empresa.

Ocurre aquí que, frente al modelo anterior, centrado en el concepto de industria y la relevancia de los medios corpóreos, se va a ir produciendo un *“proceso de abstracción y objetivación del objeto del cambio de titularidad”*⁷⁶. Como se explicará a continuación, la empresa ya no solamente será una productora de bienes, sino también de servicios, menos tangibles, necesitados de otros medios de producción. Así, la referencia a la empresa, al centro de trabajo y a la unidad productiva autónoma del primigenio Estatuto de los Trabajadores como también el de centro de actividad y parte de centro de actividad aportado por la Directiva 77/187/CEE colaborarán en el encaje de los *“diversos modos de ser de las empresas económicas contemporáneas (especialmente en sus formas de manifestación despatrimonializada propias del sector terciario)”*⁷⁷.

Ya la siguiente versión de la Directiva (la Directiva 98/50/CE⁷⁸, predecesora de la actual) incorporará en su artículo 1.b) un concepto aún más abierto, donde se considerará *“traspaso en el sentido de la presente Directiva 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 accesoría”*.

Desde luego, la importancia de los medios físicos como elemento hábil para verificar si se está ante un negocio a transmitir seguía vigente, aunque se comparte con otros elementos y, como determina la

⁷⁵ Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

⁷⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., págs. 40-41.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

Directiva 98/50/CE, se trata de un “conjunto de medios organizados”. ALBIOL MONTESINOS⁷⁹ ofreció, poco después de la publicación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, una definición de empresa en la que la materialidad seguía apareciendo, aunque lo hacía precisamente junto con otros elementos: “*existirá la empresa como objeto de transmisión en cuanto exista identidad de la misma. Entendiéndose dicha identidad como permanencia de la empresa como unidad en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, de modo que la empresa permanezca la misma en su consideración objetiva y solo se produzca el cambio en la persona del empresario titular*”. En términos similares, CAMPS RUIZ⁸⁰ la definió como “*unidad organizada, y organizadora a la vez, de un conjunto de medios materiales y humanos, dirigida por el empresario y tendente a la obtención de un fin —normalmente la producción y/o mediación de bienes y/o de servicios para el mercado—*”. MONEREO PÉREZ⁸¹, por su parte, consideró que “*debe entenderse como una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variadas condiciones, constitutivo de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos*”.

Algunas sentencias del Tribunal Central de Trabajo (“TCT”) y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de los años 70 y 80 contribuyeron también a ensanchar la definición e introdujeron junto a la materialidad el factor humano y la actividad, y señalaron también que su objeto era la producción de bienes y la prestación de servicios⁸².

En este punto, la doctrina⁸³ ha recordado que el TCT distinguió los conceptos de arrendamiento de industria, empresa y local⁸⁴. Nos parece reseñable cómo, paulatinamente, se va dejando clara la mayor amplitud del concepto de empresa y que se contraponen el arrendamiento de empresa al arrendamiento de industria. Así, en este último lo que impera es “*un local con todos los elementos necesarios para establecer un negocio, sin más que dotarle de la correspondiente organización y, por supuesto, realizando todas las gestiones necesarias para el cambio de titularidad negocial, y en el cual el arrendador no tiene por qué ser empresario ni en sentido mercantil, ni en sentido laboral, basta simplemente con que sea propietario del establecimiento con todas las pertenencias arrendadas*”. En cambio, en el de empresa, la clave es su aspecto dinámico y enfatiza que, en este caso, lo que se transmite es una organización que es “*totalmente independiente de los elementos materiales sobre las que se asienta*”. De hecho, se contempla que esa independencia llega al punto “*de ser posible tal actividad empresarial con una base material prácticamente inexistente*”.

En todo caso, la evolución se produce de manera gradual y no abrupta, con vaivenes pendulares. La doctrina resaltó que el concepto llamado *patrimonialista* de empresario no desapareció de la jurisprudencia y seguía empleándose en sentencias de la Sala Cuarta de principios de los años noventa, que incidían en los elementos físicos al razonar que, “*cuando en una determinada explotación o negocio*

⁷⁹ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, pág. 16.

⁸⁰ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 24.

⁸¹ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 200.

⁸² Como recuerda CAMPS RUIZ (*Régimen laboral de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 24), la STCT de 5 de marzo de 1975 declaró que la empresa es la “*organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades*”, mientras que la STS de 26 de enero de 1988 la definió como “*organización económica de elementos productivos, encaminada a la producción de bienes o servicios*”.

⁸³ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, op. cit., págs. 78-79.

⁸⁴ STCT de 7 de febrero de 1989 (Ar 1370), con apoyo de las SSTCT de 10 de julio de 1985 (Ar/ 4887), 1 de abril de 1986 (Ar/ 2033) y 23 de junio de 1987 (Ar/ 13840).

*existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión*⁸⁵. Podría decirse que el proceso de evolución ha sido oscilante y que ha resultado un proceso paulatino el poder entender la empresa como objeto de transmisión en un sentido menos patrimonializado, menos vinculado a los elementos físicos, pues esa noción estricta y restrictiva del cambio de titularidad basado en una concepción “patrimonialista” de la empresa a efectos transmisivos dificultaba el enriquecimiento del ámbito de aplicación de la norma⁸⁶.

Lo relevante es destacar la trayectoria progresiva de la normativa española y comunitaria, así como la jurisprudencia, que poco a poco va a ir admitiendo la mutación y ampliación del concepto de empresa a efectos de transmisión ante la nueva realidad.

En este contexto, como se expondrá con detalle en el análisis jurídico que se realizará en capítulos posteriores, la herramienta fundamental va a ser el análisis del conjunto de elementos que configuran la unidad productiva, que, como empieza a señalar la doctrina del TJUE de esta época (la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 1986, asunto C-24/85, *Spijkers* —STJCE 1986, 65— es la pionera en hacerlo), van a abordar el análisis considerando un conjunto de componentes que no se detiene en los elementos tangibles e instalaciones, sino que incluye a los intangibles, la plantilla, la clientela, la interrupción de las actividades o la analogía de la actividad que se lleva a cabo en comparación con la anterior. Pero destaca aquí el elemento más relevante y que tiende a ser olvidado: “*el tipo de empresa o establecimiento de que se trate*”. Evidentemente, no será lo mismo una empresa cuyo objeto sea la producción industrial de latas de conserva que otra que se dedique a la prestación de servicios de limpieza o ayuda a domicilio. Las características del servicio y los activos en que se asientan para determinar si se transmite o no una empresa son completamente distintos. Tanto es así que se forjará la muy controvertida doctrina de la sucesión en la plantilla, pues en la empresa prestadora de servicios la doctrina del TJUE se percatará de que el elemento esencial que la configura es el factor humano en contraposición con el tangible, lo que provocará el nacimiento de esta doctrina, por la que un conjunto de trabajadores relevante en término de número y competencias configura una unidad productiva. Esto sucede por primera vez en la STJUE *Süzen* y le costará de asumir a la Sala Cuarta, al producirse la confusión de la causa de la sucesión con su efecto (el conocido como “efecto perverso” tan criticado por DESDENADO BONETE), como se expone con detalle en el capítulo 3.

Lo anterior constituye un ejemplo claro de que esta concepción de que hay algo que configura el objeto de la transmisión más allá de lo patrimonial es de suma relevancia y va a ir apareciendo en las últimas décadas del siglo XX.

Como señala muy gráficamente la doctrina⁸⁷, la progresiva terciarización de la economía y el hecho de que las empresas se doten de una infraestructura material mínima donde prevalece el elemento organizativo y de gestión de servicios y actividades respecto del modelo tradicional de la producción y transformación de materias primas afecta de manera decisiva al concepto de la empresa objeto de transmisión. Las unidades industriales de producción no son lo mismo que este tipo de empresas

⁸⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 69, resalta esta cuestión que aparece en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de los “locutorios telefónicos” (sentencias de 17 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1993 y 18 de marzo de 1994).

⁸⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., pág. 42.

⁸⁷ *Idem*, pág. 46.

terciarias. Por ello, hay que revisar caso por caso de qué actividad se trata. Esa es la razón por la que la jurisprudencia del TJUE que asumirá la Sala Cuarta del Tribunal Supremo siempre exigirá que el primero de los criterios a tener en cuenta en el análisis es verificar cuál es la actividad ante la que se está o “*el tipo de empresa o establecimiento de que se trate*”. Pues, no en vano, estos modelos de empresa (modelo económico industrial tradicional y modelo económico terciarizado) van a coexistir y coexisten. De hecho, la línea que separaba las actividades netamente productivas, de transformación material y existencia de una obra final y la prestación de servicios centrada en el tratamiento o atención a un cliente se difuminarán cada vez más ante “*el espectacular avance de los servicios sobre la producción*” que provocará que la distinción ya no sea tan nítida, ya que esos servicios se integrarán en el proceso industrial —diseño, *marketing*, asesoría— y provocarán una tercerización de la propia industria y un desarrollo de la empresa de servicios⁸⁸. Razones, todas ellas, para que las clasificaciones apriorísticas sean complicadas en el estudio de la empresa como objeto de transmisión y que nos llevan a la necesidad del análisis del conjunto de elementos. En el capítulo 3 se analizará con detalle la cuestión del conjunto de criterios que se deben considerar para determinar si existe una sucesión de empresa legal de acuerdo con el TJUE y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

4. DE LA SEGMENTACIÓN DEL TRABAJO A LA SEGMENTACIÓN DE LA EMPRESA: LA MODERNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y LAS EMPRESAS EN RED

Hemos visto cómo la normativa y la jurisprudencia poco a poco irán adaptándose y acompañándose a los cambios que va experimentando la noción de empresa como objeto de transmisión y que modificarán tanto los términos que se emplean en los textos legales como su interpretación para dar cabida a las nuevas formas empresariales.

Esos cambios se producen no solo por la irrupción de las nuevas tecnologías, la sociedad de la información y la materialidad, sino también por las nuevas formas de organizar la estructura de la empresa en la sociedad posindustrial y la irrupción del modelo de empresas en red. Como se verá, el tránsito de la empresa unitaria y mastodóntica a estas nuevas formas de estructurar la actividad parcelándola en distintas empresas (empresas red) tiene también una incidencia en la sucesión de empresa, porque precisamente al configurar los nuevos entramados empresariales se pueden producir escisiones o transmisiones de unidades productivas. Pero también trasluce esa incidencia en el cambio de adjudicataria de los servicios que se subcontraten porque ese cambio de empresa prestadora del servicio externalizado puede provocar también la sucesión de empresa, o bien la entrada en juego de las obligaciones de subrogación establecidas en los convenios colectivos o —como se expondrá con detalle en el capítulo 3— que el cumplimiento de los convenios y la subrogación del personal provoque asumir una unidad productiva organizada basada en la plantilla, de modo que se produzca una sucesión legal de empresa (en virtud de la doctrina *Somoza* que se desarrolla en el capítulo 4). Por tanto, conviene ahora adentrarse en ambos conceptos (sociedad posindustrial y empresas en red), pues son relevantes e inciden en el concepto de empresa a transmitir, puesto que son modulaciones del concepto empresarial con clara incidencia en la sucesión de empresa.

⁸⁸ MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, op. cit., pág. 56.

4.1 FIN DE LA DIVISIÓN DEL TRABAJO Y POSFORDISMO

La doctrina se ha referido a la sociedad posindustrial como “*un nuevo tipo de organización económica y social que sucede en el tiempo a la sociedad industrial*”⁸⁹. En ella, la industria va a perder su hegemonía como “*principio axial organizativo (...) lugar alrededor del cual gira la estructura social, es decir, la economía, el sistema de empleo y el de estratificación*”. Se han señalado posibles sinónimos de la sociedad posindustrial tales como la “*sociedad de información o profesional*”, términos todos ellos que describen bastante bien algunos de los aspectos de la sociedad que está emergiendo⁹⁰. Este cambio tiene cinco rasgos esenciales: (i) preeminencia de los servicios; (ii) transición del trabajo manual al profesional y técnico; (iii) centralidad del conocimiento teórico como fuente de innovación; (iv) capacidad de control del cambio tecnológico; y (v) surgimiento de las nuevas tecnologías para afrontar los cambios que se avecinan⁹¹. De entre estos signos, resulta de decisiva relevancia “*el papel de los servicios como eje de la estructura social y el énfasis en el conocimiento de la fuerza impulsora del cambio social*”⁹².

En términos similares, se ha afirmado⁹³ que el “*cambio de una economía productora de mercancías o bienes a otra productora de servicios*” es el elemento que caracteriza a la sociedad posindustrial. Poco a poco, en el marco de esta tercerización progresiva, el concepto de empresa va a ir evolucionando y abandonando los sistemas propios de la era industrial. Ello tendrá su incidencia en el análisis de la empresa como objeto de transmisión. Ese análisis, antes centrado en localizar el elemento patrimonial, material y tangible en una sociedad productora de bienes, y ahora más enfocado en verificar si lo imperante en la prestación de los servicios es un conjunto de trabajadores que, asumidos de manera cualitativa y cuantitativa en términos de número y competencias, pueden ser una unidad productiva, como ocurre a partir de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 1994, asunto *Schmidt* (TJCE 1884, 54) y de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, *Süzen* (TJCE 1997, 45) y siguientes, y que generaron la denominada doctrina de la “*sucesión en la plantilla*”, se explica en el capítulo 3.

Se ha dicho también que “*estamos ante la crisis de la empresa fordista, propia del modelo de producción industrial, como consecuencia de la globalización y del cambio de signo en la orientación de la producción*”⁹⁴. Y que se produce “*(...) el declive del modelo de producción taylorista y la consolidación, en paralelo, a la difusión de las nuevas tecnologías, de un modelo de producción especializada flexible*”. Se migra de la cantidad y producción en masa (propia de la era fordista) a la calidad y al alto valor. La organización del trabajo óptima deja de ser la que consigue producir muchas unidades a bajo coste por la fragmentación y simplificación del trabajo, y lo que se busca es hacer del trabajo “*un recurso productivo adaptable a las variaciones del mercado*”⁹⁵ habida cuenta de la rigidez y falta de flexibilidad del modelo fordista y taylorista.

⁸⁹ *Idem*, pág. 43.

⁹⁰ BELL, Daniel: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Alianza Editorial, Madrid, 1976, pág. 57.

⁹¹ *Idem*, pág. 55.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 52; y BELL, Daniel: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, *op. cit.*, págs. 151-153.

⁹⁴ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “Prólogo”, en PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, *op. cit.*, pág. 16.

⁹⁵ *Ibidem*.

También se ha aludido a este cambio haciendo hincapié en la traslación de parte de la actividad empresarial a terceras empresas. Se trata “del recurso a una organización empresarial descentralizada [que] constituye una forma de adaptación de las empresa a una gestión lo más competitiva posible, dentro de una economía servindustrial, en la que todas o casi todas las actividades productivas pueden ser prestadas a modo de servicios por otras empresas”⁹⁶. Este cambio comporta el adelgazamiento de esas superestructuras propias del *fordismo* de modo que “la red sustituye a la pirámide y la gran empresa (...) da paso a la empresa ingrávida”⁹⁷. A este concepto de la empresa ingrávida nos referiremos con detalle en el apartado 5.

Conviene también tener presente que es en esta época cuando se impulsa la inversión en tecnología y se introducen *hardware* y *software* en las empresas. Se ha expuesto⁹⁸ el contexto en el que se toman esas decisiones. Los beneficios de las empresas van a ir disminuyendo entre su punto álgido alcanzado en 1965 y finales de los años 70 y principios de los 80, lastrados por un conjunto de factores (saturación del mercado, competencia extranjera al mercado americano, incremento del coste de la energía y crisis de la OPEP, etc.). En ese momento, las “empresas de viejo cuño”, complacientes durante los años de bonanza, van a advertir la necesidad de enfrentarse a un inevitable proceso de reducción de costes e incremento de la productividad con el objetivo de conseguir mayores beneficios. Se producen por esta razón importantes inversiones en tecnología en la década de los años 80 (más de mil millones de dólares en tecnologías de la información), pero sus frutos no se recogen hasta a partir de 1991 y 1992 (en este último año se incrementa la productividad un 3 %), justo cuando los máximos directivos de la comunidad empresarial “empezaban a dudar de las tecnologías de la información” en la denominada “paradoja de la productividad”⁹⁹. La introducción paulatina de la tecnología va a resultar, por tanto, un elemento que afectará a la configuración de la empresa y, por consiguiente, se la deberá considerar en el análisis de la existencia o inexistencia de una empresa como objeto de transmisión.

También en este contexto es reseñable la irrupción de nuevos procesos de manufactura, como la producción racionalizada, modelo de producción experimental japonés conocido como *toyotismo* (empleado por la empresa Toyota al tratar de recuperarse de la Segunda Guerra Mundial). Ahora el trabajador va a dejar de estar atado a una función especializada y se implicará en el proceso colectivo de realización del producto. Su principio rector consiste en “combinar las nuevas técnicas de gestión con maquinaria cada vez más sofisticada para producir más empleando menos recursos y mano de obra”¹⁰⁰. Con ello se persigue una mayor variedad en los productos y un menor coste y rigidez. Así, “el modelo clásico de Taylor de gestión empresarial científica, que favorecía la separación entre trabajo mental y trabajo físico, así como la concentración de toda la capacidad de decisión en las manos de la dirección, se deja a un lado en favor de los planteamientos de un equipo cooperador diseñado para provechar todas

⁹⁶ ESTEVE-SEGARRA, Amparo: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 19.

⁹⁷ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “Prólogo”, *op. cit.*, pág. 16. El concepto de empresa ingrávida, basada en elementos intangibles o inmateriales es una referencia clave a la que se hará constantemente alusión a lo largo de este trabajo, pues encarna perfectamente la idea de empresa como objeto de transmisión evolucionada, liberada de los elementos tangibles, materiales y corpóreos y bien capaz de desarrollar la actividad económica con elementos intangibles.

⁹⁸ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo...*, *op. cit.*, págs. 120 y 121.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo...*, *op. cit.*, pág. 25.

*las capacidades mentales y la experiencia laboral de cada una de las personas implicadas en el proceso de montar y fabricar un automóvil*¹⁰¹.

Los resultados de la introducción de este método¹⁰² fueron positivos, según atestigua un estudio del MIT¹⁰³ en el que se concluyó que en la fábrica de Toyota se tardaban 16 horas en montar un automóvil en 0,5 metros cuadrado y con 0,45 defectos por vehículo, mientras en General Motors en Framingham se tardaban 31 horas en 0,75 metros y se generaban 1,3 defectos.

Es la combinación de estas técnicas de fabricación racionalizada con los sofisticados sistemas de información lo que va a propiciar el cambio del trabajo físico a la asunción de tareas intelectuales por parte de los empleados, de modo que *“en este nuevo entorno, los trabajadores han dejado de estar permanentemente cubiertos de grasa y sudor, puesto que la fábrica se parece cada vez más a un laboratorio para la experimentación y para el avance tecnológico”*¹⁰⁴. Nuevamente, se va poniendo de manifiesto cómo el factor humano tiene una relevancia clara en la configuración de la empresa. Ya se ha anticipado que, dependiendo de la actividad de que se trate, un conjunto de empleados pueden constituir una unidad productiva autónoma. Lo decisivo es que esa relevancia de las tareas intelectuales por parte de la plantilla puede tener una incidencia, en la medida que el criterio que emplearán tanto el TJUE como la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para valorar si se ha transmitido una empresa que descansa esencialmente en la mano de obra consiste en verificar si la cesionaria ha contratado un número relevante de empleados “en términos de número y competencias”. Por tanto, la asunción de los empleados clave, “cerebros”, que permiten de manera esencial que la actividad económica se desarrolle, puede ser indicativo de que estamos ante una empresa que se está transmitiendo.

Piedra angular de ese nuevo entorno empresarial la constituye, también, el activo intangible. Y no solo porque resulta un elemento o rasgo diferenciador y consustancial de la prestación de servicios¹⁰⁵, contra los antiguos esquemas de la sociedad industrial, sino también, como apunta DE LA PUEBLA PINILLA¹⁰⁶, porque la desmaterialización de la economía resulta hoy un fenómeno masivo, de forma que la inversión inmaterial crece más rápidamente que la inversión física, lo que experimentan no solo las empresas de nueva creación y las *start-ups*, sino también las empresas tradicionales que han apostado por el empleo de medios de distribución y comercialización mediante redes informáticas. De este modo, *“en la nueva sociedad postindustrial la empresa se hace ingrátida”*¹⁰⁷.

La afectación de estas evoluciones del concepto empresarial a la perspectiva de la empresa como objeto de transmisión es clara. La preponderancia de los activos materiales se va a ir reduciendo y se incrementará la de otros activos, sean inmateriales o personales, teniendo que estarse al caso concreto y al conjunto de elementos en los que insiste el TJUE y la Sala Cuarta, para determinar si se ha transmitido o no un verdadero negocio.

¹⁰¹ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo...*, op. cit., pág. 126.

¹⁰² *Idem*, pág. 130.

¹⁰³ Instituto Tecnológico de Massachussets.

¹⁰⁴ RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo...*, op. cit., pág. 130.

¹⁰⁵ MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, op. cit., pág. 56.

¹⁰⁶ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 52.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

4.2 LAS EMPRESAS EN RED

Uno de los rasgos de la sociedad posindustrial es la transición y cambio en el “*concepto de empresa piramidal, centralizado y expansivo de la empresa fordista*”¹⁰⁸, que ha venido decayendo en la práctica por la encomienda a terceras empresas. En este nuevo esquema en el que empieza el “*proceso de desarticulación de la gran empresa*”¹⁰⁹ va a ganar protagonismo el fenómeno de la subcontratación, figura aledaña a la sucesión de empresa, prevista en el artículo 42 ET. Este proceso de desarticulación ha sido “*la historia de las grandes compañías en el último cuarto del siglo XX (...) con una reducción y dieta de adelgazamiento para centrarse en las competencias nucleares*”¹¹⁰.

La irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad posindustrial ha propiciado la evolución del concepto empresarial, también en cuanto a su estructura jurídica. La producción ya no es única y centralizada en una sola empresa de gran tamaño como ocurría en el paradigma *fordista* y surgen nuevas formas de organización de la empresa (empresas en red)¹¹¹. La formación de esas nuevas estructuras en red ha propiciado reestructuraciones empresariales que han buscado (i) la desintegración vertical de los ciclos productivos de la gran empresa *taylorista*, dimensionando de modo más óptimo el tamaño empresarial; y (ii) la exteriorización, externalización de una serie de funciones tradicionalmente acometidas por la empresa (*marketing*, publicidad, ventas, servicio técnico, atención al cliente) que no se consideran actividad nuclear y que se encomendarán a terceras empresas. El proceso preserva las actividades económicas de mayor cualificación y carácter estratégico en la empresa principal¹¹², pero la doctrina¹¹³ ha incidido en que también se trata de servicios ya no meramente accesorios (informática, logística, transporte) y, de hecho, comprende la encomienda a terceras empresas de partes del ciclo productivo como consecuencia del *toyotismo*. De hecho, se va evolucionando en este proceso de manera paulatina al “*limitar la actividad productiva de la empresa a su núcleo central, delegando en terceras mercantiles la realización de otras funciones que, aun no siendo ya las meramente accesorias, no conformaban dicho núcleo esencial*”¹¹⁴.

Se evita de este modo la superestructura y se migra a un nuevo esquema en el que proliferan estructuras organizativas o “redes de cooperación empresarial”¹¹⁵ que agrupan a diversas empresas comunicadas o relacionadas entre sí que no realizan actividades nucleares del ciclo productivo. Se han sintetizado¹¹⁶ las razones por las que se produce esta proliferación de la subcontratación y la tendencia a externalizar aquello que no constituya actividad principal de la empresa, apuntando a “*los cambios de mentalidad y de las técnicas de gestión empresarial que incluye deseos de reducción del tamaño de las empresas, de*

¹⁰⁸ FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel: *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015, pág. 10.

¹⁰⁹ DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO AROCA, Elena: *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lexnova, Valladolid, 2014, pág. 23.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel: *La externalización y sus límites...*, *op. cit.*, pág. 9.

¹¹² LÓPEZ BAELO, Raúl: “Sucesión legal y empresas tecnológicas. ¿Hacia una noción particularizada?”, Comunicación realizada en el XXXII Congreso Anual de la AEDTSS, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022.

¹¹³ FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel: *La externalización y sus límites...*, *op. cit.*, pág. 11.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, *op. cit.*, pág. 33.

¹¹⁶ TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 54.

reducción de mandos intermedios, de adaptación rápida a las necesidades del mercado, de transmisión de los riesgos inherentes del negocio a un tercero y reducción de costes". La máxima expresión del fenómeno se alcanzará con la "deslocalización", que comportará que la parcelación de la producción del artículo final se produzca en territorios y países, a veces muy alejados entre sí¹¹⁷.

También se ha resumido esta evolución¹¹⁸ como "procesos de filialización empresarial"¹¹⁹, haciendo hincapié en que "el descubrimiento de que las economías de escala ya no aparecen indisolublemente ligadas a un entero ciclo productivo, sino que son posibles en las diversas fases de éste, [que] ha permitido fragmentar el ciclo productivo concentrándose en las fases más rentables de éste y exteriorizando («externalizando») las restantes". De este modo, las nuevas tecnologías habilitaron la evolución a una división de los ciclos de trabajo entre empresas¹²⁰. En consecuencia, se produce una "descentralización de la era electrónica, que se caracteriza por llevar a efecto «una descomposición definitiva del ciclo de elaboración», consecuencia del nuevo modo de producir, y más en general de las nuevas tecnologías que irrumpen en todos los sectores"¹²¹.

En resumen¹²², sucede que se ha evolucionado "de la división de tareas dentro de la empresa a la división del trabajo entre empresas". Muestra de ello la ofrece la evolución con estas cifras de la producción automovilística: "si en 1927 Ford inauguraba una línea continua de producción en el marco de una estructura vertical por la que todo se hacía dentro de la factoría, hoy los fabricantes de automóviles apenas si facturan internamente un tercio del valor del automóvil"¹²³.

Es este binomio configurado por la irrupción de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información, junto con la crisis organizativa de las empresas y su parcelación, el que alumbró "la empresa red"¹²⁴. DESDENTADO BONETE¹²⁵ recuerda que CASTELLS¹²⁶, a quien se atribuye el origen del término "empresa en red"¹²⁷, aporta la definición de "forma específica de empresa «cuyo sistema de medios está constituido por la intersección de segmentos autónomos de sistema de fines» más o menos compartido". Este concepto de empresa red en el ámbito laboral se manifiesta de diversas formas: (i) una primera que sería el abastecimiento externo u *outsourcing*, es decir, la descentralización productiva que opera (a) recurriendo a la subcontratación externa de obras y servicios, o (b) a través del suministro puro y simple de personal desde el exterior (vía ETT y otras formas de colaboración empresarial); y (ii) una segunda, más radical, que consiste en concebir la propia estructura del proyecto empresarial organizándose a

¹¹⁷ FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel: *La externalización y sus límites...*, op. cit., pág. 11.

¹¹⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco Pérez: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 17.

¹¹⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco Pérez: "La «filialización» en la empresa. *Actualidad Laboral*. Sección Doctrina. La Ley 2577/2011, 533 y ss.

¹²⁰ ZANELLI, P.: "Intervento", en *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Milán, 1986, pág. 88.

¹²¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco Pérez: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, op. cit., pág. 19.

¹²² PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 33.

¹²³ CASTILLO, Juan José: *La división del trabajo entre empresas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, págs. 19-40.

¹²⁴ DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO AROCA, Elena: *Grupos de empresas y despidos económicos*, op. cit., pág. 25.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ CASTELLS, M.: *La era de la información. La sociedad red*, Alianza, Madrid, 1997, pág. 199.

¹²⁷ ESTEVE-SEGARRA, Amparo: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas...*, op. cit., pág. 20.

través de una red. Esta opción incluiría también los grupos de sociedades o de empresa. Estos últimos, a su vez, pueden configurarse de dos formas: (a) mediante segregaciones y escisiones, parcelando y empleando modificaciones estructurales mercantiles que, en efecto, conllevan una sucesión de empresa del artículo 44 ET; o (b) con la constitución de nuevas sociedades dominadas.

El cambio, por tanto, es claro. Una solución a la crisis de la gran empresa que se centra en la “empresa minimalista” o “empresa hueca”, a través del ahorro en costes de personal, la automatización, la informática, la inmaterialidad y la subcontratación¹²⁸. Grandes multinacionales del sector textil, del calzado deportivo, del mueble, etc., han conseguido crecimientos muy relevantes y son hoy en día una gran empresa, si bien debiera mejor decirse una gran red, a veces construidas a través de la variedad que supone la franquicia, cuya problemática en materia de transmisión de empresa se aborda en el capítulo 3.

Desde la perspectiva de la empresa como objeto de transmisión, la sociedad posindustrial y la evolución a esta empresa segmentada y desagregada en distintas redes es muy relevante, porque en estos procesos de atomización de la empresa en subunidades van a aflorar diversas situaciones en las que se va a plantear si existe o no una transmisión de empresas.

La Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, fue consciente de esta cuestión. En su considerando segundo se refirió a que *“la evolución económica implica, en el plano nacional y comunitario, modificaciones de la estructura de las empresas, que se efectúan, entre otras formas, mediante traspasos a otros empresarios, de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o cesiones”*. Su considerando tercero recordaba que *“son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario”*. Un reflejo más en el derecho positivo de la necesaria adecuación de las normas tuitivas de los derechos de los trabajadores en el caso de traspaso de una empresa que está cambiando sus contornos como consecuencia de *“la evolución económica”* y *“las modificaciones en las estructuras en las empresas”* y *“los traspasos a otros empresarios”*, con clara alusión a estas nuevas formas de organización empresarial propias del *posindustrialismo*.

Igualmente, estos cambios en la cultura empresarial generaron un semillero de situaciones que aportarán criterios jurisprudenciales de interés que se describen con detalle en este trabajo.

Buen ejemplo de lo anterior, en el plano de la sucesión de empresa legal, lo constituyen los procesos de creación de empresas en red a través de procesos de identificación interna en la empresa (*carve out*) y volcado en nuevas empresas a través de aportaciones de ramas de actividad o a través de compraventas de activos (en su caso, terceros accionarios distintos del de la empresa cedente toman el control de esas ramas de negocio desgajadas de la empresa originaria y volcadas en nuevas sociedades mercantiles o *newcos*). Se cuestiona en ocasiones si la transmisión de parte del negocio de la empresa principal a otra empresa del grupo o de la que se dispone de control accionarial, al menos en parte, o bien a un tercer accionista, constituye o no una sucesión de empresa. Este tipo de procesos se han producido, por ejemplo, de manera señalada en el sector de la banca, en los que los grandes bancos

¹²⁸ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, op. cit., págs. 44 y 45.

decidieron externalizar las plataformas de recuperación de crédito contencioso o *servicers* (la incidencia de estos procesos de *carve out* en el plano de la sucesión legal de empresa se describe con detalle en el capítulo 3).

Además, la jurisprudencia identificó la tentación de compartimentar determinados trabajadores y actividades que no constituyen verdaderas unidades productivas autónomas y exteriorizarlos como alternativa a acometer despidos colectivos o como vía para prescindir de partes de la empresa que no constituían verdaderas unidades productivas autónomas o negocios capaces de generar bienes y servicios, pero de las que interesaba deshacerse. ¿Por qué es esto importante? Porque esta tentación, aparece precisamente, por primera vez, en actividades de marcada índole intangible en sus activos (una reorganización en Italia Telecom que se refería a departamentos informáticos¹²⁹). Esto no es casual, de hecho, es muy procedente tenerlo presente en el marco de la argumentación que se sostiene en este trabajo en relación con la evolución del concepto de empresa objeto de transmisión hacia algo más etéreo y basado en la inmaterialidad, pues, a mayor intangibilidad en los modelos empresariales, más propicia es la posibilidad de realizar *carve outs* (es decir, identificar y perimetrar partes del negocio para luego externalizarlo). Con ello, la venta y la sucesión de empresa (artículo 44 ET y Directiva 2001/23 CE) evitan la implementación del despido colectivo (artículo 51 ET), porque la cedente se libera de una unidad productiva que ha construido *ad hoc*, sin preexistencia, encapsulándola artificialmente y aprovechando la sucesión de empresa para aquello que no está diseñada (es decir, para en lugar de realizar despidos colectivos, montar unidades productivas y externalizarlas). En concreto, esto llevará a reaccionar al TJUE con la sentencia de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, *Amatori*, en la que se exige la “*preexistencia de esas unidades productivas*” con carácter previo a su transmisión, negándose que exista transmisión de una verdadera empresa cuando se producen encapsulados artificiales que no albergan genuinos negocios¹³⁰. En España la jurisprudencia ha aplicado también la necesidad de que las unidades productivas preexistan en virtud de esta doctrina *Amatori* lo que, en efecto, se acreditó que ocurría (las unidades productivas preexistían) en los casos de los *servicers* o plataformas recuperadoras de créditos contenciosos e inmuebles derivados de las ejecuciones hipotecarias que nacieron en el seno de los grandes bancos españoles y, posteriormente, se perimetraron y vendieron. El análisis jurídico de estos

¹²⁹ Se produce en ese caso una reorganización en la que, previamente, la estructura de Telecom Italia incluía una división denominada *Technology and Operations* integrada por una serie de departamentos que comprendían, en particular, la rama *Information Technology*. Esta constituía una estructura única a la que correspondían las actividades operativas informáticas de innovación, concepción, ejecución, explotación, aplicación y explotación de infraestructuras. Con motivo de dicha reorganización interna, Telecom Italia subdividió la aludida rama en una decena de ramas que incluyen las denominadas *IT Operations*, *IT Governance* e *Ingénieries*. La rama *Ingénieries* ha reunido las funciones de innovación y de concepción. Tres subdivisiones, entre las que se encuentra el servicio *Software and test factory* destinado a las funciones de ejecución, fueron integradas en la rama *IT Operations* que luego es externalizada (apartados 12 a 14 de la sentencia). Se adscriben los demandantes a esa rama y plantean que no deben ser subrogados, al no preexistir esa unidad productiva de *IT Operations*. Se concluye que si no preexiste la unidad productiva, no debe existir sucesión de empresa.

¹³⁰ El apartado 34 de la sentencia de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, *Amatori*, concluye que el hecho de que en el artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto, de la Directiva 2001/23 CE “*conste el término «conservar» implica que la autonomía de la unidad cedida debe, en todo caso, preexistir a la transmisión*”. Su apartado 35 apostilla que, por tanto, si ocurre que la unidad transferida de que se trata no dispone, “*con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23*”. Por tanto, si no preexiste, en tales circunstancias, no existiría la obligación que se deriva de dicha Directiva de mantener los derechos de los trabajadores transmitidos.

criterios jurisprudenciales y la exposición de la implantación de esta doctrina en España se efectúa con detalle en el capítulo 3.

La disgregación de la *empresa unidad* en *diversas empresas en red* provoca también problemas relevantes relacionados con la adscripción de trabajadores a la empresa o unidad productiva, problemas que se acrecientan y hacen más patentes en actividades intensivas en tecnología y medios inmateriales. El fenómeno requiere de un estudio específico porque nos lleva a uno de los problemas que consideramos que está muy necesitado de soluciones y en el que se va a insistir de manera recurrente en este trabajo. Nos referimos a la cuestión de la adscripción de los trabajadores a la unidad productiva y a si deben ser subrogados cuando no es clara su adscripción total (o mayoritaria). Este clásico problema emerge con mayor intensidad en la empresa ingrávida basada en intangibles y en las empresas en red, por ello, en el capítulo 5 se propondrá el estudio de la cuestión y las propuestas de solución *de lege ferenda*. En efecto, en los fenómenos de desintegración empresarial en los que se desagrega la gran empresa piramidal en otras empresas y se les transmite partes del proceso productivo que pueden considerarse unidades productivas autónomas, se produce el problema de determinar los empleados que están adscritos a esa unidad productiva y, por tanto, si deben ser subrogados o no por la nueva empresa cesionaria que asume ese negocio. Esto se produce tradicionalmente con el personal de servicios centrales que presta servicios a esa unidad productiva. Así, si una industria que produce varias líneas de negocio o producto (por ejemplo, imaginemos que produce motocicletas y ropa relacionada con el mundo de la moto y decide exteriorizar este segundo negocio, puede haber dudas acerca de si el personal de servicios centrales —por ejemplo, de los departamentos de informática, *marketing*, RR. HH., financiero, etc.— que presta servicios indistintamente para ambas, debe ser o no subrogado por la empresa que asume el negocio textil). Este tipo de problemática, como decimos, clásica pero hasta la fecha mal resuelta por el ordenamiento y por la jurisprudencia (la denominada cuestión de los “trabajadores parcialmente adscritos”), se viene acrecentando más si cabe cuando, al fenómeno de la desagregación empresarial y la segmentación de la gran empresa en sub-empresas, se le añade la transformación de la empresa típicamente industrial y fordista en la ingrávida. Y ello porque la inmaterialidad de los activos dificulta más, si cabe, la determinación del personal adscrito a las nuevas unidades de negocio basadas en la inmaterialidad. En este contexto, este trabajo resume los distintos criterios jurisprudenciales existentes. Podría mantenerse¹³¹ que un trabajador que no está exclusivamente adscrito a una unidad productiva no debe ser subrogado, o que debe ser subrogado por completo, o incluso que la subrogación debe producirse de modo proporcional al porcentaje de adscripción, como ha mantenido últimamente el TJUE en la Sentencia de 26 de marzo de 200, asunto C-344/18, *ISS Facility Services*. En este complicado contexto se tratará de ofrecer algunas soluciones y propuestas de regulación en su capítulo 5, pensando en los intereses del cesionario que, por supuesto, también son merecedores de la tutela del sistema, del mismo modo que lo son los del cedente que debe ver cómo el negocio que pierde, arrastra consigo a los empleados asignados al mismo. Se insistirá, también, por tanto, que la sucesión de empresa es una figura claramente pensada para asegurar la continuidad de las relaciones laborales pese a la transmisión del negocio, pero que no deben olvidarse los intereses del empresario cedente y cesionario, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Española (“CE”) y artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹³¹ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Sucesión de empresa y trabajadores parcialmente adscritos a la unidad productiva: una cuestión que demanda soluciones”, *El Foro de Labos*. Disponible *on-line*: <https://www.elforodelabos.es/2021/06/sucesion-de-empresa-y-trabajadores-parcialmente-adscritos-a-la-unidad-productiva-una-cuestion-que-demanda-soluciones-ii/>.

Por supuesto, el fenómeno de las empresas red va a propiciar estructuras en las que una empresa principal subcontrata una parte de la actividad a una tercera empresa (por ejemplo, servicios auxiliares como limpieza, mantenimiento, seguridad, etc.). Ya se ha anticipado que cuando se cambia de empresa adjudicataria que realiza la actividad puede entrar en juego la obligación de subrogar prevista en los convenios colectivos. O bien, puede ocurrir que se transmita la actividad junto con los elementos que posibilitan su continuación (aunque estos solo sean los empleados y se hayan asumido en virtud del convenio colectivo) y se produzca, por tanto, una sucesión de empresa. Se explican estos supuestos en el capítulo 4, junto con las consecuencias que supuso la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, *Somoza Hermo*.

Igualmente, ocurre en ocasiones que la empresa originaria decide recuperar partes de actividad que externalizó a la red. En ese marco surge el fenómeno de la reversión. Esto es, lo que sucede cuando se acuerda la recuperación de las actividades previamente externalizadas, del servicio y de los elementos que lo configuran, lo que genera caminos de regreso en los que se produce en muchas ocasiones la sucesión de empresa legal entre la última adjudicataria y la empresa principal (fenómeno que, en el sector público, se denomina “remunicipalización”)¹³².

Como puede verse, debe atenderse a la génesis del concepto de empresa y su evolución (en este caso al fenómeno de la externalización y la configuración de la empresa en red) porque permite comprender y delimitar mucho mejor cuándo se está transmitiendo un verdadero negocio o qué operaciones de tráfico jurídico pueden provocarlo en la gestación de estas estructuras en red.

5. LA EMPRESA INGRÁVIDA

Como se ha expuesto, poco a poco la empresa va a ir transitando hacia esa inmaterialidad. Ya se ha visto que este fenómeno se iniciará con las inversiones en tecnología que se producen en la tercera revolución industrial, es decir, la época comprendida entre, aproximadamente, los años 1960 y 2000, caracterizada por los primeros ordenadores personales (1962), el primer controlador programable que regula la producción (1969) y el nacimiento de la *world wide web* (1990)¹³³.

También se ha incidido en que en la sociedad posindustrial, el concepto de empresa se va a ver afectado al pasar de la centralidad de la máquina a la desmaterialización de los activos. Y es que, en este momento la evolución de la empresa revela que la fábrica, los elementos materiales y las máquinas no son ya lo único esencial e indispensable para producir bienes y servicios, sino que, tal y como ha reflexionado la doctrina, la empresa es ante todo una “*realidad social*” y se “*identifica comúnmente con una realidad*

¹³² Aunque la materia de las reversiones y remunicipalizaciones no se va a tratar en este trabajo, nos remitimos a TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017. Conviene destacar también los diversos trabajos de María DE SANDE PÉREZ BEDMAR sobre esta materia, señaladamente, SANDE PÉREZ BEDMAR, María de, ORTEGA BERNARDO, Julia: “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2016 o SANDE PÉREZ BEDMAR, María de: “La prestación de servicios por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016 (Ejemplar dedicado a *Novedades en materia de gestión de personal y servicios en las administraciones públicas*).

¹³³ GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 36.

objetiva constituida por las unidades de producción de bienes o servicios destinados y ofrecidos al mercado o al público en general". En esa misión de generar bienes y servicios que la identifican, la empresa está ya, ahora, deslocalizada, prestando servicios como consecuencia de la generalización de su prestación, y en muchos casos desmaterializada y, por tanto, la conforman un crisol de elementos no solo tangibles, sino que los intangibles e inmateriales se están convirtiendo en la piedra angular, atendiendo a la tercerización de la industria en detrimento de la producción masiva de bienes. También la tercera revolución industrial se caracteriza por el inicio de la producción de bienes de naturaleza inmaterial. Y por activos intangibles debemos entender "*aquellos recursos que consisten básicamente en conocimientos o información, que carecen de una entidad material y no son por tanto susceptibles de percibirse*"¹³⁴.

Algunos ejemplos de ellos son las tarjetas de crédito, bienes futuros o la producción de derechos de imagen y de publicidad en la industria cultural. Otros rasgos de esa desmaterialización son el uso de materiales más ligeros, la miniaturización o la sustitución de contenidos físicos por información, así como la reducción de la propiedad inmobiliaria por la menor necesidad de espacio o de grandes instalaciones para cadenas de montaje o grandes almacenes¹³⁵, lo que se verá posteriormente, ya en nuestros días y con el acicate de la pandemia, agudizado por el teletrabajo. En detrimento de lo físico, irrumpe la tecnología electrónica e informática, el comercio electrónico, etc. Todo ello afecta a la imagen de la empresa, a su fisonomía y a su contorno. Y, por tanto, a la empresa como elemento transmisivo.

Así, "*pertenece a la experiencia común que la empresa es el resultado de la combinación de diferentes medios o factores productivos entre los que destacan particularmente la fuerza del trabajo, la técnica o conocimiento, las instalaciones y bienes de equipos y los recursos financieros*"¹³⁶. Ocurre, en efecto, que en la tercera revolución industrial, estando de lleno en la sociedad posindustrial, la empresa ha migrado de la producción de bienes a la generación de servicios (tercerización), y ello ha "*alterado las características esenciales de la empresa como unidad de producción*"¹³⁷. Como la prestación de los servicios es en buena medida intangible, en gran parte, por ello, la nueva empresa de servicios ha sustituido la centralidad de la máquina por la generalización de la desmaterialización de los activos"¹³⁸.

Esta es la auténtica clave relevante a los efectos del análisis que nos ocupa. Los criterios para determinar la empresa clásicos (transmisión de fábrica, maquinaria y elementos materiales) ya no son vigentes ni suficientes. La inmaterialidad es cada vez más relevante, sin que ello signifique borrar del mapa la actividad industrial, pues —como se ha explicado en apartados anteriores— ambas coexisten. Pero la inmaterialidad empieza a ser clave en la tercera revolución industrial, en la que se va dando paso a lo que se ha venido a denominar, la *empresa ingrávida*. Y más aún lo será en la cuarta revolución industrial, en la que estamos entrando y en la que las empresas (incluso las de mayor valor) son capaces de llevar a cabo su actividad empresarial sin sustrato material siquiera. Esto es lo que resulta completamente determinante para poder concluir si existe una sucesión de empresas o no, entender que la realidad de la empresa generadora de bienes y servicios ya no es la misma que fue cuando se la llamaba "industria", que hay que estar por supuesto a la actividad y al servicio que presta y, por tanto, ver con qué elementos

¹³⁴ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 52.

¹³⁵ *Idem*, pág. 50 y 51.

¹³⁶ *Idem*, pág. 27.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

se configura, y con ello concluir si se está transmitiendo un conjunto de elementos (heterogeneidad de componentes)¹³⁹ que conforman una empresa o no. Pues bien, dentro de ese conjunto de elementos, con la tercerización, los elementos inmateriales y la plantilla juegan un papel de mayor relevancia.

La jurisprudencia advirtió estos cambios y su trascendencia en el análisis de aplicación de la normativa sucesoria. La importancia de la plantilla en detrimento de los activos materiales la observó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisamente en los años 90 al acuñar el concepto de actividades empresariales que “descansan esencialmente en la mano de obra” en los casos *Schmidt* y *Süzen* antes señalados. En esa prestación de servicios de limpieza, vigilancia y seguridad, poco importaban los activos materiales. La empresa estaba conformada por el conjunto de empleados que realizaban esa actividad, a los que se calificó de “unidad productiva” si se asumía, por el cesionario, su mayor parte “en términos de número y competencias”, es decir, los cuantitativa y cualitativamente relevantes que permitían la continuación de la actividad empresarial sin interrupciones (véanse SSTJUE *Süzen*, *Sánchez-Hidalgo-Hernández Vidal*, *Temco*, etc.). Se trata de un buen ejemplo de cómo ante la terciarización del concepto de empresa, al migrar la empresa en algunos casos de la actividad industrial y de producción a la de prestación de servicios, en la que era necesaria en esencia la mano de obra, la transmisión de esos empleados implicaba la transmisión de una empresa a efectos laborales de la Directiva 2001/23 CE y del 44 ET. Todo ello se expone con mayor detalle en el capítulo 3.

Aunque no se han llevado a cabo reformas legales desde hace más de veinte años, los tribunales se han percatado de que es preciso modular la interpretación del concepto de empresa como objeto de transmisión. De esta manera, además de la relevancia de la plantilla, se ha advertido también que existen actividades que descansan de manera esencial en los elementos intangibles e inmateriales, como puede ser la clientela. Por tanto, se configura un nuevo molde de empresa que también puede considerarse suficiente como objeto de transmisión para activar la normativa sucesoria.

Esto ocurre en la imprescindible sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, C-194/18, asunto *Dodic*, en la que se considerará que, en un negocio de gestión de carteras de valores, pese a la falta de transmisión de empleados, mobiliario, edificio, etc., con la sola transmisión de la clientela (elemento inmaterial esencia de esa actividad, según el TJUE), se producirá una transmisión de empresa. No en vano, la doctrina se ha referido a la clientela como “el activo más importante que puede tener un negocio”¹⁴⁰. Precisamente de ese axioma parte el STJUE en el caso *Dodic*, que se analiza con detalle en el capítulo 3, y que podría decirse que es la primera sentencia en la que se puede hablar de actividades que descansan de manera esencial en la inmaterialidad, en este caso en la clientela.

Pero la jurisprudencia no solo está empezando a ser sensible a la relevancia de la inmaterialidad, también le va a dar otro valor a los elementos materiales que antaño podían resultar decisivos en una actividad, pero que hoy pueden resultar obsoletos. Así, en un supuesto de cambio de adjudicataria de líneas de autobús en el que no se transmitían los autobuses, se concluía hace veinte años que no existía una transmisión de empresa por falta de traspaso del activo esencial (los autobuses), como se razonó en la STJUE de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, *Liikenne*. Sin embargo, veinte años después, la STJUE

¹³⁹ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 55.

¹⁴⁰ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La transmisión de la clientela como factor clave en la sucesión de empresas y la subrogación de trabajadores”. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2021/06/08/la-trasmision-de-la-clientela-como-factor-clave-en-la-sucesion-de-empresas-y-la-subrogacion-de-trabajadores/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, caso *Grafe/Pohle*¹⁴¹, concluirá que existe transmisión de empresa sin que cambien de manos los autobuses, pues estaban obsoletos y no cumplían normativa, quedándoles poco más de tres años de vida útil. A esta cuestión se dedicará un profundo estudio en el capítulo 3, pues en el marco de la sostenibilidad necesaria en nuestros días, es cada vez más relevante preguntarse cómo afecta a las actividades económicas claramente materializadas la falta de transmisión de los tangibles cuando están obsoletos (y, por tanto, han perdido valor) como consecuencia de la imposición de externos condicionantes jurídicos, técnicos o medioambientales. Ello incide también en una necesidad de actualizar el análisis jurídico sucesorio.

En esencia, como resume DE LA PUEBLA PINILLA¹⁴², es preciso hacer el análisis contextualizado a un concepto actualizado de la empresa como objeto de transmisión, pues *“la delimitación del elemento objetivo que integra el presupuesto de hecho de este precepto [en alusión al 44 ET] no puede prescindir de las nuevas características que acompañan a la empresa. La interpretación del art. 44 ET debe adaptarse al momento en que se aplica y ello implica un esfuerzo por adecuar el concepto de empresa o entidad económica a que este precepto se refiere a la realidad que hoy representa esta noción”*.

6. LOS ALBORES DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Se ha resumido con acierto¹⁴³ que la primera revolución industrial abarcó desde aproximadamente 1760 hasta 1840. La máquina de vapor y el ferrocarril, así como el motor propulsado con vapor, iniciaron la producción mecánica. Posteriormente, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la segunda revolución industrial irrumpe como consecuencia esencialmente de la electricidad y la cadena de montaje. La tercera revolución industrial suele situarse en la década de 1960 y se caracteriza por ser una revolución digital *“o del ordenador, porque fue catalizada por el desarrollo de semiconductores, la computación mediante servidores tipo «mainframe» (en los años setenta), la informática personal (décadas de 1970 y 1980) e internet (década de 1990)”*¹⁴⁴.

La doctrina¹⁴⁵ ha recordado que las revoluciones tecnológicas (y las tres revoluciones industriales previas dan cuenta de ello), desde el propio telar hasta la conocida como industria 4.0, pasando por la máquina de vapor, la electrificación, las TIC, la inteligencia artificial y la robótica, han alterado de manera profunda el escenario en el que se desenvuelven las relaciones laborales¹⁴⁶. De hecho, diríamos —sin

¹⁴¹ Sus apartados 34 y 35 razonan lo siguiente: *“Habida cuenta de las normas técnicas y medioambientales impuestas por el poder adjudicador, la propia empresa titular del anterior contrato de servicios de transporte público de que se trata en el litigio principal, si hubiese presentado una oferta para ese contrato y hubiese resultado adjudicataria, se habría visto obligada a sustituir sus medios de explotación en un futuro próximo. Por lo tanto, en este contexto, la inexistencia de adquisición de los medios de explotación, en la medida en que resulta de requisitos jurídicos, medioambientales o técnicos, no obsta necesariamente a que la reanudación de la actividad de que se trata pueda calificarse de «transmisión de empresa» en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23”*.

¹⁴² PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 55.

¹⁴³ SCHWAB, Klaus: *La cuarta revolución industrial*, Debate, Penguin Random House, Barcelona, 2021, pág. 20.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales...*, op. cit., pág. 35.

¹⁴⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, en *XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pág. 78.

arriesgarnos en exceso a errar en esta afirmación— que la tecnología y su vertiginoso desarrollo, junto con otros factores como los cambios en la estructura jurídica empresarial, están empujando a un cambio del concepto de empresa como objeto a transmitir. Ahora imperan otros parámetros, otros medios y otros pilares esenciales en los que descansa la empresa y, por tanto, esto altera profundamente el análisis de cuándo se está o no transmitiendo una empresa en su conjunto, capaz de generar bienes y servicios al mercado, o cuándo se están transmitiendo “elementos patrimoniales aislados” que no son un negocio por sí mismos por no ser capaces de manera “autónoma” de producir bienes y servicios y requieren de una aportación decisiva de medios esenciales y no accesorios por el cesionario, que imposibilitan la conclusión de que se ha transmitido una verdadera empresa en funcionamiento. La distinción es muy relevante en cuanto a la conclusión acerca de si debe aplicar el mecanismo subrogatorio, como se analiza en detalle en el capítulo 3, pues esta es una cuestión sobre la que viene insistiendo de manera constante la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹⁴⁷.

Pero la empresa ingravida de la sociedad posindustrial prosigue su evolución y se asienta ahora en otro tipo de activos materiales y, sobre todo, de manera más intensa en los inmateriales. En el “nuevo modelo económico” o “nuevo capitalismo” en proceso de construcción, se ha dicho que “*las pocas empresas que subsistirán —en esta transformación de modelo económico en el sector terciario— serán las empresas dueñas de las plataformas virtuales —y de la marca— donde se pone en contacto la oferta y la demanda*”¹⁴⁸. La relevancia de los activos intangibles se incrementa de manera muy significativa; lo ha hecho en el marco de las aplicaciones (app) de la economía colaborativa, llevando a la conclusión de que tal poder y relevancia de esos elementos en manos de una de las partes de la relación, la convierte en empleador, como ha ocurrido en el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre los *raiders* de Glovo o en la reciente sentencia del caso Amazon Flex dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid¹⁴⁹. Pero, más allá de ese análisis sobre la centralidad de una app en la economía de plataformas, interesa aquí, desde la perspectiva de la empresa como objeto de transmisión, que los medios de producción que tienen en sus manos las empresas tienen una naturaleza intangible cada vez más marcada. Se ha señalado en ese marco la importancia de la plataforma virtual y su amplio contenido, que cede su marca (clientes y usuarios), los métodos de pago, las tecnologías de búsqueda y posicionamiento en internet, o incluso que la propia plataforma ponga a disposición los medios de envío y logística necesarios o los modelos de documentación y facturas a emplear. También, por supuesto, los sistemas de reputación *online* o la formación que puede contener¹⁵⁰. El ejemplo es ciertamente característico de la que podría denominarse infraestructura invisible que crean estas plataformas en el seno de las relaciones con los *raiders* y muestra el potencial que, como elemento intangible, encierra una aplicación (en el caso Amazon Flex se considera incluso que la incorporación a la app encierra el proceso de selección). Pero una cuestión es clara, el cambiante mundo ante el que estamos y los activos intangibles están haciendo necesario replantearse las estructuras y conceptos esenciales del derecho del trabajo y, podría decirse, que lo están tensionando de manera clara. Como decimos, ha ocurrido con

¹⁴⁷ Por ejemplo, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 (RJ 2003, 6113), 8 de junio de 2016 (recurso 224/2015) y de 14 de abril de 2016 (recurso 35/2015), entre otras.

¹⁴⁸ TOLODÍ SIGNES, Adrián: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 147.

¹⁴⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023.

¹⁵⁰ *Idem*, pág. 148.

el concepto de empleado y trabajador por cuenta ajena en el supuesto de los *raiders* de Glovo¹⁵¹, pero también ocurre en el mismo concepto de empleador. Y es que, como se ha dicho, el concepto de empresario está “bajo presión y tensionado”¹⁵². Las dificultades en identificar al empleador, al final, también surgen para identificar a la empresa en las sucesiones de empresa¹⁵³. Y, en efecto, ese replanteamiento del concepto de empleador, afecta a su vez al concepto de empresa como objeto de transmisión que aquí se está estudiando, porque nos hace replantearnos en que consiste hoy y qué elementos esenciales lo configuran.

Por otra parte, como se ha apuntado, la obsolescencia de los materiales los puede llegar a convertir en elementos no decisivos para determinar si existe una sucesión de empresa¹⁵⁴, y la relevancia de la inmaterialidad y de la clientela, en cambio, pueden conducir a la conclusión de que se ha transmitido una verdadera empresa¹⁵⁵ cuando descansa esencialmente en esos intangibles que se transmiten. O, al revés, en sectores como el de las agencias de viajes, que también descansan esencialmente en la inmaterialidad, se ha alcanzado la conclusión de que precisamente no se ha transmitido empresa alguna puesto que solo con los locales, los agentes de viajes y los ordenadores no es posible realizar una actividad que “descansa en los medios inmateriales” que fueron aportados por la cesionaria (licencias de venta de billetes de avión y tren, *software* de reservas de billetes y hoteles, contratos que garantizan el producto y crédito de los proveedores, etc.)¹⁵⁶. Se analiza todo ello con detalle en el capítulo 3.

De hecho, la doctrina científica lleva advirtiendo en los últimos años acerca de la entrada en la era de la cuarta revolución industrial, en la que se pasa al concepto de Industria 4.0. Como ha expuesto GOERLICH¹⁵⁷ se trata de un “*término acuñado para describir el conjunto de los cambios que se esperan en el corto y medio plazo*”, pues se están apreciando tanto las virtualidades de las TIC protagonistas de la tercera revolución tecnológica del último tercio del siglo XX como las potencialidades de desarrollo a corto plazo en el siglo XXI¹⁵⁸.

¹⁵¹ Sentencia 805/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 a la que nos referiremos con mayor detalle en el capítulo 3. Finalmente se precisó una reacción legislativa a través de la conocida como “ley de raiders” (Resolución de 10 de junio de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales).

¹⁵² PRASSL, Jeremias: *The concept of the employer*, Oxford University Press, New York, 2016, pág. 81.

¹⁵³ *Idem*, pág. 91.

¹⁵⁴ Ya se ha expuesto la distinta valoración de la falta de transmisión de los autobuses para determinar si existió sucesión de empresa en el cambio de adjudicataria de la línea de transporte de pasajeros, lo que se pone de manifiesto en la diferencia de razonamiento entre la STJUE de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, *Liikenne* y, veinte años después, en la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, caso *Grafe/Pohle*.

¹⁵⁵ TJUE de 8 de mayo de 2019, C-194/18, asunto *Dodic*. Véase, al respecto, MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Digitalización y sucesión de empresa”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, número 2, agosto de 2022, pág. 135.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Digitalización y sucesión de empresa”, *op. cit.*, pág. 131. MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Experiencias prácticas en materia de sucesión de empresa”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, Lexnova, Valladolid, 2016, pág. 204.

¹⁵⁷ GOERLICH PESET, José María: “Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un jurista del trabajo”, en “La técnica al servicio del desarrollo humano integral”, ponencia escrita del XXIV Curso de formación en doctrina social de la iglesia. Madrid, 12 de septiembre de 2017, pág. 1.

¹⁵⁸ *Idem*, pág. 2.

Muchos son los cambios desde la perspectiva de la revolución tecnológica de la industria 4.0. Así, podrían resumirse¹⁵⁹ en un seguido de avances tecnológicos significativos: (i) se desarrolla el paradigma del Internet de las Cosas (“*internet of things*” o *IoT*); (ii) se avanza de manera notoria en las técnicas y plataformas de procesamiento de datos (*big data*); (iii) se impulsan avances y aplicaciones del aprendizaje automático (*machine learning*), subcampo de la inteligencia artificial; (iv) evoluciona la robótica; (v) surgen nuevas aplicaciones de la realidad aumentada; (vi) se introduce de manera masiva la impresión 3D y 4D; (vii) irrumpe la nanotecnología; (viii) se produce un auge del *blockchain* o tecnología de bloques¹⁶⁰; (ix) se produce una revolución en la ciberseguridad; (x) el despliegue del 5G; el aprovechamiento del *cloud computing*, etc. A este listado pueden añadirse innovaciones como la relevancia cada vez más creciente de los algoritmos, que permiten acuñar el concepto de “empresa algorítmica”¹⁶¹, los NFT o tokens no fungibles¹⁶² —muy utilizados, por ejemplo, en el mercado de obras de arte— o también el cada vez más citado metaverso¹⁶³.

Algunos de estos activos están cambiando ya la fisonomía de la empresa como objeto de transmisión en la industria, especialmente la digital. Así, por ejemplo, se ha resaltado la centralidad de los datos (y particularmente de los datos personales) como activo subyacente fundamental sin el cual las nuevas

¹⁵⁹ GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales...*, op. cit., págs. 36 y 37.

¹⁶⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, Faustino: *Criptoactivos: de la paralegalidad a la paulatina legalización*, Las Rozas, Sepin, 2022, pág. 29, lo define como “un libro mayor compartido e inmutable que facilita el proceso de registro de transacciones y de seguimiento de activos en una red de negocios. Un activo puede ser tangible (una casa, un auto, dinero en efectivo, terrenos) o intangible (propiedad intelectual, patentes, derechos de autor, marcas)”. GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: “La fiscalidad del mundo blockchain”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 425-426, 2018, pág. 8, lo define como “un protocolo de intercambio de valor en red sin mediación de intermediarios, lo que lo convierte en la tecnología más disruptiva después de internet, pues mientras este es un medio de compartir información, blockchain es un medio de transmitir valor de forma digital”.

¹⁶¹ MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 69 y ss., si bien a este concepto ya se aproximó en LÓPEZ BALAGUER, M. (coord.): *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 173-187.

¹⁶² GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, Faustino: “*Criptoactivos: de la paralegalidad a la paulatina legalización*, op. cit., pág. 42, los define como “activos digitales únicos que no pueden cambiar entre sí, ya que no hay dos iguales. Las siglas NFT resultan del acrónimo en inglés Non Fungible Token, que significa token no fundible, es decir, aquellos tokens que se relacionan como un valor en el mundo real único, que no tiene un valor genérico sino específico. Los tokens son unidades de valor que se asignan a un modelo de negocio, como, por ejemplo, puede ser el de las criptomonedas. Y es que los NFT tienen una relación estrecha con las criptomonedas, por lo menos, tecnológicamente, aunque son opuestos, ya que un Bitcoin es un bien fungible, y un NFT es un bien no fungible, pero, en esencia, como son como las dos caras de una moneda tecnológica. En cuanto a sus características son únicos, interoperables, indivisibles, indestructibles, el titular puede poseer su propiedad absoluta y son perfectamente verificables”.

¹⁶³ MERCADER UGUINA, con cita de LÓPEZ, Á. CARRASCO PEREA: ofrece la definición de “un mundo virtual 3D, una infraestructura canalizada a través de una red inteligente que mediante un sistema de inteligencia artificial recapta y genera datos en tiempo real de cada usuario conectado”. Y añade que se trata de “un mundo virtual integrado por muchas tecnologías diferentes, como AR [realidad aumentada] y VR [realidad virtual], blockchain, 5G, la computación en el borde y otras tecnologías. El concepto fue acuñado en 1992 por el escritor estadounidense Neal Stephenson en la novela *Snow Crash* y se refiere a un entorno donde los humanos interactúan social y económicamente como avatares un ciberespacio”. Utiliza en este punto que cuando se interrelacionen la gestión humana y la gestión autónoma de avatares como robots, nos enfrentaremos a conceptos como el de “metaempresa” (MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, op. cit., pág. 47; ÁLVAREZ LÓPEZ, Carlos, CARRASCO PEREA, Ángel: “¿Qué es un metaverso?”, Disponible on-line: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/02/Metaverso.pdf>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2022).

tecnologías no pueden operar de manera efectiva o eficiente. Constituyen la columna vertebral de los operadores digitales¹⁶⁴. Por tanto, parece que podríamos concluir que cuando se está ante una actividad esencialmente tecnológica-inmaterial en la que los datos son elemento esencial, deberían tenerse en cuenta dentro de la categoría de los “elementos inmateriales y su valor” en el conjunto de criterios para determinar si se transmite o no una empresa que emplean el TJUE y la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y a los que nos referimos en el capítulo 3.

Parece indiscutible que la idea de la existencia creciente de actividades esencialmente basadas en la inmaterialidad va surgiendo cada vez con más claridad y ello ha cristalizado, incluso, en la producción legislativa reciente. Debe citarse, por ejemplo, la exposición de motivos de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (conocida como Ley de *start-ups*). Esta Ley parte de la premisa de que estamos en una “*economía cada vez más globalizada e interdependiente y con un peso creciente de las empresas de base tecnológica*”. Se cita, por ejemplo, el concepto de “empresa digital” y se alude a la intangibilidad como activo cada vez más preponderante, así como al conocimiento como posibles activos esenciales —economía basada en el conocimiento—. Por tanto, y como se estudiará con detalle en el capítulo 3, la existencia de empresas basadas en tecnología inmaterial se reconoce por el propio legislador. En el siglo XXI, la desmaterialización de la entidad objeto de transmisión es un hecho y nos encontramos cada vez más lejos del concepto productivo e industrial de la empresa como objeto de transmisión que se ha tratado al principio de este capítulo. Resulta procedente plantearse si los algoritmos, las plataformas y los elementos inmateriales emergentes, como la asombrosa potencialidad que está revelando la inteligencia artificial en los últimos tiempos (piénsese, por ejemplo, en la aplicación Chat GPT) tienen algo en común con las previas fuerzas emergentes que rediseñaron la historia de la humanidad, como el vapor, la electricidad o los microprocesadores, que fueron símbolo de anteriores revoluciones industriales¹⁶⁵.

Ello no significa que la industria de producción de bienes haya desaparecido, por supuesto, pero los datos estadísticos revelan que las empresas basadas en los elementos intangibles y no corpóreos van a ir copando las primeras posiciones en cuanto a valor empresarial en las estadísticas. Si uno realiza una comparativa de las empresas más valiosas del mundo en el año 2000 y el 2018¹⁶⁶, advierte que la hegemonía de las empresas típicamente industriales, de producción de bienes, en los que los elementos tangibles son esenciales (Coca-Cola, GE, Ford, Marlboro) va ir dando paso a otro perfil de empresa centrado en la inmaterialidad (Apple, Google, Amazon, Facebook, etc.).

¹⁶⁴ ALOISI, Antonio and DE STEFANO, Valerio: *Your boss is an algorithm. Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Hart Publishing, Oxford, 2022, pág. 29.

¹⁶⁵ *Idem*, pág. 28.

¹⁶⁶ MERCADER UGUINA, Jesús: “Nuevos problemas en materia de sucesión de empresa”, *Congreso graduados sociales*, Madrid, 24 de noviembre de 2020.

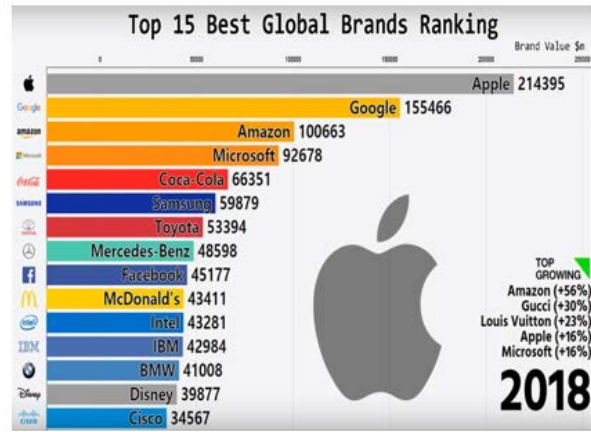
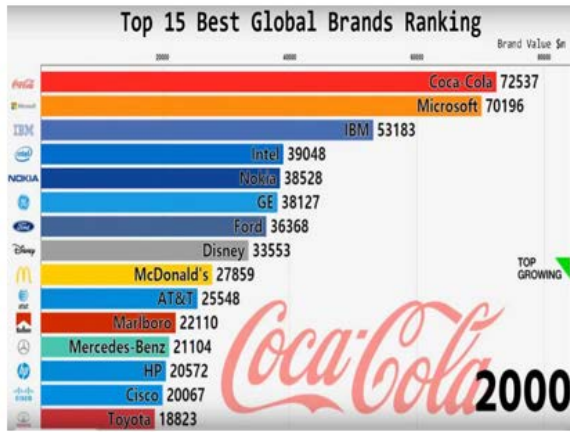


Fig. 1 comparativa de las 15 empresas de mayor valor en los años 2000-2018.

La tendencia sigue en esa dirección y las empresas tecnológicas y con un componente esencialmente tecnológico e intangible siguen afianzando su hegemonía en los directorios de 2022, según Global 500¹⁶⁷. Entre las 25 primeras destacan Apple, Amazon, Google, Facebook, Huawei, Tik Tok, etc.

¹⁶⁷ Datos obtenido de Brand Finance, the Brandirectory. Global 500 2022 Ranking. Fecha de consulta: 29 de agosto de 2022: <https://brandirectory.com/rankings/global/table>.

2022	2021	Logo	Name	Country	2022	2021	2022	2021
1 =	1		Apple		\$355,080M	\$263,375M	AAA	AAA
2 =	2		Amazon		\$350,273M	\$254,188M	AAA+	AAA+
3 =	3		Google		\$263,425M	\$191,215M	AAA+	AAA
4 =	4		Microsoft		\$184,245M	\$140,435M	AAA	AAA
5 ^	6		Walmart		\$111,918M	\$93,185M	AAA-	AA+
6 v	5		Samsung Group		\$107,284M	\$102,623M	AAA-	AAA-
7 =	7		Facebook		\$101,201M	\$81,476M	AA+	AA+
8 =	8		ICBC		\$75,119M	\$72,788M	AAA+	AAA
9 ^	15		Huawei		\$71,233M	\$55,396M	AAA-	AAA
10 v	9		Verizon		\$69,639M	\$68,890M	AAA-	AAA
11 =	11		China Construction Bank		\$65,546M	\$59,649M	AAA	AAA
12 =	12		Toyota		\$64,283M	\$59,479M	AAA	AAA
13 v	10		WeChat		\$62,303M	\$67,902M	AAA+	AAA+
14 ^	19		Agricultural Bank Of China		\$62,031M	\$53,134M	AAA	AAA-
15 v	13		Mercedes-Benz		\$60,760M	\$58,225M	AAA-	AAA-
16 =	16		State Grid		\$60,175M	\$55,203M	AAA	AAA-
17 ^	23		Deutsche Telekom		\$60,169M	\$51,107M	AAA-	AA+
18			TikTok/Douyin		\$58,980M		AA+	
19 ^	22		Disney		\$57,059M	\$51,244M	AAA+	AAA+
20 =	20		Home Depot		\$56,312M	\$52,917M	AAA-	AAA
21 v	17		Ping An		\$54,354M	\$54,579M	AAA-	AAA-
22 v	18		Taobao		\$53,762M	\$53,335M	AAA-	AAA
23 ^	28		Shell		\$49,925M	\$42,156M	AAA-	AAA
24 ^	25		Bank of China		\$49,553M	\$48,689M	AAA	AAA
25 v	24		Tmall		\$49,182M	\$49,179M	AA+	AAA

Fig. 2 Ranking de las 25 empresas de mayor en el año 2022 valor según Global 500

De lo anterior puede concluirse que se afianza un concepto de empresa en el que la inmaterialidad está aportando el mayor valor a las empresas y se está convirtiendo en viga maestra de la empresa como objeto de transmisión. Como se ha anticipado, un ejemplo de esta realidad en la que la inmaterialidad irrumpe con un poder decisivo lo podemos comprobar en el sector de las agencias de viajes, en el que la jurisdicción social ha concluido que se trata de una actividad que descansa de manera esencial en la tecnología y los elementos inmateriales, al resultar decisivo para la actividad tanto las licencias para emitir billetes de la IATA y RENFE y el *software* (AMADEUS) como en los sistemas (FRONT) y el crédito de los proveedores del producto que ofrecen. Sobre esta cuestión, ya tratada con anterioridad¹⁶⁸, se

¹⁶⁸ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: "Digitalización y sucesión de empresa", *op. cit.*, pág. 131. MARTÍNEZ SALDAÑA, David: "Experiencias prácticas en materia de sucesión de empresas. Sector de agencias de viajes", en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, *op. cit.*, pág. 204 y ss.

reflexionará con mayor profundidad en el capítulo 3, en el que se estudia en qué medida está valorando la jurisprudencia el elemento intangible para determinar si se ha transmitido un verdadero negocio.

Hay que estar alerta ante los cambios de fisonomía y contornos que producen las nuevas tecnologías en lo que debe entenderse por una empresa como objeto a transmitir. Como ejemplo práctico, en cierta ocasión me plantearon si la transmisión de una marca constituía una sucesión de empresa laboral. Con buen criterio la consulta recibida asumía que la respuesta debía ser negativa, pues la marca era un mero “elemento patrimonial aislado” que requería de la aportación de los elementos que permitieran el funcionamiento del negocio por parte del cesionario, lo que cuadraba con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹⁶⁹. Sin embargo, conociendo que se trataba de una consulta relativa al sector de agencias de viajes, caí en la cuenta de que esa marca podía ser en realidad una agencia de viajes *online* también conocida como *on-line travel agency* (OTA).

La doctrina¹⁷⁰ ha advertido también sobre este proceso de cambio en el modelo de negocio que se produce el fenómeno de que “*las empresas líderes no tengan apenas trabajadores*”, sobre todo si se compara con los empleados que tenían las empresas líderes en épocas anteriores y cita el siguiente ejemplo: si se compara el número de trabajadores de Facebook (con 17.000 en todo el mundo, según internet) con las empresas que han sido líderes en el pasado inmediato (Microsoft, con 93.000) o en el más lejano (Ford, 201.000).

Igualmente, como ocurrió en la evolución hacia la empresa en red, la relevancia de las nuevas tecnologías estimula también el auge de la subcontratación, proceso que es preciso continuar siguiendo de cerca en la medida en que se encuentra muy relacionado con la transmisión de empresas¹⁷¹. “*Las nuevas TIC posibilitan en este sentido que el recurso a la descentralización productiva pueda llegar al infinito. Las mejoras en informática y conectividad permiten, en efecto, que los procesos productivos se desintegren en parcelas microscópicas y se encarguen en el exterior de la organización*”. Esto hace posible externalizar cualquier función y, además, evitar límites de carácter espacial que en los modelos tradicionales de subcontratación requerían proximidad (como la industria de apoyo a la automoción). Por eso, se concluye que “*A la postre, determinadas estructuras base del derecho del trabajo, entre ellos, el concepto de la empresa, la regulación de las relaciones triangulares y en concreto de la subcontratación desaparecen o resultan inservibles en su regulación*”¹⁷².

Desde luego, el concepto de empresa como objeto transmisivo requiere de una relectura, como se defiende en este trabajo. Y la requiere de manera clara para determinar cuándo se ha transmitido, porque su evolución —de la que se ha dado cuenta en este capítulo— así la exige. Impone redefinirlo, volver a visitar sus contornos para poder dar una respuesta precisa a cuándo se ha transmitido y cuándo se activa la maquinaria de protección de los derechos de los trabajadores que prevé el régimen de la sucesión de empresa.

¹⁶⁹ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 (RJ 2003, 6113), 8 de junio de 2016 (recurso 224/2015) y de 14 de abril de 2016 (recurso 35/2015), entre otras.

¹⁷⁰ GOERLICH PESET, José María: “*Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un jurista del trabajo*”, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

7. CONCLUSIÓN

Para poder estudiar la sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la Directiva 2001/32 CE, es indispensable considerar su vertiente como objeto de transmisión y desde una perspectiva histórica que ayude a comprender cómo las modulaciones económicas de la figura, han afectado a su concepción en el plano jurídico. Conocer esta trayectoria ayuda enormemente a comprender mejor los criterios que emplea la doctrina judicial europea y española, hoy en día, para decidir si se ha transmitido o no un negocio y si, por tanto, se activa el mecanismo sucesorio y sus consecuencias, señaladamente, la asunción de los empleados adscritos a ese negocio.

Muchas han sido las distintas evoluciones que ha experimentado el concepto empresarial y, en buena medida, han ido dejando rastro tanto en los textos legales como en los criterios jurisprudenciales, como en el propio léxico empleado para referirnos a la figura (inicialmente *industria*, posteriormente, *empresa*).

Así, podríamos destacar una primera etapa en la que el concepto empresarial tiene como elemento central los activos intangibles. Desde el nacimiento del derecho del trabajo en la revolución industrial, el concepto de empresa está eminentemente formado por la maquinaria, las naves, la fábrica, la industria. Su cometido es la producción de bienes en un contexto fabril. Bajo esa concepción tan apegada a los elementos tangibles, los primeros textos legales de Centroeuropa nos hablan de “reglamentos fabriles”. En España, desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, se hará referencia a la transmisión de la *industria* y este concepto predominará en la normativa hasta prácticamente la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980. La jurisprudencia se concentrará en la transmisión de los activos tangibles, teniendo que ofrecer, incluso aclaración para diferenciar los conceptos de empresa, industria y fábrica debido a su cercanía conceptual¹⁷³.

La evolución de la empresa industrial experimentará un importante cambio con la introducción de nuevos métodos de producción como son el *fordismo* y el *taylorismo*. Estos aportarán el *know-how* y el método (científico) de organización en la segmentación del trabajo y en la idea de gran empresa para conseguir enormes producciones a escala de productos. Desde la perspectiva de la empresa como objeto de transmisión, es relevante la inclusión del método de producción, que forma parte indiscutible del concepto de empresa a transmitir. No obstante, no predomina como activo esencial que permita la realización de la actividad empresarial y la producción de bienes, por sí sola. Por tanto, la centralidad de la empresa como objeto transmisible sigue manteniéndola el activo tangible, la fábrica, la maquinaria, la cadena de montaje, con base en esos nuevos métodos de organización empresarial.

En sí, podría decirse que esos métodos de organización son un activo intangible relevante. No significa en modo alguno que no existan activos intangibles en ese momento. Los hay; la marca, la clientela, la “buena fama”, los procesos de producción, pero no tienen todavía la entidad suficiente para poder constituir, de manera aislada y por sí mismos, una empresa a efectos transmisivos. Máxime cuando se está inmerso en un patrón industrial. Pero conviene destacar que incluso en momentos tan tempranos, se tienen en consideración junto con los tangibles, en el necesario análisis del “conjunto de elementos” cuyo germen ya empieza a aparecer en una época en la que la fábrica y la máquina lo son prácticamente todo.

Más evolucionado será el escenario a medida en que se avance hacia la sociedad posindustrial. La crisis de los sistemas *fordista* y *taylorista* propiciará nuevas mutaciones de la empresa como objeto

¹⁷³ Sentencia de la Sala de lo Civil de 4 de febrero de 1953.

transmisible. Así, diversos factores como la tercerización de la actividad, el cambio de enfoque de una empresa productora a una empresa prestadora de servicios, necesitada de menos y distintos activos materiales, afectarán a la figura. También la transición de la segmentación y especialización del trabajo propia del *taylorismo* a la externalización de actividades a terceras empresas (primero de actividades no esenciales pero, posteriormente, de partes del proceso productivo esencial) propiciarán la aparición de nuevas estructuras empresariales y de las empresas en red. El propio proceso de creación de esas redes empresariales entrañará, en ocasiones, la existencia de transmisión de empresa. Pero la subcontratación, que es otro fenómeno asociado a las redes empresariales, también provocará que puedan producirse sucesiones de empresa al cambiar la adjudicación de la prestación de determinados servicios, o también a la necesidad de subrogar por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo.

En todo este cambio de paradigma, se produce también un cambio en el concepto legal de empresa a efectos de transmisión. Podríamos convenir en que se trata de una segunda etapa que se inicia desde la Ley de Relaciones Laborales de 1977, momento en que ya no se empleará el término *industria*, sino el más amplio concepto de *empresa*, con una carga semántica menos dependiente del elemento fabril. Más allá de esa significativa huella, lo verdaderamente relevante es el cambio que va a empezar a experimentar la jurisprudencia al considerar la empresa como un concepto más amplio y ensanchado en el que debe valorarse un conjunto de elementos y verificar cuál es la actividad de la que se trata, porque ello dará un distinto peso específico a cada uno de esos elementos y, la transmisión de ese elemento relevante podrá determinar que se ha transmitido un negocio. Ya se ha dicho que la consideración de los distintos elementos que configuran la empresa había aparecido anteriormente, pero será determinante a partir de este momento. Así, claramente ocurre con la revolución que supone la doctrina de la sucesión en la plantilla que estableció el TJUE en la doctrina *Süzen* en 1997¹⁷⁴ y que consideró que el factor humano era la esencia de la empresa, de modo que su transmisión provocaba la activación de la normativa sucesoria. En la sociedad posindustrial y prestadora de servicios, un grupo de empleados relevante en término de número y competencias, podría ser considerado como un negocio a efectos de transmisión.

Estamos ahora en el siguiente paso de la evolución. La empresa en la sociedad posindustrial se ha tornado *ingrÁvida* y puede actuar sin necesidad de elementos tangibles relevantes. La legislación reconoce la existencia de empresas de base tecnológica inmaterial (como la Ley 28/2022). La doctrina judicial se va adaptando a estos nuevos cambios. Surgen pronunciamientos judiciales en los que la inmaterialidad puede resultar la viga maestra de la empresa. Algunos pronunciamientos del TJUE muestran que una empresa puede resumirse en el activo intangible de la clientela y que, su transmisión, conlleve la transmisión de una empresa a efectos sucesorios, porque el resto de la actividad de gestión de carteras no conlleve la involucración de otro tipo de activos que sean esenciales y no accesorios (como ocurre en la doctrina *Dodic*¹⁷⁵). Otros precedentes judiciales han mostrado que determinadas actividades, como la de agencias de viajes, descansan esencialmente en los elementos intangibles; las licencias, el software, el producto y el crédito de los proveedores, luego su falta de transmisión pese a haberse recibido locales, mobiliario y algunos trabajadores, enerva la existencia de una transmisión de negocio empresarial que pueda activar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, *Süzen* (TJCE 1997, 45).

¹⁷⁵ TJUE de 8 de mayo de 2019, C-194/18, asunto *Dodic*.

Estamos en los albores de la cuarta revolución industrial en la que una explosión de nuevos elementos intangibles de enorme relevancia están volviendo a delimitar y redefinir los contornos de lo que debe entenderse por una empresa transmisible. Los datos, los algoritmos, las apps, la inteligencia artificial, la intangibilidad en general está viviendo un momento álgido en el que el objeto de la empresa es más prestador de servicios que nunca. Los activos intangibles son lo que imperan en un nuevo modelo en el que, en lugar de comprar un cd, un vinilo o una cinta de vídeo VHS, se recibe el servicio de escuchar una canción o ver una serie o una película en una plataforma, por lo que la materialidad puede estar de más. Las puestos de mayor valor en los rankings empresariales mundiales se van copando paulatinamente por empresas tecnológicas cuya actividad requiere de pocos elementos tangibles (e incluso humanos) y de mucha tecnología.

Por todo ello, esta revolución de lo que debe entenderse como una empresa como objeto de transmisión y de sus activos esenciales, requiere también una nueva visión de la sucesión de empresa que a continuación se analiza.

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA

*“Lo que ha de entenderse por empresa sólo podrá saberse con una relativa certeza después y al mismo tiempo que se examine qué debe entenderse por cambio de titularidad”*¹⁷⁶

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA

1.1 LA NECESIDAD HISTÓRICA DE UN RÉGIMEN SUBROGATORIO ANTE LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA-OBJETO CONTINÚA PLENAMENTE VIGENTE

Una vez analizado el concepto de empresa como objeto de transmisión y su evolución, conviene introducir el concepto jurídico-laboral de sucesión o transmisión de empresa. Ambos están estrechamente unidos: el concepto de la empresa como objeto transmisivo y el concepto de cambio de titular empresarial. Resumía esta idea con claridad ALBIOL MONTESINOS¹⁷⁷, quien sostenía que a *“los efectos laborales regulados en el artículo 44 ET se vinculan a la realización en el mundo jurídico de un determinado supuesto de hecho: el cambio en la titularidad de la empresa”*, y que la temática central *“gira en torno a dos núcleos de cuestiones”*¹⁷⁸: por un lado, lo que hay que entender bajo la expresión legal de *empresa* y, por otro, lo que hay que entender por *cambio de titularidad de la misma*. Ambas cuestiones están interrelacionadas, de modo que lo que hay que entender por empresa *“sólo podrá saberse con una relativa certeza después y al mismo tiempo que se examine qué debe entenderse por cambio de titularidad”*¹⁷⁹.

Se ha dicho que al considerar a la empresa como objeto de transmisión es precisamente cuando se pone de manifiesto el concepto de sucesión de empresa, pues, como también enseñaba ALBIOL MONTESINOS¹⁸⁰, *“considerar a la empresa como objeto de negocios jurídicos consistirá en que el cesionario sustituirá al cedente en su posición de titular por negocio jurídico suficiente que permita continuar desarrollando la actividad de gestión que ejercía el cedente”*.

En efecto, la dimensión transmisiva de la empresa-objeto es el enfoque que permite entender mejor por qué es necesaria esta figura. Dado que se transmite la empresa, el negocio o la industria de un cedente a un cesionario, el ordenamiento busca no dejar desprotegidos ni desamparados a los trabajadores empleados en ella.

Como se ha apuntado en el anterior capítulo, la sucesión de empresa apareció inicialmente en el ordenamiento —artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931— como una *causa de no extinción del contrato de trabajo* porque la relación laboral *“sólo puede ser destruida por las causas previstas en*

¹⁷⁶ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 9.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Idem*, pág. 13.

la ley”¹⁸¹, de modo que, *a sensu contrario*, razonaba la doctrina que cualquier fenómeno de hecho que pudiera surgir, interrumpiendo el desarrollo normal de la relación de trabajo, no puede producir su terminación. El legislador quiso referirse a determinados supuestos que, por sus especiales características, podrían albergar cierta duda por el hecho de ceder, traspasar o vender la industria del empresario y que algún sector de la doctrina incluyó dentro de las denominadas “*causas conturbadoras del desarrollo normal de la relación laboral*”¹⁸², junto a “*la incapacidad temporal para el trabajo derivada de accidente o enfermedad, la ausencia motivada por el servicio militar o de cargos públicos o la ausencia de la obrera, fundada en el descanso legal con motivo del alumbramiento*”¹⁸³. Con la exclusión del concepto de transmisión de industria de entre las causas de extinción de la relación laboral, lo que se buscaba era que existiera una continuación de ese contrato de trabajo, que no se extinguiera cuando se transmitía la industria. Que, en la medida en que era traspasada, también la acompañaran los contratos de trabajo del personal que prestaba servicios en ella. Así lo establecía el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 al prever que, en casos de cesión, traspaso o venta de la industria, “*no terminará el contrato de trabajo a no ser que en éste se hubiese pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior*”.

Esta es la necesidad que trataba de cubrir el precepto. Como el legislador tenía presente que las empresas son objeto del tráfico jurídico y que son traspasadas (la empresa objeto de transmisión y objeto de negocio jurídico a la que se refiere ALBIOL MONTESINOS¹⁸⁴), se busca no dejar desamparados a los trabajadores y que continuaran sus contratos pese a la transmisión empresarial. A este objetivo básico de la norma (que en posteriores redacciones impondrá la obligación de subrogación sin posibilidad de pacto en contrario que inicialmente establece el artículo 79 LCT), se le sumarán, más adelante, otras consecuencias jurídicas adicionales, como la transmisión de las deudas laborales y de seguridad social al adquirente y la observancia de determinados derechos de información y consulta, como se expondrá detalladamente a continuación.

Se ha dicho que en nuestro derecho “*se reconoce la aptitud de la empresa para ser objeto del tráfico jurídico*”¹⁸⁵, que enseñaba ALONSO OLEA que la continuidad del contrato de trabajo es un equivalente a “*la conservación del negocio (dada su extremada vitalidad)*” y que “*las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que las integran*”¹⁸⁶. Insistía también¹⁸⁷ en que “*la empresa se crea para durar indefinidamente y ha de ser inmune a los cambios subjetivos de las personas que agrupa, incluida la del empresario; ciertamente el cambio de un trabajador destruye el correspondiente contrato de trabajo; pero si se predicara lo mismo del cambio del empresario se destruiría el marco o ámbito del conjunto de contratos de trabajo en que la*

¹⁸¹ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, op. cit., págs. 11 y 14.

¹⁸² *Idem*, pág. 242

¹⁸³ *Idem*, pág. 241

¹⁸⁴ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 13, incidía en la idea de que “*considerar a la empresa como objeto de negocios jurídicos consistirá en que el cesionario sustituirá al cedente en su posición de titular por negocio jurídico suficiente que le permita continuar desarrollando la actividad de gestión que ejercía el cedente*”.

¹⁸⁵ SANZ HOYOS, Tomás: “Continuidad del contrato de trabajo. Cesión de trabajadores”, op. cit., págs. 179, 181 y 182.

¹⁸⁶ *Idem*, pág. 182.

¹⁸⁷ ALONSO OLEA, Manuel: *Derecho del trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 9.ª edición, 1985, pág. 312.

empresa consiste, y con él la empresa misma; por otro lado, la solución contraria en los casos de transmisión voluntaria de la empresa, equivaldría a conceder al empresario indirectamente un derecho de resolución unilateral sin causa de los contratos de trabajo”.

En estos supuestos de cambio de titular empresarial, se produce una novación subjetiva de la persona que es a la vez acreedor y deudor respecto, normalmente, de varias relaciones jurídicas. Por consiguiente, esa novación subjetiva del empleador afecta también a los contratos de trabajo, produciéndose un cambio de empleador porque se sustituye al empleador cedente por el empleador cesionario, como consecuencia del traspaso de esa industria, empresa o negocio en funcionamiento.

Así pues, argumentaba la doctrina¹⁸⁸ que tiene sentido y es “*lógico independizar, totalmente el interés económico del empresario, que puede, en un momento, disponer de una industria adquiriéndola o cediéndola, del concepto impoluto y fecundo que el trabajo merece como participación del hombre en la producción con independencia de cualquier que pueda ser el titular de la empresa donde presta sus servicios*”.

De lo que se trataba entonces y de lo que se trata ahora es de independizar a los trabajadores de “*los vaivenes de que es objeto el patrimonio industrial sujeto a la contratación privada, haciendo desaparecer la incertidumbre, angustia y zozobra que todo trabajador habría de tener, al saber que sus relaciones de trabajo estaban pendientes de tales transacciones*”¹⁸⁹.

Resulta curioso comprobar cómo esa afirmación, que podemos extraer de un manual de extinción del contrato de trabajo del año 1945, en un momento en que imperaba el concepto de *industria* como objeto de transmisión, basado en los activos intangibles, maquinaria y fábricas de producción (como se ha expuesto con detalle en el capítulo anterior), es perfectamente vigente en el siglo XXI cuando se transmite una empresa basada en la inmaterialidad, en los intangibles, los algoritmos, las aplicaciones o la clientela. La preocupación de la plantilla ante tales cambios es común denominador de ambas situaciones, a las que separan casi un siglo.

Desde luego, es evidente que, en ese tiempo, la empresa objeto de transmisión ha experimentado sustanciales cambios, como se ha expuesto. Pero, tanto cuando se transmitía a principios del siglo XX una industria manufacturera y productiva como en la transmisión de una empresa *start-up* en pleno siglo XXI, cien años después, la vigencia de la razón de ser que motiva la necesidad de la institución de la sucesión de empresa sigue siendo la misma. Porque la misma “*zozobra y angustia*” tenían aquellos obreros entonces y tienen las personas trabajadoras hoy en día: la de que el cambio del titular de la empresa en que trabajan no afecte a sus relaciones de trabajo, que no se extingan sus contratos pese a esa transmisión empresarial, que continúen, que se conserven sus condiciones de empleo inalteradas. Esa es la necesidad, ayer y hoy, de la normativa sucesoria que aquí se analiza y ese es el origen del interés que tutela.

No obstante, resultaría precipitada e incompleta la conclusión de que ese es el único fin de la sucesión de empresa. Asegurar la continuidad de los contratos de trabajo y su unión indisoluble con el negocio

¹⁸⁸ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, op. cit., pág. 243.

¹⁸⁹ *Ibidem*. Aunque asegurar la continuidad de los contratos de trabajo y su unión indisoluble con el negocio que se transmite no es el único objetivo de la sucesión de empresa, como se expondrá con mayor detalle en los apartados posteriores (véase, por ejemplo apartado 2.1, nota al pie 34).

que se transmite es, posiblemente, su principal objetivo. Pero tiene muchos otros. Por una parte, es una norma antifraude, que pretende evitar que con las transmisiones de empresas, cierres y apertura y constitución de nuevas sociedades, queden atrás y desatendidas las obligaciones laborales y de seguridad social (para lo que se impone la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionaria que establece el artículo 44.3 ET). Por supuesto, también pretende que las condiciones de trabajo continúen inalteradas tras la sucesión (pues obliga a la continuidad en las relaciones laborales, en los mismos términos) o, al menos, que no sea la transmisión la razón para modificarlas. Es posible acometer tales cambios, pero por causas económicas, técnicas, productivas y organizativas exógenas a la transmisión. En ese contexto, la sucesión de empresa también pretende la continuidad de contratos y que los despidos no impidan esa persistencia de las relaciones laborales salvo, de nuevo, situaciones no fraudulentas y acometidas por causas exógenas.

Adicionalmente, establece regímenes transitorios de continuidad, tratando de dotar de certeza al tráfico jurídico empresarial (dando cobertura, también a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española). En ese marco, quiere también la sucesión de empresa conseguir la continuidad temporal en la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente, o en el mandato de los representantes de los trabajadores cuando se mantiene la unidad electoral —pues se pretende asimismo que no pierdan su poder de representación y las compraventas de empresas no sirvan para disolver su derecho a la negociación colectiva que reestablece el equilibrio de fuerzas entre empresarios y trabajadores—.

Conviene también citar el objetivo de conseguir la información y consulta a los representantes de los trabajadores y, en su defecto, a los propios trabajadores. Y ello para velar, precisamente, por la continuación de contratos y condiciones en los mismos términos, asegurando que los representantes de los trabajadores cuenten con los datos precisos para realizar su cometido de control y supervisión de la continuidad de los derechos en casos de traspasos empresariales. Estas cuestiones, que se analizarán señaladamente en el capítulo 5, requieren de diversas propuestas de mejora, tanto en sede de negociación colectiva como en modificaciones legislativas, porque la evolución del concepto empresarial las demanda en cuestiones que clásicamente han sido controvertidas, como es la compleja tarea de delimitar qué empleados estaban adscritos y sujetos al negocio que se transmite y que, por tanto, eran objeto de cobertura. Esta cuestión conformaba un problema clásico en actividades empresariales tangibles (no se sabía con exactitud si un empleado que trabaja en distintas líneas de producción debe ser subrogado cuando se vende una de ellas).

El problema incrementa su dificultad y su presencia cuando el empleado está adscrito a algo intangible y etéreo, por lo que la necesidad de solución y la evitación de abusos es más acuciante que nunca y se tratará con detalle en el capítulo 5, habida cuenta de que ese es uno de los objetivos de la sucesión de empresa que está peor atendido en la actualidad por la jurisdicción, en nuestra opinión. Y es que, no solo la protección de los trabajadores es crucial, va calando también la idea de que los intereses del cesionario también deben tutelarse como viene insistiendo la jurisprudencia del TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2020, asunto C-344/18, *ISS Facility Services*, que alude a la anterior sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-426/11, *Alemo-Herron*. A ambas alude también la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-675/2021, *Strong Charon*.

1.2 LA CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES QUE RESUELVE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

La doctrina ha apuntado que la “*normativa sucesoria es un «arquetipo» de solución de un conflicto de intereses que se pretende con ella resuelto, pero que ha de adecuarse a una realidad cambiante*”¹⁹⁰. En efecto, como se viene insistiendo, aquello que ha de entenderse por empresa a efectos de transmisión es hoy algo muy distinto de lo que era hace cien años, en esa evolución constante e imparable del concepto de transmisión empresarial. La figura de la sucesión de empresa es de especial complejidad por diversas razones. La necesidad de actualización del concepto empresarial por el transcurso del tiempo y la necesidad de determinar caso por caso si se transmite o no un negocio es una de ellas. También lo son las consecuencias jurídicas que produce la activación del supuesto de hecho. Como se explicará con detalle en el capítulo 5, son de diversa índole tanto la subrogación de los empleados adscritos a ese negocio que se traspaasa (con las enormes dificultades de deslindar quiénes son estos) como la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social, la interina aplicación del convenio colectivo aplicable a la unidad productiva o el interino mantenimiento de sus representantes de los trabajadores, por solo citar algunos de ellos. Pero también la propia dialéctica de intereses confrontados que encierra la figura hace que sea extremadamente compleja la resolución de los casos, pues, tras ellos, late la confrontación de dos intereses socioeconómicos contrapuestos, como son la conservación de la empresa y la movilidad del capital y los empleados (que interesa a la parte empresarial) y el principio de estabilidad e inmovilidad en el empleo (que interesa a la parte social)¹⁹¹. El juez tiene que sopesar en favor de cuál de los dos intereses va a fallar, y esa cuestión de fondo se encuentra siempre muy presente en la práctica judicial, en la que hay que decidir si se subroga a los empleados al existir una sucesión de empresa o si no procede tal conclusión.

La sucesión de empresa es, además, una de las grandes categorías del derecho del trabajo y, posiblemente por las razones anteriores, tiene una enorme *vis atractiva* de litigios de todo tipo. La doctrina coincide en apuntar que “*no es ninguna exageración decir que la transmisión de empresa figura entre las materias laborales más proclives al ejercicio de acciones ante los jueces y tribunales y, en consecuencia, entre las más litigiosas y las más nutridas de la doctrina judicial*”¹⁹². La doctrina ha resaltado también que esta frecuencia en los litigios que dirimen si existe o no una sucesión de empresa revela lo “*complejo que es alcanzar una doctrina pacífica sobre el asunto*”, lo que termina siendo “*inquietante*”¹⁹³. La consideración también es extensible a la regulación comunitaria de la sucesión de empresa, respecto de la que se ha señalado que la Directiva 2001/23 es la más litigiosa¹⁹⁴.

La sucesión de empresa persigue garantizar la estabilidad en el empleo y la protección de los derechos de los trabajadores cuando una empresa o parte de ella, centro de trabajo o unidad productiva autónoma se transmite o cambia de titular, siendo trasladada de un cedente a un cesionario. Su objeto esencial consiste en anudar el camino que va a tomar esa empresa, parte de empresa, centro de trabajo o unidad

¹⁹⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 37.

¹⁹¹ *Idem*, pág. 38 y ss.

¹⁹² GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 24.

¹⁹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Actualidad Laboral*, nº. 16, 2002, pág. 315 y ss.

¹⁹⁴ BARNARD, Catherine: *EU Employment law*, Oxford University Press, 2012, pág. 584 y ss., ha insistido en que es la Directiva que genera una mayor litigiosidad (“*the most litigated one*”).

productiva autónoma a las relaciones laborales de los empleados. Pretende que el camino que vaya a recorrer la empresa sea seguido también por los trabajadores, que sean arrastrados por la adquirente, cesionaria o continuadora, junto con el negocio transmitido, de modo que sus empleos continúen y se evite disociar el activo transmitido (la empresa, parte de empresa o unidad productiva autónoma —el negocio—) de su “pasivo laboral” (las relaciones laborales de los empleados adscritos a lo que se transmite y las obligaciones laborales y de seguridad social de estos, nacidas con anterioridad a la sucesión y no satisfechas).

No en vano, la figura compagina y da satisfacción a dos intereses contrapuestos. Esto es, por una parte, la libertad empresarial en el sentido de comprar y vender empresas, concurrir a nuevas contrataciones, realizar modificaciones estructurales, etc. —derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE y artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE— y, por otra, el principio de estabilidad en el empleo.

En este sentido, MONEREO PÉREZ¹⁹⁵ ha insistido desde la publicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en 1980 que la razón de ser de la sucesión de empresa revela “(...) *la contraposición de dos intereses que pueden enunciarse en dos principios socio-económicos: el principio de conservación-continuidad de la empresa, y el principio de estabilidad e inamovilidad en el empleo*”, y razonaba que este es “*el resultado de determinaciones estructurales del sistema capitalista. En efecto, existe en las formaciones sociales capitalistas una antinomia constante entre las necesidades de la continuidad conservación de la empresa (necesidades del capital, necesidades del empresario) y las reivindicaciones de los trabajadores referidas a la estabilidad-inamovilidad o auto movilidad en el empleo, entendida esta última como derecho a una movilidad laboral libremente asumida por el trabajador*”. Por tanto, por una parte están las necesidades del capital, la movilidad de la empresa y de la fuerza de trabajo con las mínimas trabas posibles y, por otra, el principio de la estabilidad en el empleo. Al final, “*toda garantía tendente a la permanencia del trabajador en el empleo es una limitación a las facultades empresariales sobre los puestos de trabajo y organización de la empresa*”¹⁹⁶ y, al revés, “*toda medida tendente a flexibilizar el uso y movilidad de la fuerza de trabajo, sirve a la satisfacción del interés económico del empresario y el acrecentamiento de sus poderes de organización en el sistema productivo*”¹⁹⁷.

Este principio de estabilidad en el empleo es la idea esencial que late en el concepto de sucesión de empresa: la no extinción de los contratos del personal adscrito al negocio que se transmite y el colocar al cesionario en la misma posición que el cedente en relación con esas relaciones laborales que recibe, y que ha de subrogar. A este principio se ha referido, por ejemplo, PRASSL¹⁹⁸ como “*principio de retención o mantenimiento de los contratos de trabajo pese al cambio en la persona jurídica de empleador*”. Esta es la pura esencia de la sucesión de empresa y su objeto.

Al final, podría decirse que la “tensión dialéctica” se resuelve equilibrando los intereses en juego, es decir, permitiendo que la empresa sea objeto de transmisión en el marco del principio de libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE); pero, a su vez, imponiendo una serie de garantías (continuidad en las relaciones laborales, que no se extinguen y deben ser subrogadas por el adquirente

¹⁹⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 39.

¹⁹⁶ *Idem*, pág. 42.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ PRASSL, Jeremias: *The concept of employer*, op. cit., pág. 92.

de la empresa, responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social, etc., tal y como impone el artículo 44 del ET).

Así, además de establecer la obligación de continuidad de las relaciones laborales y su arrastre por parte del cesionario, conviene subrayar que la figura prevé en algunos países (como es el caso de España, que cumplió con garantías adicionales la trasposición de la Directiva 2001/23¹⁹⁹) un régimen de responsabilidad solidaria del cesionario respecto de las deudas del cedente (laborales y de seguridad social), de modo que se garantiza que el cesionario responda de las obligaciones laborales y de seguridad social nacidas con anterioridad a la transmisión y no satisfechas (la Directiva 2001/23 solo contempla la obligación de subrogación y da libertad a los Estados miembros para establecer la responsabilidad solidaria, lo que en España acogió el artículo 44.3 del ET²⁰⁰, cumpliendo la transposición de la normativa “con nota”, aunque esto producirá algunos problemas, como la doctrina *Somoza Hermo* a la que se aludirá en el capítulo 3, más adelante). De este modo se establece en España un régimen de garantías más amplio que el previsto en el derecho comunitario.

2. OBJETO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

2.1 PROPÓSITO DE LA NORMA

Como se expondrá en el apartado 3, la sucesión de empresa tiene varias fuentes (con diversos alcances). Además de su previsión legal, como se verá, también puede establecerse en convenios colectivos, pliegos de condiciones (en la actualidad tan solo pueden imponerla los pliegos privados tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público²⁰¹), contratos entre cedente y cesionaria, y leyes específicas.

Puede resumirse que tanto el artículo 44 ET como la Directiva 2001/23 establecen “*dos reglas básicas*”, que son (i) “*el cambio de titularidad no extingue por sí mismo las relaciones laborales*”; y (ii) “*el nuevo empresario se subroga en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior*”²⁰².

¹⁹⁹ Las predecesoras de la actual Directiva 2001/23 CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad a las que se ha hecho referencia en el capítulo 1 fueron (i) la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad; y (ii) la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

²⁰⁰ El artículo 44.3 ET establece que “*Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas*”.

²⁰¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

²⁰² MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 13.ª edición, pág. 599.

Para comprender bien el objeto de esta figura, debe repararse en los objetivos que persigue. La doctrina²⁰³ ha señalado que su objetivo esencial es “*garantizar y preservar la estabilidad en el empleo de los trabajadores (...)*”. Ese objetivo lo impone la ley laboral al emplear un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores, no con la personal del empresario, sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el art. 44 ET, de tal manera que mientras subsista la empresa como tal, el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial (...).”

En realidad, otro de los objetivos que encierra está muy vinculado con el principio de realidad que subyace a la idea empresarial. No solo se trata de los medios que se transmiten como generadores de derechos y obligaciones implican la transmisión del personal a ellos adscrito, sino también de que esos medios transmitidos son un negocio capaz de generar bienes y servicios y, por tanto, de generar riqueza y dinero, de ser explotados económicamente. Este principio material de realidad lo que pretende es que si se transmite aquello que genera actividad económica, beneficios y rentas (el negocio), hay que evitar que los trabajadores que están asignados a ese ente capaz de generar esa riqueza, queden al margen, que permanezcan allí donde no están los medios y actividad económica que genere esas rentas con las que se les paga el salario. Por eso, otro de los objetivos esenciales de la sucesión de empresa se basa en evitar esa disociación o separación en la que el negocio y los activos que lo componen se venden, por una parte, y los trabajadores puedan quedar al margen, desapegados, desamparados de ese negocio. La norma quiere que negocio e industria vayan acompañados de los trabajadores que realizan servicios y prestan trabajo en ella. Este sería el otro objetivo fundamental. Así, donde va la máquina, va el trabajador y juntos generan los ingresos, las ventas. Procede aquí apuntar la idea de que este principio esencial de la sucesión de empresa, de tradicional seguimiento en nuestro ordenamiento, debe acomodarse a las nuevas realidades en las que ya no es solo la máquina, la que debe producir el efecto de arrastrar a los empleados. En la medida en que las nuevas formas de negocio pueden prescindir del elemento tangible y basarse en lo intangible, sean aplicaciones, algoritmos o clientela (por ejemplo, en la doctrina *Dodic*²⁰⁴ que se comenta en el capítulo 3), el principio y objetivo fundamental de que los empleados acompañen al negocio que se transmite, debe persistir y asegurarse, en una interpretación actualizada del mismo (en la medida en que el activo más importante de un negocio puede ser el activo intangible o la clientela). Por tanto, podría decirse que, en efecto, ahora con la doctrina *Dodic*, si lo esencial en la actividad es el cliente, la transmisión del cliente produciría la transmisión del trabajador cuando el cesionario no tenga que aportar elementos esenciales no accesorios para proseguir con la actividad económica.

Ya se ha realizado en el capítulo anterior un recorrido histórico-normativo que pone de manifiesto que esta previsión tiene una “*larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico y es anterior a la incorporación de España a lo que actualmente se denomina Unión Europea*”²⁰⁵. Se comprende bien su razón de ser en la actualidad si se piensa en que la figura pretende establecer una serie de garantías de continuidad

²⁰³ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: “Doctrina judicial en materia de sucesión de empresa y contratos”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (coord.): *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, pág. 428.

²⁰⁴ Sentencia del TJUE de 8 de mayo 2019, C-194/18, asunto *Dodic*.

²⁰⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10.ª edición, 2021, pág. 636.

de los contratos de trabajo ante los cambios de titular empresarial. Por ejemplo, en los procesos de descentralización productiva típicos de la sociedad posindustrial, que se propician al pasar de la segmentación del trabajo en el seno de la empresa a la parcelación de la actividad empresarial repartida en distintas empresas (sean o no del grupo). En este contexto de exteriorización o externalización de partes de la actividad productiva (nuclear o accesoria), la sucesión de empresa también juega un papel relevante ante los cambios de adjudicataria de la prestación de un servicio. Por supuesto, también ante modificaciones estructurales de la empresa, tales como la escisión, la fusión y la segregación, tal y como prevé la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales²⁰⁶, a la que se hará referencia en los capítulos 3 y 5 y que, como se ha expuesto en el primer capítulo, son instrumentos típicos empleados en la creación de redes de empresas, en la línea de la estructuración de la actividad empresarial en segmentos fuera de la empresa, en las empresas en red. Y, por supuesto, ante las transmisiones de empresa *puras y duras*, o de parte de esa empresa, independientemente del medio que se emplee para llevarlo a cabo, sea a través de una compraventa de activos o *asset deal*, la aportación de una rama de actividad, o sin transmitir la propiedad sobre ella, pues es posible que se active el mecanismo subrogatorio en casos de cesión, donación, usufructo, arrendamiento, venta judicial o incluso toma de posesión en precario²⁰⁷.

No en vano, la doctrina ha venido recordando que el artículo 44 ET *“adopta un criterio relativizador de la forma concreta en que se produce el cambio de titularidad y pone el acento en unir a los fenómenos de continuidad, total o parcial, de empresa, el efecto de la continuidad, asimismo, de los contratos de trabajo”*²⁰⁸. En el capítulo 3 se ahondará en la doctrina judicial que ha terminado concluyendo que existe una gran flexibilidad en cuanto al negocio jurídico que ocasione la transmisión de empresa y la falta de necesidad de una transmisión directa entre cedente y cesionaria, adoptándose una interpretación extensiva en este punto, amplitud interpretativa que ya venía apuntando nuestro extinto Tribunal Central de Trabajo. Por ejemplo, en sentencia de 6 de abril de 1983 (Ar. 2783) argumentaba que *“la causa determinante de dicho cambio será, de ordinario, negocial, esto es, a través de un negocio jurídico inter vivos entre el anterior y el nuevo empresario aunque no obste la posibilidad mortis causa e incluso, los llamados cambios coactivos o impuestos; a los fines laborales, lo sobresaliente es la continuidad empresarial”*. La doctrina de la época interpretó esta jurisprudencia en el sentido aperturista y de amplitud que triunfará con posterioridad, al considerar que *“al no especificarse la causa parece comprenderse todo acto —jurídico o de hecho— en virtud del cual se traslade el derecho de propiedad o disfrute o goce de la empresa”*²⁰⁹. Como se expondrá más adelante, tanto la jurisprudencia del TJUE como la de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo coincidirán en que no es necesaria la transmisión de la propiedad para que se produzca el cambio de titular empresarial.

Lo que se pretende aquí —el objetivo normativo perseguido por la norma— es proteger los derechos de los trabajadores en esas múltiples mutaciones del empleador que se producen al amparo del derecho constitucional a la libertad de empresa del artículo 38 CE. Como recuerda GARCÍA-PERROTE²¹⁰, con cita de la STS de 14 de febrero de 2011, todas estas operaciones y cambios en la empresa *“tienen su apoyo constitucional en el derecho a la libertad de empresa que consagra el artículo 38 CE, derecho que*

²⁰⁶ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

²⁰⁷ Por ejemplo la toma de posesión sin título y por la vía de los hechos de un inmueble en el que se realiza una actividad económica hotelera.

²⁰⁸ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 67.

²⁰⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 140.

²¹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 663.

tiene sus límites, entre otros, en los concurrentes de los trabajadores y con los que tales decisiones de exteriorización productiva pueden colisionar. Se trata entonces de una decisión empresarial que ha de resultar respetuosa con los derechos de los afectados. Por ello el artículo 44.1 ET afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores, «quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior».

La doctrina²¹¹ ha enseñado también que son diversos los objetivos que persigue la sucesión de empresa, entre ellos, *“(i) pretende, por supuesto, garantizar que las novaciones empresariales no afecten a la continuidad de los contratos de trabajo; (ii) implicar al nuevo titular de la empresa en el cumplimiento de las obligaciones preexistentes (subrogación en la posición deudora); (iii) contar con los representantes de los trabajadores e informar a estos acerca de las variaciones; (iv) clarificar los efectos del cambio de empleador sobre diversas instituciones (órganos representativos [en referencia a la conservación interina de la representación de los trabajadores en la empresa], convenio aplicable [en referencia a la conservación interina del convenio colectivo aplicable a la empresa cedente, salvo pacto en contrario]); (v) trasponer a nuestro ordenamiento las exigencias del Derecho comunitario; y (iv) en general, evitar el fraude a los derechos de los trabajadores y garantizarlos adecuadamente”*²¹².

Al final, podría resumirse que, de lo que se trata, es de lo siguiente: *“Una regla práctica que ayude a comprender la idea latente en la norma es la de que si el negocio jurídico interempresarial no afecta a la actividad de los empleados, tampoco su vinculación laboral ha de verse afectada; si lo transmitido posee enjundia bastante como para arrastrar consigo al trabajador; éste ha de verse protegido”*²¹³. La idea de que las novaciones empresariales no deben afectar a la continuidad de los contratos laborales constituye la pura esencia de esta figura.

En la actualidad, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sigue incidiendo en la misma idea que explica el concepto de sucesión de empresa, y recuerda que *“sobre el alcance del art. 44 ET, esta Sala viene atendiendo a la finalidad que persigue la figura contemplada en dicho precepto, cuyo objetivo esencial es el de favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior”* (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2021).

Por último, aunque la figura tenga su razón de ser por la necesidad de protección de los trabajadores y la continuidad de sus puestos de trabajo ante las transmisiones, no debe olvidarse el debido respeto y consideración a los intereses empresariales a los que el TJUE alude cada vez con mayor insistencia. Así, respecto del cesionario, ya se ha dicho que cuenta con intereses que deben tutelarse como viene insistiendo la jurisprudencia del TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2020, asunto C-344/18, ISS Facility Services, que alude a la anterior sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-426/11, Alemo-Herron. A ambas alude también la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-675/2021, Strong Charon. En concreto, precisaríamos que no debe asumir mayores cargas que las que eran

²¹¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014 (BIB 2014/90), pág. 2.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Idem*, pág. 4.

inherentes al negocio recibido, es decir, tan sólo los trabajadores realmente adscritos (cuestión a la que nos referiremos en el capítulo 5). Por otra parte, y desde la óptica del cedente, deberá considerarse en todo momento que, al perder el negocio, debe también poder transmitir a los empleados adscritos al mismo, sin tener que llevar a cabo sus despidos y abonar sus indemnizaciones, pues la figura se basa precisamente en la continuidad de los contratos que beneficia tanto a empleados como a empresario cedente, cuestión que no debe olvidarse.

Al margen de la idea de continuidad, siempre latente, el concepto de sucesión de empresas es bastante amplio, como se verá en el apartado 3. Es importante ser muy precisos al referirse a la sucesión de empresa, pues no todos los tipos de sucesión desencadenan las mismas consecuencias jurídicas. Sin embargo, todos ellos tienen un común denominador: la obligación de subrogación en los empleados de la empresa cedente por parte de la empresa cesionaria. Conviene tener clara la diferenciación entre la sucesión de empresa (elemento configurador del supuesto de hecho que puede adoptar distintas formas al proceder de distintas fuentes) y la obligación de subrogación (que es una de las consecuencias de la sucesión de empresa, pero no la única, en función de cuál sea la fuente que la ordene).

2.2 SUPUESTOS QUE QUEDAN FUERA DE LA PROTECCIÓN DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA (LA COMPRAVENTA DE ACCIONES)

La evolución del concepto empresarial a la que se viene aludiendo (expuesta con amplitud en el capítulo 1) es relevante desde la perspectiva de la sucesión de empresa porque, al redefinir los contornos del concepto de empresa como objeto de transmisión, provoca la necesidad de replantearse conceptos clásicos del derecho del trabajo. Se ha dicho, en este sentido, que el concepto clásico de empresa está bajo presión y tensionado²¹⁴. Si bien se piensa, el paso a la sociedad de prestación de servicios y la transición de los modelos *tayloristas* y *fordistas* de segmentación del trabajo en la empresa hacia la segmentación y parcelación exteriorizada en terceras empresas, así como la creación de las empresas en red, han tenido una incidencia clara en las estructuras empresariales atomizadas que hoy imperan en el mercado. De este modo, es cierto que, como se ha apuntado, esas operaciones de escisión o aportaciones de ramas de actividad en *newcos* pueden provocar la existencia de una sucesión de empresa clásica del artículo 44 del ET. Pero también es cierto que, en la creación de esos entramados empresariales, se emplean paralelamente estrategias de filialización o de compraventa del accionariado de terceras empresas. Ocurre que, como se expondrá con detalle en el capítulo 3, las compraventas de accionariado no activan el régimen de sucesión legal de empresa. No obstante, aun cuando no se produzca el cambio de titular empresarial, a fin de cuentas los cambios de control de las empresas guardan algunas similitudes (no en vano, pueden ser la vía indirecta de hacerse con el control o de adquirir una empresa, planteando la operación mercantil como una compraventa de acciones en lugar de como una compraventa de activos). La primera no activa el régimen sucesorio del artículo 44 del ET porque no hay un cambio del titular de la empresa —lo que cambia es el control del accionariado, el titular de las acciones—, mientras que la segunda sí lo hace. Algunas disposiciones de nuestro sistema jurídico advierten que, sin que se provoque un cambio de titular empresarial, es cierto que se genera una modificación que puede ser relevante, por ejemplo, para los altos directivos. Así, el artículo 10.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (“RDAD”) otorga al alto directivo —definido en el artículo 1 del RDAD— la posibilidad de extinguir el contrato con derecho a las indemnizaciones pactadas o, en su defecto, con las

²¹⁴ PRASSL, Jeremias: *The concept of employer*, op. cit., pág. 81.

previstas en el RDAD cuando se produzca no solo la sucesión de empresa, sino también el “*cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios*”.

Volviendo a la necesidad de replantearse el concepto de empresa, PRASSL ha insistido en los fenómenos de terciarización y de la configuración de nuevas estructuras empresariales que diluyen el concepto de empresario. Esto ocurre en el caso de las empresas de trabajo temporal, cuya relación triangular difumina el concepto de empresario, pero también en el papel cada día más relevante de la *private equity* y, por tanto, de los cambios de control en el accionariado de las compañías. Esos cambios pueden tener la virtualidad de alterar, *de facto*, el control y la propiedad de la empresa sin que se produzca un cambio de titular empresarial. Así, la concentración de los derechos de voto en un accionista (por ejemplo, de los inversores que por la vía de la *private equity* han tomado el control empresarial) genera un importante poder sobre la dirección, y su peso es palpable sobre el director general, el director de RR. HH. o el director financiero de la compañía (si es que no han sido designados por el propio nuevo accionista). Por tanto, son múltiples los actores o entidades que ejercen la función de empleador²¹⁵. Son este tipo de cuestiones las que ponen de manifiesto que estamos ante un replanteamiento de los conceptos fundamentales del derecho laboral, como ocurre aquí como la empresa como objeto de transmisión, porque, en definitiva, la irrupción del accionariado y su consideración como “empresario de facto” tras el titular empresarial genera esos “*problemas de identificación del empleador*”²¹⁶.

En cualquier caso, PRASSL ha criticado que sea posible excluir del sistema y del concepto de sucesión de empresa, al cambio de control empresarial tan relevante hoy en día con la irrupción de las inversiones de los fondos y *private equity*, simplemente por el hecho de que no se produzca el cambio de titular empresarial. Esto tiene como efecto la “*exclusión del modo más importante de llevar a cabo el cambio de propiedad de una empresa e nuestro sistema jurídico mercantil, que es la toma de control por compraventa de acciones*”²¹⁷.

La situación no parece que vaya a experimentar cambios en el corto plazo, dado que el debate para incluir no solo el *asset deal* o compraventa de activos, sino también el *share deal* o compraventa de acciones como supuesto activador de la normativa sucesoria ha sido descartado en las discusiones a nivel europeo, donde el Informe de la Comisión Europea número 46 ha señalado que la compraventa de acciones “*no constituye sucesión de empresa [emplea el acrónimo inglés, TUPE] porque la personalidad jurídica del empleador continúa inalterada*”, es decir, aunque el cambio de control accionarial puede conllevar cambios en la empresa, la posición legal de los empleados con la empresa, permanece igual.

A esta conclusión, PRASSL opone que “*no todo cambio de la identidad de una empresa requiere un cambio en su personalidad jurídica*”²¹⁸ y que, por tanto, en casos como la transmisión en bloque de acciones, al final sí que se viene a producir un cambio en la identidad de la unidad productiva, por lo que considera que la conclusión es “falaz” y que puede generar “*resultados paradójicos*”²¹⁹.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Idem*, pág. 104.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Idem*, pág. 110.

²¹⁹ *Idem*, pág. 111.

Desde la perspectiva del derecho español, en el momento actual sigue vigente la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que excluye a la compraventa de acciones como figura que genere el cambio de titularidad empresarial²²⁰. No en vano, como ha subrayado la doctrina, a diferencia de la fusión societaria, que implica la extinción de alguna de las sociedades (o podría añadirse la escisión, con la creación de una nueva persona jurídica), la adquisición de la totalidad o la mayoría de las acciones de una sociedad titular de una empresa no supone la extinción de esa sociedad. Por tanto, la “*sociedad cuyas acciones se adquieren no se extingue, sino que se mantiene su propia personalidad de modo que la titularidad de la empresa o sufre alteración alguna*”²²¹.

Esta conclusión también había sido criticada por la doctrina científica en España (DE LA PUEBLA PINILLA)²²² al entender que es una conclusión merecedora de una reconsideración sobre nuevos argumentos. Y ello porque, aunque el argumento de la falta de cambio de titular empresarial sea “*formalmente correcto*”, ocurre que “*en la práctica supone que la persona jurídica actúe como una suerte de barrera que impide captar un verdadero cambio de poder y de titularidad sobre la empresa y que en consecuencia, impide aplicar a estos supuestos la normativa laboral*”²²³. Sobre esta base se ha propuesto que estas situaciones se traten también como transmisiones de empresa y permitan la aplicación del régimen del artículo 44 ET, aunque quizá una manera para cuadrar este círculo —respetando que el cambio de accionariado no constituye un cambio de titular empresarial, pero puede ser merecedor de protección— pudiera venir desde una modificación de la normativa mercantil que pudiera encajar medidas de protecciones similares a las del artículo 44 del ET para este tipo de situaciones de cambios de control relevantes en los accionariados. A este respecto, como se propondrá con mayor detalle en el capítulo 5, entendemos que, habida cuenta de que en los cambios de accionariado total de una empresa, no hay cambio de titular empresarial ni necesidad de subrogación de empleados o de asumir responsabilidad solidaria de las deudas laborales y de seguridad social (porque el empleador es el mismo), bastaría con modificar el régimen de información y consulta de los empleados y sus representantes previstos en el artículo 44.6 a 8 del ET. En verdad, es el único elemento que queda desatendido en la compraventa de acciones y entendemos que no es baladí incrementar la protección en ese punto y reforzar esos derechos de información y consulta. La razón es muy simple: con ello se mejoraría el carácter antifraude de la sucesión de empresa y se evitaría que en caso de producirse despidos o modificaciones sustanciales con objeto de evitar la continuación de los empleos en las mismas condiciones, el sistema pudiera reaccionar, también en casos de compraventa total de acciones de la empresa (y no sólo en caso de compraventas de unidades productivas)²²⁴.

²²⁰ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (RJ 1987, 65), 29 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9245) y 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 4660).

²²¹ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 38.

²²² *Idem*, pág. 39 y ss.

²²³ *Idem*, pág. 40.

²²⁴ Con ello se evitarían situaciones fraudulentas de despidos efectuados para evitar la sucesión de empresa como los que atajó la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los conocidos casos de la compraventa de la gasolinera (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014, RJ 2014, 2769), los consorcios del Servicio Andaluz de Empleo (por todas, sentencia de 3 de febrero de 2015, RJ 2015, 1037) o de la agencia de protección de datos de Madrid (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2014, RJ 2014, 4392).

3. LAS DISTINTAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN

La pretensión de la obligación de subrogación puede encontrar su fundamento en distintas fuentes del derecho laboral. De hecho, como se verá, la acción por la que se pretenda reclamar la obligación de subrogar al empleado se deberá construir obedeciendo a la lógica del sistema de fuentes del derecho (artículo 1.1 CC y artículo 3 ET²²⁵). Por tanto, la causa de pedir se fundamentará en una ley —artículo 44 ET—, en una variante interpretativa de esa disposición legal —la doctrina de la sucesión en la plantilla—, en un convenio colectivo distinto al convenio de empresa (sectorial estatal o de comunidad autónoma o provincial) o en un contrato (en los pliegos de condiciones cuando se trate de una empresa principal que sea sujeto de derecho privado). Así, fundamentándose sobre esas diversas fuentes, podrá tener distintos alcances e intensidades, como se verá.

En el marco de esta lógica, son cuatro, fundamentalmente, las fuentes de la obligación de subrogación: (a) la subrogación por imperativo legal, por aplicación de las “disposiciones legales y reglamentarias del Estado”, también conocida como sucesión de empresas “clásica” del artículo 44 del ET —artículo 3.1.a) ET—; (b) la subrogación legal modulada por la interpretación judicial, que extiende la sucesión legal de empresas a la variante denominada “sucesión de plantillas” cumpliendo su función de “*complementar el ordenamiento jurídico*” —que le otorga el artículo 1.6 CC—; (c) la subrogación producto de la negociación colectiva (es decir, la sucesión convencional u obligación de subrogación prevista en convenio colectivo) —artículo 3.1b) CC—; y (d) en el marco de la lógica contractual, la subrogación ex pliegos (que se habilita por el empresario principal, tan solo pudiéndolo hacer ya el sujeto empresarial privado, pues el público no puede ya imponerla, sino simplemente debe cumplir su obligación de informar sobre si existe “*una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general*” que la establezca, tal y como impone la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público²²⁶ —p. ej., art. 130.1 LCSP—).

Cuando una empresa (cesionaria) sucede a otra empresa (cedente), la obligación de la cesionaria de asumir a los empleados de la cedente puede proceder, esencialmente, de esas cuatro fuentes que se acaban de señalar. Para ilustrar de manera sencilla y clara la situación, piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que se produce un cambio de empresa contratista de los servicios de consultoría informática, de mantenimiento, de limpieza o vigilancia de una empresa especializada en la producción de impresoras 3D. Veamos cómo la obligación de la nueva adjudicataria (empresa entrante) de subrogar a los empleados de la anterior adjudicataria (empresa saliente) adscritos a la ejecución del contrato de prestación de servicios de consultoría informática, mantenimiento, limpieza o vigilancia podría tener, fundamentalmente, las procedencias que se indican a continuación, en función de cómo articulemos el supuesto de hecho en este ejemplo.

²²⁵ No obstante, conviene recordar que “*la estructura del sistema normativo laboral resulta más compleja que el sistema civil de fuentes y que el propio sistema administrativo*” (MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 70).

²²⁶ Su artículo 130.1 establece lo siguiente: “*Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo*”.

Así, en primer lugar, podría argumentarse que se ha producido una sucesión de empresas legal, del artículo 44 del ET, por haberse transmitido una unidad productiva autónoma susceptible de ser explotada económicamente (definida por el 44.2 ET). La acción se fundamentaría aquí en la existencia de una sucesión de empresas “clásica” o sucesión de empresas legal, del artículo 44 ET. Esto ocurriría fácilmente en el supuesto analizado si la anterior adjudicataria le transmitiera a la nueva todos los elementos necesarios para realizar la actividad sin que la cesionaria tuviera que aportar elementos esenciales para realizarla (no importaría si la cesionaria aportase elementos accesorios). Imaginemos que se han transmitido componentes electrónicos y mecánicos necesarios para realizar los trabajos junto con el *software* que emplean los consultores informáticos para realizar la actividad y que estos son los activos esenciales para llevarla a cabo. Ello, unido a la transmisión del cliente, la continuación de la actividad en los mismos términos o la falta de interrupción de la actividad, conduciría a la declaración de una sucesión de empresa del 44 ET, legal o clásica.

En segundo lugar, en aquellos sectores en los que la actividad descansa “*esencialmente en la mano de obra*” (como ocurriría en el ejemplo en los supuestos de limpieza y vigilancia, y puede suceder también en el mantenimiento si no requiere de elementos materiales esenciales), que se haya transmitido una parte cualitativa y cuantitativamente relevante de trabajadores (variante de la sucesión de empresas del 44 ET conocida como la doctrina de la “sucesión de plantillas”²²⁷ y que acarrea exactamente las mismas consecuencias jurídicas que la sucesión de empresas clásica).

En tercer lugar, podría ocurrir que el convenio colectivo aplicable a la nueva y a la anterior adjudicataria prevea la obligación de subrogarse (sucesión *ex convenio colectivo* o sucesión convencional). Esto sucedería de manera clara si, en el supuesto que se pone como ejemplo, se tratara del servicio de limpieza o vigilancia, que esa empresa principal decide cambiar, encomendándolo a otra adjudicataria, como sin duda prevén el convenio de limpieza y de seguridad). Aquí, el nuevo adjudicatario podría verse obligado a efectuar la subrogación por imponerlo los artículos 14 y subsiguientes del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad²²⁸, o el artículo 17 del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales²²⁹.

En cuarto y último lugar, podría ocurrir también que los pliegos emitidos por la empresa productora de impresoras 3D (empresa privada) para la nueva adjudicación de los servicios de consultoría informática, mantenimiento, vigilancia o seguridad impongan a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse (sucesión *ex pliegos*), es decir, que la empresa entrante deberá asumir y subrogar a los empleados adscritos a esas actividades y que realizaban esos servicios en la anterior adjudicataria, lo que tendría sentido que ocurriera en los supuestos en los que el convenio no imponga la subrogación, como es el caso del sector de consultoría²³⁰.

Conviene anticipar que la obligación de subrogarse en los trabajadores (que es uno de los efectos de la sucesión de empresa) se produce en los cuatro supuestos señalados (en todos ellos, la cesionaria debe

²²⁷ Véase lo expuesto en el capítulo 3 acerca de la jurisprudencia del TJUE que forja esta doctrina.

²²⁸ Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022.

²²⁹ Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales.

²³⁰ Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

contratar a los trabajadores adscritos a la unidad productiva autónoma transmitida o al servicio que cambia de adjudicataria, resultando por cierto una tarea muy compleja la identificación de los empleados que se encuentran dentro de ese perímetro, cuestión en la que nos adentraremos con detalle más adelante²³¹). Sin embargo, el alcance de la obligación de subrogación (términos concretos en los que se contrata a esos empleados) puede variar en cada supuesto.

Así, en la sucesión de empresa legal se produce la subrogación *ope legis*, por imperativo de la ley, y los trabajadores no pueden oponerse, en principio. Y ello salvo que puedan (i) impugnar por conflicto colectivo —si disponen de un sujeto colectivo con legitimación activa— o por reconocimiento de derechos —si lo hacen de manera individual— el hecho de que no se produjo la transmisión de una verdadera empresa, sino un encapsulado artificial de empleados y medios —en la línea de la doctrina *Amatori*²³² fijada por el TJUE²³³—; o bien si (ii) pueden demostrar que no estaban adscritos a esa unidad productiva. En la sucesión de empresa legal se produce esa obligación de subrogación de los empleados adscritos, así como el mantenimiento en todos sus derechos y obligaciones, además de la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social (incluyendo compromisos por pensiones) en las obligaciones nacidas antes de la sucesión y no satisfechas (44.3 ET).

En el caso de la subrogación *ex convenio colectivo*, esta se produciría, en un principio y como regla general, con la importante excepción que a continuación se dirá, en los términos y condiciones (limitados) que fija el convenio (por ejemplo, solo afectará a trabajadores que cuenten con cierta antigüedad en la empresa saliente —al menos tres meses de adscripción al servicio— o a un determinado porcentaje de trabajadores, o solo afectará a la obligación de subrogación y no a las deudas salariales de la cedente respecto de sus trabajadores). Además, para que se produzca, se sujetará a ciertos requisitos (formalidades y entrega de documentación entre cedente y cesionaria que el convenio colectivo prevea) cuyo incumplimiento puede conllevar la no aplicación de la subrogación convencional (por todas, se cita la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 818/2020, de fecha 30 de septiembre de 2020, rec. 618/2018 [JUR 2020/294893]²³⁴) que ha razonado que “(...) *la empresa entrante no tiene el deber de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa saliente, cuando esta última ha incumplido de manera relevante con la obligación de facilitarle la documentación atinente a los trabajadores adscritos a la contrata*”. Esta jurisprudencia exige, no obstante, un incumplimiento de la empresa saliente de las obligaciones del convenio colectivo que sea “*efectivo y relevante*” y “*que le resulte imputable por haber desatendido injustificadamente, de manera*

²³¹ En relación con la problemática que suscita la determinación de la adscripción de los empleados a la unidad productiva, véase el capítulo 5. Esta es una de las cuestiones que nos parece más preocupante en el estado actual de la jurisprudencia sobre sucesión de empresa y que requiere de actuaciones precisas que mejoren la protección de trabajadores y empresarios cesionarios, sea en sede de negociación colectiva (objetivo más asequible) o en sede legislativa (que sería la preferida).

²³² Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, *Amatori* y otros. En el capítulo 3 se analiza con detalle la cuestión de la necesidad de preexistencia de la unidad productiva autónoma, de especial relevancia en actividades desmaterializadas y basadas en intangibles, como muestra el propio caso *Amatori* en actividad de *software* de un grupo empresarial perteneciente a Telecom Italia.

²³³ Véase, en relación con el encapsulado artificial de unidades productivas, lo expuesto en el capítulo 3.

²³⁴ En términos similares se habían pronunciado la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2014 (rec. 1054/2013) [RJ 2015/61] o la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de diciembre de 2013 (rec. 2929/2012) [RJ 2014/1229], entre muchas otras.

dolosa o negligente, su obligación de facilitar a la entrante toda la documentación necesaria en tal sentido”.

Si bien esta obligación de cumplir con los requisitos del convenio colectivo para que la empresa cedente pueda argüir la operatividad de la subrogación convencional sigue plenamente vigente, como se expondrá con mayor detalle con posterioridad, la cuestión del alcance limitado de la subrogación convencional ha sido revisada por la jurisprudencia. En efecto, una vez activada la subrogación convencional, su alcance limitado que había sido aceptado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —por todas, STS de 7 de abril de 2016 (JUR 2016, 95806)— ya no es sostenible. Ocurre, en efecto, que se produce en 2018 un importante giro jurisprudencial a la aplicación de esta figura que constituirá una amplísima excepción que deberá visitarse caso por caso. En esencia, el cambio —y su importante matización— es el siguiente: si, como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones de subrogación impuestas por el convenio colectivo (la obligación de asumir determinada parte de la plantilla *ex convenio colectivo*) se activase una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET por la vía de la sucesión en la plantilla (por ejemplo, por tratarse de una actividad basada en la mano de obra de manera esencial y por asumirse una parte cuantitativa y cualitativamente relevante de trabajadores en términos de número y competencias), existirá una sucesión de plantillas como consecuencia de la asunción de la plantilla realizada en cumplimiento del convenio colectivo. Por tanto, como se habrá producido una sucesión en la plantilla, que es una variante de la sucesión legal de empresa, las consecuencias serían las mismas que las previstas en la sucesión de empresa del artículo 44 ET, porque, al cumplir con el convenio el cesionario, se colocaría en el supuesto de sucesión en la plantilla (doctrina *Somoza* establecida en la STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, *Somoza Hermo*²³⁵, y asumida en España por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018, RJ 2018, 4619). La jurisprudencia del TJUE que ha asumido la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dejado bien claro que no es excusa o argumento defensivo aceptable el argüir que se ha contratado a los empleados precisamente al cumplir el convenio colectivo. No nos detenemos ahora en ahondar más en la doctrina *Somoza* y la riqueza de la jurisprudencia posterior a su aparición, sino en su simple planteamiento y referencia que es preciso para entender las distintas vías que dan lugar a una sucesión de empresa, si bien el análisis detallado que requiere esta doctrina se realiza en el capítulo 4 con la dedicación que merece. Basta por ahora tener en cuenta que, por el hecho de cumplir con la subrogación convencional dispuesta por la negociación colectiva, es perfectamente posible que el cesionario active una sucesión de empresa legal por la vía de la sucesión en la plantilla. De hecho, así va a ocurrir en aquellas actividades que descansan esencialmente en la mano de obra (en el ejemplo que se ha planteado en este apartado, claramente ocurriría con las actividades de limpieza y seguridad de la empresa de producción de impresoras 3D).

En todo caso, sí merece la pena resaltar que la transformación del concepto de empresa como objeto de transmisión en la sociedad prestadora de servicios, que puso de manifiesto la importancia de la plantilla en determinadas actividades que no requerían de tangibles relevantes, ha precisado de modulaciones jurisprudenciales relevantes para adaptarse al nuevo concepto de empresa prestadora de servicios. Debe remarcarse aquí que ello no solo implicó la necesidad de adoptar la figura de la sucesión de plantillas (en la STJUE *Süzen* antes citada), sino que la necesidad de adaptación ha golpeado al propio sistema de fuentes de la obligación de subrogación y ha conllevado la modificación de los efectos concretos de la subrogación convencional en determinadas actividades (las que descansan en la mano

²³⁵ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cuando la sucesión convencional activa la sucesión de plantillas: comentario de urgencia a la STJUE de 11 de julio de 2018 —asunto *Somoza*—”, *Legal Today*, 18/07/2018.

de obra) porque la subrogación convencional en las actividades intensivas en mano de obra puede abocar a la sucesión legal de empresa, de modo que “del segundo nivel” (subrogación convencional) se pase al “primer nivel” (sucesión legal de empresa del 44 ET). Por tanto, la nítida distinción que antes existía entre los efectos de la sucesión de empresa legal clásica (que eran los previstos en el 44 ET, a saber, principalmente obligación de subrogación en todos los derechos y obligaciones y responsabilidad solidaria) y la convencional (que era la subrogación en los términos limitados del convenio) ya no está vigente para actividades intensivas en mano de obra. Es interesante comprobar cómo, una vez más, el cambio y mutación de la empresa (en este caso su evolución a la empresa prestadora de servicios en la que la mano de obra es el activo esencial, y no la maquinaria y el tangible) ha requerido un cambio en el régimen jurídico, esta vez implementado por la jurisprudencia, que ha conllevado la alteración del propio sistema de fuentes compartimentado y nítido que producía la sucesión de empresa con distintos alcances.

4. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LOS TRABAJADORES A SER SUBROGADOS?

Es preciso tener en cuenta que la sucesión de empresa legal del 44 ET (y en la sucesión de empresa por la vía de la sucesión en la plantilla, inclusive su variante incorporada por la doctrina *Somoza*) no requieren del consentimiento de los trabajadores afectados para que se produzca su arrastre automático. Por el contrario, la doctrina²³⁶ se ha encargado de aclarar que “(...) *si se exige el consentimiento de los afectados, por tratarse de una novación contractual y en aplicación del artículo 1205 CC, en los supuestos de cesión contractual que no se pueden incardinar en el 44 ET*” —SSTS sobre el *handling*, de 20 de febrero de 2000 y 16 de noviembre de 2005 y que resume la STS de 12 de diciembre de 2007—.

Por tanto, es claro que no se requiere el consentimiento de los trabajadores en la sucesión legal de empresa (incluyendo la sucesión de plantillas) y que sí se exige en la sucesión contractual o por pliegos por aplicación del artículo 1205 del Código Civil, pues “*la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”. La obligación de subrogación *ex pliegos* se producirá, eso sí, de conformidad con lo establecido en los propios pliegos (con el alcance fijado en ellos). Pero, además, en este último caso, como el origen de la obligación no proviene de una norma con eficacia *erga omnes*, sino de un contrato entre la empresa principal y la nueva adjudicataria, el traspaso de los trabajadores a la nueva adjudicataria deberá ser aceptado por estos (de nuevo, porque así lo dispone el artículo 1205 del Código Civil y la conocida jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la externalización del *handling* —se cita, por todas, la STS de 29 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2413]—).

Alguna duda más plantea el caso de la sucesión convencional, en el sentido de si es o no obligatorio el consentimiento de los trabajadores en este supuesto. Probablemente se trate de una disquisición más teórica que práctica, dado que, con la implantación de la doctrina *Somoza*, buena parte de las sucesiones convencionales (al menos las de las actividades intensivas en mano de obra) se transforman en sucesiones de empresa del 44 ET por la vía de la sucesión en la plantilla (de modo que es *ope legis* e imperativa la subrogación, porque, al cumplir el convenio colectivo y encontrarse en una actividad que

²³⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo, op. cit.*, pág. 662.

descanse en mano de obra, estaremos en una sucesión legal que automáticamente desencadena la obligación de subrogación, quiera o no el trabajador).

También cabría sostener, además, que el consentimiento del trabajador no es necesario en el caso de las subrogaciones *puramente* convencionales, porque el convenio colectivo tiene en España “cuerpo de contrato y alma de ley”, de modo que cuentan con eficacia normativa *erga omnes*, como precisa la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (por todas, STS de 8 de junio de 2016), que expuso: “(...) *tal y como recuerda nuestra sentencia de 6 de octubre de 2011 (rec. 138/2010), citando la anterior de 21 de marzo de 2005, es doctrina mantenida como unificada por esta Sala (...) la de distinguir entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (artículo 44 ET y Convenio Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas (...) para llegar a la conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como exige el artículo 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes*”.

Existe margen, no obstante, para cierto debate en este punto, pues la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de abril de 2021 (n.º de recurso 383/2021) ha señalado de manera clara que, en los casos de sucesión convencional, es preciso el consentimiento del empleado y ha entendido que el derecho a ser subrogado *por mor* del convenio es disponible y no obligatorio. En concreto, ha razonado que “(...) *si lo que se pretende es que la empresa demandada por subrogación se haga cargo de todos los trabajadores que se dicen afectados, eso nunca se podría llevar a cabo, entre otras cosas, porque el derecho de los trabajadores a ser subrogados por aplicación de lo dispuesto en una norma convencional es un derecho disponible para los trabajadores que podrían aceptar o rechazar la subrogación (STSJ CAT 06.03.2014, rec. 6213/2013 y las que allí se citan) y por ende, es un derecho individualizable (...) pues para su aplicación deberíamos comprobar (...) si quieren o no pasar a ser subrogados en la demandada*”.

5. DISTINTOS ALCANCES

El alcance de la sucesión de empresa legal (junto con sus distintas variantes, sea la sucesión en la plantilla o la sucesión convencional en la que se entra en la sucesión de plantilla por la doctrina Somoza) es el más amplio de las distintas fuentes de la sucesión de empresa, pues el 44.1 ET señala que el nuevo empresario queda “*subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones*”. Por tanto, los trabajadores son subrogados de modo que la nueva adjudicataria debe respetar todas sus condiciones (antigüedad, salario, grupo profesional, etc.) en los mismos términos que se venían disfrutando en la empresa cedente, sin que el cambio de titular empresarial conlleve alteración alguna en las condiciones de trabajo²³⁷. En cambio, la sucesión *ex pliegos* puede incluir limitaciones al modo en que se produce la subrogación.

²³⁷ En el capítulo 5 se abordarán las excepciones a este principio. En todo caso conviene recordar la posibilidad de implementar modificaciones sustanciales o despidos colectivos por razones distintas de la sucesión de empresa, que ha sido expresamente aceptada por la jurisprudencia (por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014, RJ 2014, 3611).

La subrogación convencional tradicionalmente incluía esas limitaciones (por ejemplo, lo hacía el convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center*, en el que el reconocimiento de antigüedad se produce a “*los únicos efectos de la promoción profesional*”²³⁸ y, por tanto, en este supuesto específico no se tiene en cuenta la antigüedad para calcular una indemnización por despido). No obstante, como se ha comentado, la doctrina *Somoza* ha hecho saltar por los aires estas limitaciones en los casos de subrogación convencional en los que, al cumplir el convenio colectivo, se entra en el supuesto de sucesión en la plantilla al haber contratado a parte cuantitativa y cualitativamente relevante de mano de obra de la anterior y, en consecuencia, se produce una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET con todos sus efectos. Pues bien, como se ha expuesto, en estos casos no importa que esto suceda como consecuencia del cumplimiento de un convenio colectivo.

Además, la sucesión de empresas del artículo 44 ET conlleva responsabilidades adicionales a la obligación de subrogarse en los empleados. En concreto, durante tres años a contar desde la transmisión, la anterior y la nueva adjudicataria serán responsables de manera solidaria respecto de las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión —44.3 ET—, refiriéndose no solo a salarios, sino también a cualquier reclamación laboral anterior a la transmisión, como indemnizaciones por despido pendientes de abono, por ejemplo²³⁹, así como obligaciones de seguridad social —artículos 142.1 y 168 LGSS—²⁴⁰, entendiéndose incluidas las cotizaciones pendientes de abono con sus recargos correspondientes²⁴¹ o prestaciones causadas antes de la sucesión de empresa en relación con los empleados adscritos a la unidad productiva autónoma.

Estas obligaciones resultan aplicables a la sucesión de empresa legal en cualquiera de sus variantes (esto es, sucesión de empresas clásica, sucesión de plantillas y sucesión convencional en la que se activa la sucesión de plantillas). Sobre la cuestión de las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresa, que aquí simplemente se deja planteada, se volverá con detalle en el capítulo 5.

6. EL DERECHO COMUNITARIO COMO REFERENCIA INTERPRETATIVA INDISPENSABLE DEL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA

El análisis de la sucesión de empresa debe partir, necesariamente, del derecho comunitario. Desde la perspectiva puramente legal de las fuentes de la sucesión de empresa, es evidente que las directivas comunitarias tuvieron un papel decisivo en la configuración de la redacción del actual artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como se ha expuesto en el capítulo 1.

²³⁸ Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes *telemarketing*), artículo 18.3m apartado tercero.

²³⁹ Téngase en cuenta, no obstante, que las obligaciones laborales tienen un plazo de prescripción de un año (59.1 ET). Sobre los plazos de prescripción y caducidad de las obligaciones laborales y de seguridad social nacidas antes de la transmisión, véase el capítulo 5.6.

²⁴⁰ Hay que destacar que los artículos que regulan la responsabilidad solidaria en casos de sucesión de empresas tienen una nueva numeración desde la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De este modo, el antiguo artículo 104.1 LGSS es ahora el 142.1 LGSS, y el antiguo 127 LGSS es ahora el 168 LGSS.

²⁴¹ Téngase en cuenta que el plazo de prescripción de las cotizaciones a la Seguridad Social es de cuatro años de acuerdo con el artículo 42 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Igualmente, por lo que se refiere a la vertiente jurisprudencial, como en tantos otros ámbitos del derecho laboral (p. ej., en materia de despidos colectivos), el derecho comunitario aporta múltiples criterios interpretativos para resolver casos a los que enfrentarse solo desde la perspectiva del derecho español resulta insuficiente y no completamente acorde con la ley, pues no en vano es obligada la aplicación y el respeto del derecho de la UE, así como el principio de interpretación conforme a la doctrina comunitaria.

A este respecto, la doctrina²⁴² ha reflexionado y concluido que desde que el TJUE “(...) *comenzara su andadura, ha venido quedando claro que los criterios sentados a través de sus múltiples sentencias se han erigido en un motor de la propia comunidad; la interacción entre sus criterios principales y los tratados o el Derecho Derivado; pero también con los diversos ordenamientos, constituye un tema clásico en el estudio de la evolución experimentada por las Instituciones comunitarias*”.

Por tanto, un estudio riguroso y sólido de la sucesión de empresa siempre tiene que partir del diseño de esta figura tanto en el derecho derivado (la Directiva 2001/23) como en un estrecho seguimiento de las resoluciones del TJUE que lo han venido interpretando y que, como se verá, han tenido decisiva influencia y guía en la interpretación que de ella debe hacerse también en España y en los criterios que emanan de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

De hecho, como se va a exponer con detalle tanto en el capítulo 3, en cuanto a la influencia en la interpretación de la subrogación de empresa legal, como en el capítulo 4, en cuanto a la reinterpretación de los efectos de la sucesión convencional tras la doctrina *Somoza*, el TJUE está colaborando activamente en la labor de reinterpretar la figura de la sucesión de empresa atendiendo a las modulaciones que está experimentando la empresa como objeto de transmisión

Esta es una idea en la que viene insistiendo la doctrina tradicionalmente: la doctrina comunitaria del TJUE posee una importante penetración en todas las construcciones, también en materia de subrogación empresarial. Por ejemplo, MONEREO PÉREZ²⁴³, cuando la necesidad de acudir al faro que supone el derecho comunitario no estaba tan interiorizada como en la actualidad, ya defendía que “(...) *el grupo normativo regulador de la transmisión de empresa es un grupo caracterizado por su carácter policéntrico (legislación comunitaria y legislación estatal). (...) El resultado es la formación de un Derecho complejo, formado por un lado por el Derecho comunitario, y por otro, por los Derechos nacionales, lo que conduce a un auténtico pluralismo. De ahí que el análisis de este Derecho (vale decir ahora el regulador de la transmisión de empresa) requiere del «surgimiento de una racionalidad plural y compleja» que no se contenta con una respuesta monológica a las cuestiones jurídicas fundamentales*”.

Cabría complementar y actualizar esta reflexión añadiendo que la función del TJUE hoy en día, en materia de interpretación de la Directiva 2001/23, está siendo decisiva, pues está cumpliendo con la función de contextualizar y reinterpretar a la empresa objeto de transmisión, por ejemplo, advirtiendo que no debe emplearse para fines no deseados, como conseguir encapsular artificialmente elementos que no constituyen auténticas empresas con el fin de provocar la subrogación de empleados como medio para efectuar un *downsizing* sin acudir al despido colectivo (como aportó la doctrina *Amatori* que se analiza en el capítulo 3). O, por ejemplo, al ser capaz de reinterpretar a la empresa hoy ingravida, que no requiere de elementos tangibles, sino que descansa de manera esencial en sus clientes, de modo

²⁴² SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “La jurisprudencia comunitaria de 2020 en temas laborales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2021. BIB 2021\1593.

²⁴³ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., pág. 18.

que la transmisión de la mera clientela pueda ser considerada una empresa, y su transmisión activar el supuesto subrogatorio que protege la Directiva 2001/23 CE (como ocurre en la doctrina *Dodic* que se analiza en el capítulo 3). O también por reinterpretar el valor de los activos tangibles en el momento de la transmisión, que en ocasiones pueden haber perdido relevancia por estar ya en obsolescencia (como ocurre con la falta de transmisión de los autobuses en el cambio de adjudicataria de la empresa gestora de la línea de autobús, que, sin transmisión de esos vehículos, no conllevaba una sucesión de empresa hace veinte años —doctrina *Liikenne*—, pero en la actualidad sí la puede conllevar —doctrina *Grafe/Pohle*—).

Por todo ello, estas aportaciones del TJUE son completamente decisivas para comprender en la actualidad la figura de la transmisión de empresa y para reinterpretarla ante las modulaciones de la empresa como objeto de transmisión. En definitiva, debe tenerse muy en cuenta la jurisprudencia del TJUE que interpreta la Directiva 2001/23, ya que, pese a que la institución de la sucesión de empresas se ha venido regulando en España desde la Ley de Contrato de Trabajo 1931²⁴⁴, la actual redacción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores²⁴⁵ se la debemos precisamente a la Directiva 2001/23, que fue traspuesta mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio. Al ser origen de la actual versión del artículo 44 ET, es de obligada consideración, como también la interpretación que de ella realiza el TJUE (además, lo es, en todo caso, por la obligada observancia y respeto al derecho comunitario) en ese importante papel actualizador en la aclaración de lo que debe entenderse, hoy en día, por empresa como objeto de transmisión.

Conviene recordar que la doctrina del TJUE dictada en la resolución de cuestiones prejudiciales deberá ser asumida por los tribunales españoles como consecuencia del principio de vinculación de la doctrina comunitaria establecido en el actual artículo 267 —antiguo 234 y, con anterioridad, 177— del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300), al margen de si el juzgado o tribunal en cuestión la comparte o no, como ocurrió en las importantes resistencias previas al acogimiento de la doctrina de la sucesión de plantillas²⁴⁶.

²⁴⁴ Nos remitimos al análisis realizado en el capítulo 1. Igualmente, una completa relación sobre los antecedentes del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y su evolución hasta la trasposición de la Directiva 2001/23 la ha realizado FONT MAS, Antonio: *Temas de interés en materia de transmisión de empresas*, Ed. Aranzadi, 2014: “Originalmente el concepto aparece en el artículo 90 de la Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo, y muy especialmente en lo establecido en la Orden de 16 de julio de 1932, dictada en interpretación de dicho artículo”. Posteriormente, se aprueba el Decreto de 26 de enero de 1944, que deroga de forma expresa la legislación anterior en la materia y aprueba la Ley de Contrato de Trabajo (artículo 79). La figura sufrió otro cambio conceptual en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en cuyo artículo 3.1 se habló por primera vez de las “*unidades patrimoniales susceptibles de ser explotadas*”. El artículo 72 de la Ley General Tributaria de 1963 añadió pautas interpretativas adicionales. En abril de 1976 entra en vigor la Ley 16/76 de Relaciones Laborales (artículo 18.2). El artículo 44 del Estatuto como regulador de la sucesión de empresas aparece en el Estatuto de los Trabajadores de 14 de marzo de 1980. Su nueva y actual redacción se debe a la Ley 12/2001, de 9 de julio, por la que se traspone la Directiva 2001/23/CE.

²⁴⁵ Artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁴⁶ Así ocurrió, por ejemplo en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2007 (RJ 2004,7162), en la que se asumió en España la doctrina de la sucesión en la plantilla. Concretamente, sobre el principio de vinculación de la doctrina comunitaria se dijo: “De conformidad con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEur 1986, 8) —anterior artículo 177—, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta Sala que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la

Finalmente, cabría concluir que la decisiva influencia del derecho comunitario en los temas de sucesión de empresas está ganando una importancia creciente en la reinterpretación del concepto de empresa como objeto de transmisión. Esto se advierte en los diversos aspectos objeto de interpretación que se enumeran a continuación:

- (i) Con carácter previo y cuando nos encontramos en sucesiones de empresa que se producen en el marco de las reversiones, para determinar si la actividad transmitida es una “actividad económica” o, por el contrario, es el “ejercicio del poder público” (en cuyo caso no se está ante una sucesión de empresa);
- (ii) en la compleja tarea consistente en determinar si concurren el denominado “conjunto de elementos” que llevan a concluir que se está ante una sucesión de empresas, habiendo realizado el TJUE una relevante tarea de delimitación del concepto;
- (iii) en la cuestión de si se está ante una “sucesión de plantillas”, como supuesto específico que desencadena, igualmente, las consecuencias de una sucesión de empresas;
- (iv) en la cuestión acerca de la aplicación de la directiva también en aquellos supuestos en los que se produce la sucesión de empresa por imperativo del convenio, ampliando los efectos de la sucesión convencional y alcanzando los efectos previstos para la sucesión legal cuando se produce una sucesión de plantillas como consecuencia del cumplimiento del convenio colectivo (doctrina *Somoza*);
- (v) en la cuestión acerca de la responsabilidad del cesionario cuando los empleados se encuentran solo parcialmente adscritos a la unidad productiva y su posible subrogación proporcional (doctrina *ISS Facility Services*);
- (vi) en la cuestión acerca de la existencia o no de sucesión de empresa en los supuestos de reversión de la actividad (remunicipalizaciones);
- (vii) en la cuestión sobre el alcance concreto de las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresa;
- (viii) en la cuestión acerca de la situación concreta a considerar en caso de sucesión de empresas concursadas; y
- (ix) en materia del nuevo concepto de empresa, tanto en la obsolescencia de los medios en los que se basa la actividad (doctrina *Grafe/Pohle*) y que, finalmente, no se transmiten, como en la importancia de la transmisión de la clientela (doctrina *Dodic*), cuestión que está cobrando especial importancia.

Este amplio elenco de cuestiones interpretativas sobre las que se está pronunciando el TJUE para actualizar el concepto de empresa como objeto de transmisión demuestra la necesidad de acompasar la realidad jurídica con la realidad fáctica y de asegurar que aquello que en el mundo jurídico-laboral se entienda como empresa como objeto de transmisión se compadezca bien con lo que en el mundo económico, sociológico y fáctico, significa el concepto evolucionado de empresa. Esta cuestión se abordará en la presente obra al tratar cada uno de los puntos en los que la doctrina del TJUE está efectuando estas decisivas contribuciones a la interpretación del concepto empresarial.

interpretación que se establece, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial se produzca un cambio en la doctrina comunitaria”.

7. CONCLUSIÓN

La razón de ser del concepto de sucesión de empresa es comprensible con toda claridad cuando se considera la empresa como objeto de transmisión. Esa industria, empresa o negocio puede enajenarse y trasladarse a terceros, por tanto, se precisa un sistema que dé cobertura a los empleados afectos al mismo. Esta es la inquietud que el ordenamiento ha regulado al comprender tanto en el momento en que la empresa tenía rasgos típicamente industriales basados en la tangibilidad (con la promulgación del artículo 79 LCT) como en la actualidad, en la que la empresa prestadora de servicios puede basarse en la plantilla o en los activos intangibles, como la clientela. Una regulación que concilie dos líneas generales de intereses socioeconómicos contrapuestos. Por un lado, el interés empresarial de asegurar una libertad de empresa (reconocida en el artículo 38 CE), la conservación de la empresa y la movilidad del capital y los empleados; por otro respetar los principios de estabilidad e inamovilidad en el empleo que defiende la parte social.

El conflicto lo resuelve la normativa sucesoria (Directiva 2001/23/CE y artículo 44 ET) que encuentra el equilibrio en ese choque de intereses instaurando la sucesión legal de empresa que prevé que (i) el cambio de titular de esa industria no extinguirá las relaciones laborales que serán subrogadas en sus mismos términos por el adquirente o cesionario, quien además; (ii) será solidariamente responsable, durante tres años desde la transmisión, de las obligaciones laborales y de seguridad social (incluyendo compromisos por pensiones) nacidas con anterioridad al traspaso y pendientes de satisfacer. El sistema se completa con al menos otras tres fuentes principales, que son (i) la interpretación judicial extensiva que comporta la doctrina de la sucesión de la plantilla, extendiendo la figura de la sucesión legal a aquellos negocios que descansan de manera esencial en el capital humano; (ii) la sucesión impuesta por la negociación colectiva, que juega el papel de ser la segunda red cuando no existe una sucesión de empresa legal, pero que puede (en actividades que descansan de manera central en los empleados, cuya transmisión implica cesión de un negocio) tornarse en un supuesto de sucesión legal de empresa según ha reinterpretado el TJUE con la doctrina *Somoza*; y (iii) la sucesión impuesta por los pliegos de condiciones en el sector privado. De estas fuentes, las que no conllevan de manera directa o indirecta una sucesión de empresa legal, tienen los efectos limitados marcados en el convenio o pueden requerir el consentimiento de los trabajadores para obligar.

Resumidos y planteados los grandes rasgos del sistema, que se analizarán con mayor detenimiento en los capítulos 3 (que aborda la sucesión legal de empresa), 4 (que trata la sucesión convencional) y 5 (que estudia las consecuencias jurídicas de la sucesión), conviene aquí agrupar la reflexión acerca de cómo el cambio en el concepto de empresa objeto de transmisión afecta al concepto de sucesión de empresa, pues como advirtió con clarividencia la doctrina, ambas cuestiones están interrelacionadas, dado que, lo que hay que entender por empresa, *“sólo podrá saberse con una relativa certeza después y al mismo tiempo que se examine qué debe entenderse por cambio de titularidad”*²⁴⁷.

En este punto puede concluirse, en primer lugar, que la génesis de la norma, esto es, la *“incertidumbre angustia y zozobra que todo trabajador habría de tener, al saber que sus relaciones de trabajo estaban pendientes de tales transacciones [transmisiones de empresa]”* que identificaba la doctrina en 1945 al comentar la LCT²⁴⁸, sigue siendo un interés necesitado de tutela con plena vigencia casi ochenta años

²⁴⁷ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 9.

²⁴⁸ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, op. cit., pág. 243.

después. Y que el negocio, sea una *industria* basada en maquinaria y fábricas o una *empresa* del siglo XXI cuyo pilar fundamental lo constituya un elemento intangible, debe ser disociado de “*los vaivenes de que es objeto (...) al estar sujeto a la contratación privada*”. Por tanto, tanto en una transmisión de un patrimonio industrial de principios del siglo XX como en el de una empresa centrada en los intangibles en el siglo XXI, hay que asegurar que su transmisión no extinga, no altere, las relaciones de trabajo del personal afecto al mismo, que continuará en los mismos términos con aquel que lo adquiriera.

En segundo lugar, existe un punto en el concepto de sucesión de empresa que permanece inalterado. Para que entre en juego la maquinaria sucesoria, conceptualmente es necesario que haya un cambio de titular empresarial, de la persona jurídica que emplea a los trabajadores y que es titular del negocio, de modo que tengamos una modificación de este sujeto y que un empresario cedente de paso a un empresario cesionario. Por el momento, el criterio no se ha visto modificado y las transmisiones de acciones de una empresa, incluso en bloque, el cambio de control de las sociedades mercantiles por la vía del accionariado no constituyen un supuesto de sucesión de empresa ni activan el régimen jurídico del 44 ET, y ello pese a la nueva configuración del concepto empresarial, en este caso, fruto de la generación de redes de empresas y del auge de los fondos de inversión que en las compraventas de accionariado, han encontrado la vía posiblemente más habitual de realizar las transacciones o, al menos, podría decirse que el *share deal* es una alternativa clara al *asset deal* al planificar estas operaciones y, la activación del régimen subrogatorio es algo que puede incidir en la toma de decisión de optar por un esquema u otro. La doctrina ha sido crítica ante esa falta de inclusión en el sistema de la sucesión de empresa de la compraventa de acciones, al entender que se excluye “*el modo más importante de llevar a cabo el cambio de propiedad de una empresa en nuestro sistema jurídico mercantil*”²⁴⁹. Y aun cuando se reconoce que jurídicamente es claro que es preciso un cambio de titular empresarial para activar el régimen sucesorio, pues el argumento es impecable desde el punto de vista formal, se observa en la práctica que algo no funciona como es debido si la persona jurídica actúa “*como una suerte de barrera que impide captar un verdadero cambio de poder y de titularidad sobre la empresa y que en consecuencia, impide aplicar a estos supuestos la normativa laboral*”²⁵⁰. Estas dudas planteadas sobre el sistema tienen su sentido, aunque la Comisión Europea, en su Informe número 46 se ha planteado la cuestión señalando que la compraventa de acciones no puede constituir una sucesión de empresa “*porque la personalidad jurídica del empleado continúa inalterada*”. Además, habrá que detenerse también a sopesar que no es lo mismo una transmisión en bloque de acciones que una adquisición capital minoritaria en la empresa. En todo caso, una posible línea de estudio para cuadrar el círculo —respetando que el cambio de accionariado no constituye un cambio de titular empresarial, pero puede ser merecedor de protección— podría consistir en la inclusión de medidas de protección de los trabajadores para cambios de control relevantes en los accionariados. En el capítulo 5 se realizarán propuestas concretas para mejorar la seguridad jurídica en este punto, con proposiciones concretas de *lege ferenda*.

En tercer lugar, conviene citar un ámbito en el que la evolución del concepto de empresa está afectando al concepto de sucesión de empresa, en concreto, al indispensable papel que está jugando el TJUE en materia de transmisión de empresa. Como se ha explicado, y se ahondará en los capítulos 3, 4 y 5 posteriores, la contribución del TJUE está siendo decisiva, no solo porque su jurisprudencia es de

²⁴⁹ PRASSL, Jeremias: *The concept of employer*, op. cit., pág. 104.

²⁵⁰ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 40.

obligado cumplimiento y por el efecto del principio de interpretación conforme con la doctrina comunitaria, sino también porque el TJUE está jugando un papel innovador al entender la evolución del concepto de empresa y modificar su doctrina para adecuarlo a las nuevas modulaciones e identidades de lo que debe entenderse por negocio. Así, lo hizo de manera decisiva al redibujar lo que debe entenderse como empresa objeto de transmisión en una sociedad posindustrial y prestadora de servicios que dependen de la plantilla (con la introducción de la doctrina de la sucesión en la plantilla y la doctrina *Süzen*). Y, actualmente, prosigue su labor perfilando el concepto al considerar que una empresa puede descansar en activos intangibles como la clientela (doctrina *Dodic*) o redimensionando el papel de los elementos tangibles cuando puede afectarles la obsolescencia y dejar de ser decisivos (doctrina *Grafe/Pohle*). Pues bien, siendo este papel decisivo en la confección de aquello que debe entenderse por empresa, conviene también advertir, que las interpretaciones del TJUE han afectado incluso a las fuentes que generan la obligación de subrogación, las fuentes de la sucesión de empresa. Y ello como consecuencia de la doctrina *Somoza* —que se analiza en el capítulo 3— en la que ha redefinido, en parte el sistema de fuentes de la sucesión de empresa, porque la sucesión convencional, anteriormente considerada por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como una sucesión con efectos y alcance limitado, puede ahora activar y transformarse en un supuesto de sucesión legal cuando por cumplimiento de la sucesión convencional se asume un número de empleados que en términos de número y competencias constituyen un negocio basado en la mano de obra. Por tanto, también desde esta perspectiva, la modulación y actualización del concepto de empresa ha llevado al TJUE a redefinir las consecuencias jurídicas que una de sus modalidades (la sucesión convencional) desencadena.

CAPÍTULO III: LA SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA

“Sentencias como la anotada [STJUE asunto Dodic] vienen a subrayar la lógica anticipatoria de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, probablemente, empieza a ver en el horizonte la necesidad de proyectar la regla de transmisión de empresa a ámbitos desmaterializados, virtuales o algorítmicos”²⁵¹

1. MODULACIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN Y SUS EFECTOS EN LA SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA

Una vez que se han analizado con detenimiento el concepto de empresa como objeto de transmisión (capítulo 1) y la noción de sucesión de empresa (capítulo 2), que el uno no puede comprenderse bien sin la otra y que los imparable cambios y desarrollo en el mundo empresarial real obligan a la correlativa transformación del mundo jurídico, es momento de abordar la fuente más relevante de la obligación de subrogación, que es la sucesión de empresa legal o clásica del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23.

En el presente capítulo se ahondará en todo aquello relacionado con la sucesión legal o “clásica” de empresa y, en concreto se profundizará en el estudio de cómo la evolución de la empresa como objeto de transmisión, superada la sociedad posindustrial y encontrándonos en los albores de la cuarta revolución industrial, modula esa concepción. Así, se considerará la necesidad de replantear el binomio tradicional entre empresas basadas en elementos tangibles y empresas basadas en mano de obra en el que conviene añadir un tercer elemento muy presente, la inmaterialidad, intangibilidad y clientela.

A su vez, continuación de ese análisis previo, sigue siendo la necesaria observación de la concurrencia del “conjunto de elementos” que configuran la sucesión de empresa. Entre ellos, se encuentran la transmisión del inmueble en el que se realiza la actividad, de los elementos materiales, el de los inmateriales y su valor, el del factor humano, la clientela, la interrupción de la actividad y la analogía de la actividad que llevaba a cabo la cedente y la cesionaria. En este conjunto de elementos, se observará cómo la mutación de lo que debe entenderse por empresa objeto de transmisión, obliga a replantear la importancia y peso de esos factores. Así, la cada vez mayor indispensabilidad de la tecnología y los elementos inmateriales o la posibilidad de que una empresa pueda basarse esencialmente en la clientela, juegan un papel relevante.

Igualmente, en el seno de actividades clásicamente materializadas, es posible que se dejen de transmitir los elementos patrimoniales, si bien esto no tenga una relevancia real para la continuación del negocio, por ejemplo, porque esos activos se encuentren obsoletos, no cumplan normativa y, en definitiva, carezcan de valor económico y tuvieran que ser reemplazados de manera inmediata por el cesionario al adquirir el negocio. Por tanto, sin su transmisión, de concurrir el resto de conjunto de elementos, podría producirse sucesión de empresa.

Todas estas cuestiones resultan críticas en el análisis de la sucesión legal de empresa y se analizarán con detalle a continuación de la mano de la evolución de la jurisprudencia y la doctrina científica que está

²⁵¹ MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, op. cit., pág. 74.

haciendo hincapié en el impacto que esas modulaciones del concepto de empresa tienen sobre el concepto de sucesión de empresa.

2. NOCIÓN DE SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA

La sucesión legal de empresa o sucesión por imperio de la ley aborda dos cuestiones esenciales: (i) cuándo se produce la transmisión de una empresa —incluyendo las nociones de centro de trabajo y unidad productiva autónoma—; y (ii) qué consecuencias implica para el contrato de trabajo ese cambio (entre ellas, su continuidad con el cesionario). Ya se ha expuesto (capítulos 1 y 2) que inicialmente se concibe la transmisión de empresa como una “causa de no extinción del contrato de trabajo”, sino una “causa conturbadora de la relación laboral”, que sigue viva. Que desde la primera normativa reguladora de la transmisión de empresa, la primigenia Ley de Contrato de Trabajo de 1931 en su artículo 90, esta figura tenía por objeto evitar la zozobra y desasosiego que producía a los trabajadores la inestabilidad en el empleo derivada del hecho de que la empresa, como objeto de transmisión que es, fuera objeto de tráfico jurídico (zozobra que sigue existiendo y protegiendo el sistema, no importa cuánto haya cambiado la fisonomía empresarial en el último siglo). Por tanto, que era (y es) precisa una normativa que, conjugando los principios de libertad de empresa y de continuidad y estabilidad en el empleo, asegure la protección de los trabajadores adscritos a la empresa transmisible.

Para ese cometido, como ha enseñado DESDENTADO BONETE²⁵², *“la adecuada observación del fenómeno exige la distinción entre el empresario, como persona física o jurídica, que ejerce en nombre propio una actividad económica, asumiendo los derechos y obligaciones surgidos de esa actividad, y la empresa, como un conjunto de elementos materiales y personales organizados para realizarla”*.

Al margen de la idea del conjunto de elementos, sobre la que ahondaremos en el apartado 3, conviene centrarse en deslindar a la empresa como objeto de transmisión de que haya un cambio de su titular (sea persona física o jurídica). Es ese traspaso de la empresa-objeto entre un empresario cedente y otro cesionario el que activa el supuesto de hecho que desencadena el mecanismo sucesorio del 44 ET. Esta idea central no debe perderse de vista, pues el cambio de quien sea el titular es indispensable para que haya una sucesión de empresa, es *conditio sine qua non*. MONEREO PÉREZ²⁵³ insistió en esta idea al entender que la expresión *cambio de titular empresarial* reforzaba la fórmula normativa, pues *“el cambio es del sujeto titular de la empresa, no de la titularidad en sí misma, ésta no se sustituye, lo que se sustituye es una concreta posición jurídica ocupada por un sujeto respecto a la empresa como «objeto» de derecho”*. De hecho, en esta línea la doctrina mercantilista había expresado que la empresa debía entenderse *“aisladamente de su titular jurídico y entendida como una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición, constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos”*, como expuso URÍA²⁵⁴. En una línea similar, SÁNCHEZ CALERO²⁵⁵ razonó que *“la actividad del empresario organizador, que es un aspecto meramente subjetivo, resulta de imposible transmisión, ya que lo que puede transmitirse es el negocio como aspecto objetivo de la empresa”*.

²⁵² DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 243.

²⁵³ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, *op. cit.*, pág. 199.

²⁵⁴ URÍA, Rodrigo: *Derecho mercantil*, Madrid, 1976, págs. 32-33 y 36-37, y STCT de 4 de marzo de 1977 (Aranzadi 1107).

²⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 2000, pág. 182.

Razonaba también DESDENTADO BONETE²⁵⁶ que “lo específico del artículo 44 ET es que la transmisión de la empresa en el plano patrimonial se vincula a un cambio de empresario en el ámbito del contrato de trabajo, algo que consideramos normal, pero que quizá no lo sea tanto”, y aludía en este punto a que la regla general era precisamente la contraria, pues los contratos o los derechos que en estos contratos tiene el titular del establecimiento que se cede no se transmitían con el establecimiento, dado que el adquirente en la posición jurídica del establecimiento requiere no solo la voluntad expresa de estos, sino también la conformidad de la persona o personas con las que hubiera contratado el titular. Por tanto, de algún modo, el artículo 44 del ET al imponer la obligación de subrogación *ex lege* constituye una excepción a esta regla²⁵⁷.

El supuesto se activa con el cambio de titularidad de la empresa o parte de ella, pues para que se produzca una sucesión de empresas del artículo 44 ET se deberá transmitir “una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma” (44.1 ET). ALBIOL subrayó también la idea de cambio de titular empresarial y apuntó que la cesión de empresa, “entendida como sustitución en la posición jurídica de su titular, supondrá la transmisión de las titularidades de los diversos elementos que concurren a integrar la organización de capital y trabajo en que consiste la empresa”, que había que concluir que la titularidad de la empresa “es un término sintético para designar las titularidades sobre los diversos elementos que concurren a integrarla”, y que la idea de cambio de titularidad empresarial se contenía en el “modo derivativo de adquisición”, que debía producirse “en virtud de negocio jurídico único, y que sea suficiente para que el cesionario pueda continuar ejercitando la actividad que en la empresa está preordenada”²⁵⁸.

El cambio de titular empresarial es la condición esencial de partida para que pueda producirse la sucesión de empresa. Ya se expuso en el capítulo 2 que el modo en que se realiza esa transmisión debe considerarse desde una perspectiva amplia, que lo relevante es que se produzca un cambio del titular de la empresa. CAMPS RUIZ²⁵⁹ ha enfatizado, a este respecto, que “el ET adopta un criterio relativizador de la forma concreta en que se produzca el cambio de titularidad, y pone el acento en unir a los fenómenos de continuidad, total o parcial, de la empresa, el efecto de la continuidad, asimismo, de los contratos de trabajo”. Esta concepción amplia se consolidó en el artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales y en el artículo 44 del ET, desde 1980, de modo que se recibía así la doctrina jurisprudencial que consideraba que los supuestos mencionados en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de “cesión, venta y traspaso” eran un *numerus apertus* o elementos enunciativos (por todas, Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 de marzo de 1975, Aranzadi 1205). De nuevo, ALBIOL ha señalado que la cuestión de los tipos de negocio jurídico que producen la sucesión de empresa no es relevante porque desde la publicación del artículo 44 ET queda claro que no puede plantearse su “carácter restrictivo”, porque en la redacción legal “no hace referencia a supuestos de transmisión concretos, sino [que se habla] con carácter genérico del «cambio de titularidad de la empresa»”, y ello significa que da cabida “a

²⁵⁶ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 243.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, *op. cit.*, págs. 13 y 14.

²⁵⁹ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, *op. cit.*, pág. 68.

*todos aquellos [supuestos de transmisión] cuyo resultado sea un cambio en la titularidad en la empresa, suficiente para que el nuevo empresario pueda ostentar un poder de gestión sobre la misma*²⁶⁰.

Asimismo, en el marco de esa amplitud y flexibilidad, debe mencionarse que es una cuestión también muy superada a estas alturas el hecho de que tampoco es preciso ningún vínculo directo entre cedente y cesionaria (debe citarse, como uno de los pronunciamientos más recientes que lo sigue recordando, la Sentencia TJUE de 16 de febrero de 2023, C-675/2021, asunto *Strong Charon*, apartados 40 y 45).

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas del cambio de titular empresarial, podría resumirse que la sucesión produce efectos complejos que se distinguen esencialmente en cuatro vías²⁶¹: (i) el mantenimiento de la vigencia de la relación laboral pese a la transmisión, asegurando su continuidad en la cesionaria; (ii) la conservación del contenido de las relaciones laborales a futuro y su asunción por el cesionario, con el mantenimiento interino del convenio colectivo de la cedente; (iii) la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario en las obligaciones laborales y de seguridad social nacidas antes de la sucesión; y (iv) el mantenimiento o transformación de los mecanismos de representación de los trabajadores así como la continuación interina en la aplicación del convenio colectivo de la cedente. A estas consecuencias jurídicas de la sucesión nos referiremos con detalle en el capítulo 5.

De entre todas las fuentes de la sucesión de empresa, podríamos convenir en que la sucesión de empresa legal del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es la que más alteraciones está sufriendo como consecuencia de la modulación del concepto de empresa como objeto de transmisión. La jurisprudencia se ha ido encargando (señaladamente el TJUE, al generar la doctrina que ha ido recibiendo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo) de incorporar esas mutaciones del concepto empresarial. En un primer momento con la doctrina de la sucesión en la plantilla y, en la actualidad, con el encaje de la importancia de los elementos inmateriales. Todo ello se va a analizar con detalle en los epígrafes 9, 10 y 11 posteriores.

3. EMPRESA, CENTRO DE TRABAJO Y UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA

La sucesión de empresa legal de la Directiva 2001/23 CE y del artículo 44 ET se produce al transmitirse una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

Los apartados primero y segundo del artículo 1 del ET señalan, en esencia, que son empresarios todas las personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores, que voluntariamente presten sus servicios de manera retribuida por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de ese empleador o empresario.

La doctrina ha resumido que *“la empresa es, en el Derecho del Trabajo, una unidad técnica donde se presta trabajo bajo el poder de dirección y organización de un empresario (...) para el Derecho Laboral es empresa cualquier organización en la que se presten servicios laborales (...)”. Este concepto de empresa que se extrae del art. 1 ET adquiere el carácter de noción o concepto transversal para el Derecho del Trabajo. Cualquier referencia a la empresa contenida en las normas laborales presupone*

²⁶⁰ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 14.

²⁶¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, op. cit., pág. 254.

que ésta es una entidad donde se organiza la prestación laboral de trabajadores por cuenta ajena”²⁶². Por tanto, también a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

En los capítulos 1 y 2 se ha profundizado en el concepto de empresa como objeto de transmisión, en las “dificultades que encierra la tarea de construir un concepto jurídico, incluso limitado a la esfera de las relaciones laborales, de empresa”²⁶³, y en cómo los cambios en sus contornos y noción han venido acompañados de cambios en su concepto legal (transitando de una noción esencialmente patrimonial a un concepto mucho más amplio que puede basarse en otros elementos, como los personales e inmateriales) y en la riqueza de matices que encierra.

Se ha anticipado también que las primeras normativas (Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y siguientes) se referían esencialmente a la *industria* y que, de la mano de esa evolución y expansión del concepto de empresa como objeto de transmisión, se sustituyó el término *industria* por el término *empresa* (Ley 16/1976, de Relaciones Laborales en su artículo 18.2). Esta última incorporó también el término de *centro autónomo* de la misma. Aunque no definió el concepto, es importante esta apertura, porque admitía que se podía activar el mecanismo subrogatorio también en casos de transmisión de algo menor y más limitado que la empresa, esto es, como anuncia MONEREO PÉREZ²⁶⁴, que se admitía su transmisión parcial o, en otras palabras, “*junto a la unidad económica de empresa unitariamente organizada, las unidades productivas que pudiesen coexistir en su seno*”. Con ello se supera una cuestión que hasta entonces había sido discutida en cuanto a la aplicación de la normativa sucesoria.

Cuatro años después, el ET pasó a precisar la redacción y a incorporar que, en lugar de *centro autónomo*, se producía sucesión de empresa al cambiar el titular de la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma. El ET sí ofrecía una definición de centro de trabajo.

El centro de trabajo puede coincidir con el concepto de empresa, pero cuando la estructura de la empresa es plural se diversifica en varios centros: “*Se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*” (art. 1.5 ET).

La doctrina lo ha descrito como “(...) *una unidad técnica de soporte para la realización de la actividad empresarial, con capacidad para la realización de un ciclo productivo completo y sometida a criterios organizativos específicos, a la que quedará adscrita aquella parte de la plantilla total de la empresa necesaria para completar dicho ciclo productivo. En definitiva, el centro de trabajo es una unidad organizativa del trabajo y de la actividad empresarial que opera con cierta autonomía respecto del resto de la empresa, cuando ésta tiene una estructura pluricelular*”²⁶⁵.

No nos detendremos ahora en las dos orientaciones básicas sobre el concepto de centro de trabajo, esto es, la orientación en la línea de establecimiento conceptuado como unidad técnica²⁶⁶ o identificación

²⁶² MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo, op. cit.*, págs. 187 y 188.

²⁶³ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa, op. cit.*, pág. 21.

²⁶⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa, op. cit.*, pág. 222.

²⁶⁵ MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo, op. cit.*, pág. 188.

²⁶⁶ SALA FRANCO, Tomás; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel: “El concepto de centro de trabajo. (Problemas interpretativos del artículo 1.º-5 ETT)”, *Actualidad Laboral. Colección encuadernada*, vol. 1985, Las Rozas (Madrid): La Ley, 1985, págs. 1649-1656.

sustancial con la unidad productiva autónoma objeto de transmisión²⁶⁷. Lo sustancial a los efectos de nuestro análisis es que la evolución del concepto de empresa y su segmentación en subunidades (que luego podrán ser constitutivas de redes de empresas) es la que va a posibilitar que dentro de una empresa encontremos diversas unidades productivas. Esto es un “reflejo de una descentralización organizativa asentada en el poder directivo del empleador”²⁶⁸. MONEREO PÉREZ ya advirtió a principios de los años ochenta de que la descentralización daba lugar a la “aparición de una colectividad laboral diferenciada perteneciente a cada una de las unidades de la empresa descentralizada”²⁶⁹. Esta desagregación de la empresa en subunidades o descentralización en subnegocios lo que produce, a su vez, es la dificultad de determinar qué empleados se encuentran adscritos a cada una de esas subunidades. Este es uno de los temas centrales que la evolución del concepto empresarial está arrojando y una de las dificultades a solucionar en el futuro: la problemática de determinar los factores humanos afectos a esas subunidades, lo que plantea dificultades de enorme calado, como las de si (i) deben subrogarse los que están solo parcialmente adscritos a esas subunidades; y (ii) cómo puede acreditarse tal cuestión, protegiendo los intereses en la continuidad en el empleo de esos empleados, pero también asegurando que la empresa cesionaria no se vea engañada o lesionada en sus derechos, pues no debe asumir ni más ni menos que aquello afecto, excluyendo, por tanto, un escenario en el que recibe más empleados o con jornadas muy superiores a las que dedicaban a esa subunidad. En el capítulo 5 se analizará con detenimiento la cuestión y se realizarán algunas propuestas *de lege ferenda*.

Por otra parte, la delimitación del concepto de unidad productiva autónoma ha venido generando también abundante controversia en la práctica. El concepto ha sido definido en el artículo 44.2 ET. Su redacción actual se debe a la reforma que se produjo en el año 2001 como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2001/23/CE²⁷⁰. El artículo 44.2 ET —inalterado desde entonces— define el concepto de unidad productiva autónoma como “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

El concepto es similar al de centro de trabajo que define el artículo 1.5 ET, pero al margen de la cuestión de la necesidad de darle de alta ante la autoridad laboral —que podría dar lugar a que un centro de trabajo lo sea por el mero hecho de ser dado de alta ante ella—, lo diferencia su capacidad para llevar a cabo ese fin (la actividad económica esencial o accesorio). Es lo que la doctrina denomina autonomía en el sentido de fin técnico-propio (finalista o de resultado productivo), que es algo no esencial o no requerido en la consideración de centro de trabajo, pero sí en el de unidad productiva *autónoma*. Lo relevante para la unidad productiva autónoma es la idea de “autofin”, que se refiere a una auténtica fracción de la empresa. En definitiva, “la nota de autofin productivo y el hecho de ser susceptibles de explotación aislada y separadamente del conjunto empresarial son, por consiguiente, los elementos básicos caracterizadores de la unidad productiva autónoma ex. art. 44 ET”²⁷¹.

²⁶⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 222, donde realiza un extenso análisis de ambas concepciones.

²⁶⁸ *Idem*, pág. 229.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Trasposición que se efectuó mediante la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

²⁷¹ MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 237.

En todo caso, lo relevante es observar cómo se produce una máxima extensión del ámbito de aplicación objetivo de la norma en línea con la ampliación del concepto de empresa como objeto de transmisión. En el marco de esta evolución, quizá las diferenciaciones teóricas entre empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma puedan ser hoy en día menos relevantes, y lo esencial en cualquiera de los tres conceptos (empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma) es que lo transmitido constituya una entidad organizada y autónoma capaz de generar por sí misma bienes y servicios para el mercado y sin necesidad de aportación de elementos esenciales no accesorios por la cesionaria a la que se ha transmitido esa unidad productiva.

Como ha explicado con claridad GARCÍA-PERROTE²⁷², “es claro, en consecuencia, que la sucesión existe no solo cuando se transmite la empresa en su totalidad, sino que cabe transmitir únicamente un centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Lo importante es que lo transmitido sea susceptible de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes o servicios al mercado”.

En palabras de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, “(...) existe sucesión empresarial cuando se transmite «una entidad económica que mantenga su identidad como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una entidad económica, esencial o accesorio [art. 44.2 del ET y art. 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE]»” (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 563/2021, de 20 de mayo de 2021 (n.º recurso 145/2020).

4. EL PENSAMIENTO BINARIO: ¿LA EMPRESA SE BASA ESENCIALMENTE EN LA “INDUSTRIA” O EN EL FACTOR HUMANO?

La evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión está teniendo una importante incidencia en la interpretación que los tribunales están haciendo de la sucesión legal de empresa. Tras la modulación del concepto de industria productora de bienes y su migración a la empresa prestadora de servicios, y al constatar que en determinadas actividades la transmisión de una parte relevante de empleados en términos de número y competencias puede activar la norma sucesoria, los tribunales han venido a establecer una suerte de pensamiento binario al analizar si existe o no una transmisión de empresa. Así, cuando se trata de determinar si existe o no una sucesión de empresa legal, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo emplea un pensamiento binario, como ha tenido ocasión de exponer SEMPERE NAVARRO²⁷³.

En esencia, y comoquiera que es preciso valorar en cada caso ante qué tipo de actividad empresarial se está, el pensamiento binario consiste en analizar si el negocio que se analiza descansa en la industria o si descansa de manera esencial en la mano de obra. En el primer caso, si se transmiten los elementos patrimoniales en los que se descansa la actividad (y, se consideraban conjuntamente con los inmateriales), estamos ante una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET de las que denominamos “clásicas”, por transmisión de esa industria que permite su explotación sin solución de continuidad. En el segundo caso estamos también ante una sucesión de empresa del artículo 44 ET, pero por la vía de la doctrina judicial de la sucesión plantillas acuñada por el TJUE y asumida en España. En esencia, esta

²⁷² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (5.ª edición), pág. 610.

²⁷³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Subrogación convencional en contratos (limpieza, vigilancia, etc.): estado de la cuestión”, Foro de Actualidad Laboral celebrado en FIDE el 13 de febrero de 2019, Madrid.

doctrina ha interpretado que, en aquellos sectores de actividad desmaterializados o que descansan esencialmente en la mano de obra, existe sucesión de empresa cuando se asume una parte cuantitativamente relevante de empleados en términos de número y competencias. Esta segunda vía se expone en el apartado 12 con detalle y sus efectos en la subrogación convencional, se tratan en el capítulo 4.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 563/2021, de 20 de mayo de 2021 (n.º recurso 145/2020), ha resumido este pensamiento binario en el sentido de que *“el artículo 44 del ET exige, bien la transmisión de elementos patrimoniales y de personas, o bien, en el caso de que la actividad en concreto descansa fundamentalmente en la mano de obra, que sea esta (mano de obra) la que se transmita (por todas, sentencias del TS de 16 de abril de 2008, recurso 2392/2016; 29 de enero de 2020, recurso 2914/2017; y 24 de septiembre de 2020, recurso 300/2018)”*.

Por tanto, el primer punto del análisis concluye en analizar *“el tipo de actividad de que se trate”*, el primero del conjunto de criterios que sopesa la doctrina del TJUE en sus análisis, metodología que también sigue la Sala Cuarta y la doctrina de suplicación en nuestro país (y a la que nos referimos con detalle en el apartado 7.2).

Conviene señalar, no obstante, que estimamos que, con la continuación de la evolución del concepto empresarial, este pensamiento binario probablemente se actualice y mute en un pensamiento “terciario”, en el sentido de que precise incorporar también una tercera distinción acerca de si la actividad empresarial descansa en la industria (en un concepto de negocio más basado en los activos tangibles), en el factor humano, o bien en la intangibilidad propia de los nuevos modos y esquemas de negocio a los que nos venimos refiriendo, habida cuenta de su creciente importancia, lo que implicaría la necesidad de incluirle un espacio como tercera categoría en este análisis. Si la empresa en el siglo XXI puede ser ingrátida, si es posible que la esencia de un negocio se base en sus activos intangibles (como por ejemplo la clientela, en la doctrina *Dodíc* del TJUE), en aplicaciones que engloban la esencia del negocio o en algoritmos, es posible también que, al analizar si existe o no una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET, los tribunales tengan que preguntarse si el negocio reside de manera esencial en esos elementos intangibles para determinar si se han transmitido y si, como consecuencia de ello, ha tenido lugar una transmisión de negocio. Este es el camino hacia el que se está transitando en la actualidad, como demuestran los pronunciamientos judiciales a los que nos referimos en los apartados 9 (obsolescencia de los medios materiales), 10 (elementos inmateriales) y 11 (clientela) por lo que estimamos que conllevará una actualización de este modo de pensamiento binario, enriqueciéndolo como consecuencia de la nueva empresa objeto.

Pese lo anterior, conviene dejar claro que el análisis sobre la existencia de sucesión de empresa se compondrá de dos fases. En primer lugar, se deberá determinar sobre qué activos esenciales descansa la industria (tradicionalmente, elementos patrimoniales vs. factor humano y, a partir de ahora, defendemos que debiere contemplarse que la industria pueda descansar esencialmente en el factor tecnológico o inmaterial). En segundo lugar, ello no descarta el necesario análisis del conjunto de elementos que debe realizarse caso por caso (apartado 7). Y, en el seno de ese análisis del conjunto de elementos, aunque se concluya previamente que la actividad no descansa esencialmente en la mano de obra o en la tecnología, huelga decir que, su concurrencia, sumada a otros factores que pueden aparecer (transmisión de materiales, falta de interrupción del servicio, analogía de las actividades, transmisión de clientela, etc.) puede facilitar la activación de la maquinaria subrogatoria por concurrencia de la sucesión legal de empresa.

5. CONCURRENCIA DEL ELEMENTO OBJETIVO Y SUBJETIVO

Para determinar si se ha producido una sucesión de empresas del artículo 44 ET, tradicionalmente, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido exigiendo la concurrencia de dos elementos: el elemento subjetivo y el elemento objetivo.

Transmitía esta idea RODRÍGUEZ-PIÑERO en la siguiente afirmación realizada hace más de sesenta años: “*Cuando entre dos sujetos hay un cambio de titularidad [elemento subjetivo], una transmisión de una unidad organizativa de medios materiales e inmateriales, en los que se estructuran unos medios de trabajo ligados en sus respectivas relaciones de trabajo individuales [elemento objetivo], ha de hablarse de la transmisión de una industria*”²⁷⁴.

Aun cuando se trata de una metodología que podría considerarse un tanto arcaica, y pese a que la doctrina judicial no siempre la emplea, se faltaría a la verdad si no se reconociera que sigue plenamente vigente en su aplicación²⁷⁵ y que la evolución de la empresa como objeto de transmisión no ha enervado su principal virtud, que es la de situar los supuestos de hecho en los que se analiza si existe una sucesión legal de empresa para comprobar si ha existido un verdadero cambio de titular empresarial y si aquello transmitido (en su día la industria y maquinaria y hoy los intangibles, la app o el algoritmo) son verdaderos negocios capaces de generar bienes y servicios. Por tanto, debe concluirse aquí que, pese a que el conjunto de elementos o sistema de filtros al que se alude en el apartado 7 es el más fiable para realizar el análisis sobre la concurrencia del supuesto de hecho que desencadena la sucesión de empresa, la tesis del elemento objetivo y subjetivo sigue siendo útil para situar y plantear, con carácter previo, si podemos estar ante una transmisión de empresa a efectos del artículo 44 ET.

5.1 ELEMENTO SUBJETIVO

El elemento subjetivo se centra en analizar si ha existido un cambio de titular empresarial, si ha cambiado de manos una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. Independientemente del negocio jurídico del que se trate, se analiza aquí si A ha transmitido a B a través de cualquier vía (venta, cesión, donación, arrendamiento de industria o de negocio, cambio de adjudicataria en una contrata, reversión, ejecución hipotecaria o toma de posesión de inmueble en el que se desarrolla actividad económica, adquisición *de facto* e incluso sin título y en precario, etc.) una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. Si la respuesta es afirmativa, se habrá cumplido el elemento subjetivo.

Las vías de transmisión que generan el presupuesto del elemento subjetivo son muy variadas. La doctrina se ha referido a estas “vías de transmisión que constituyen el elemento subjetivo” en el sentido amplio y flexible en el que debe interpretarse, y ha incidido en que “*la doctrina judicial atribuye capacidad*

²⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de empresa”, *op. cit.*, pág. 38.

²⁷⁵ La vigencia de esta metodología se recoge, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 510/2021, de 11 de mayo de 2021; recurso 1772/2018, fundamento de derecho tercero, párrafo segundo, que resume que “(...) para que opere la sucesión de empresa (...) han de concurrir dos requisitos, a saber, a) uno de carácter subjetivo y que consiste en la sustitución de un empresario por otro (cedente y cesionario); b) otro de carácter objetivo, que consiste en que el cesionario adquiera, por cualquier título una empresa, esto es, un conjunto organizado de medios personales, materiales o inmateriales necesarios para llevar una actividad económica encaminada a colocar bienes y servicios al mercado”.

*transmisiva a cualquier negocio jurídico o situación que suponga un cambio en la posición jurídica de empresario, al margen de que dicho cambio tenga o no carácter voluntario*²⁷⁶.

De hecho, en esta línea, se ha venido advirtiendo también que el concreto modo o vía a través de la cual se produce la sucesión de empresa no es relevante, pues el artículo 44 ET “no utiliza una técnica enumerativa de los supuestos de sucesión de empresa que dan lugar a la subrogación del nuevo empresario en la posición contractual anterior, sino que situándose en una perspectiva más amplia, se refiere genéricamente al cambio de titularidad de la empresa o de parte de ella”²⁷⁷.

Lo mismo sucede con el concepto de *cesión contractual* que emplea la Directiva 2001/23, que debe interpretarse de manera amplia y cubre “cualquier cambio en la figura del empleador” (STJUE de 2 de diciembre de 1999, asunto *Allen* —TJCE 1999, 283—, entre muchas otras). En definitiva, “la doctrina judicial atribuye capacidad transmisiva a cualquier negocio jurídico o situación que suponga un cambio en la posición jurídica del empresario”²⁷⁸.

Varias son las vías de transmisión que provocan la concurrencia del elemento subjetivo en el ámbito del derecho privado²⁷⁹: compraventa, cesión, donación, usufructo, arrendamiento de industria o de negocio, cambio de empresa prestadora de servicios en sucesión de contratistas cuya principal es una empresa privada, reversión tras la finalización de un contrato de prestación de servicios, ejecución hipotecaria de un inmueble en el que se desarrolla actividad económica, toma de posesión de un inmueble perfectamente equipado para realizar una actividad económica, cesión de remate del inmueble en el que se desarrolla una actividad económica y su toma de posesión, arrendamiento de inmueble si en la práctica, junto con el inmueble, se reciben todos los elementos necesarios para proseguir la actividad económica que se desarrollaba en su interior (hotel, gimnasio...), adquisición de facto de un inmueble por ocupación y toma de posesión de facto de los muebles que se encuentran en su interior, herencia y sucesión *mortis causa*, etc.

También puede resultar un supuesto de elemento subjetivo (en supuestos fraudulentos) el cierre y liquidación de una empresa y la sucesiva constitución de una nueva con los elementos esenciales que configuraban la anterior. Incluso es posible que se produzca el elemento subjetivo por una situación *de facto*, sin amparo jurídico, pues es posible constatar supuestos de “ocupación ilegal de negocios” en caso, por ejemplo, de que la gestora de un hotel deje de abonar el canon de arrendamiento, incumpla el contrato y lo ocupe y explote ilegalmente. Conviene señalar que no es un supuesto tan de laboratorio

²⁷⁶ MERCADER UGUINA, Jesús: “Comentario al artículo 44 ET”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús (dirs.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lexnova, Valladolid, 2014, 3.ª ed., págs. 504 y 505. MERCADER UGUINA expone en los comentarios al ET que “generan cambio de titularidad empresarial la venta del negocio o empresa, el arrendamiento, la cesión, donación, venta judicial, herencia... Con carácter general, la transmisión de empresa requiere que el negocio jurídico se produzca entre cedente y cesionario pero ello no impide que la sucesión empresarial pueda operar por medio de un tercero, sin que exista tracto directo entre anterior y nuevo titular. Esto último es lo que ocurre en el caso de arrendamiento de empresa [SSTS 16-5-1990 (Ar. 4343) y 27-2-2012 (Rec. 202/2010)]. También son válidos a efectos de generar sucesión empresarial, fenómenos societarios como la escisión y fusión de empresas [SSTS 30-09-2003 (Rec. 88/2002), 12-11-1993 (Rec. 4062/1992) y 22-06-1993 (Rec. 416/1992)]”.

²⁷⁷ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, op. cit., pág. 76.

²⁷⁸ MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 598.

²⁷⁹ Una relación detallada aparece también en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 115.

como se podría pensar y, en ocasiones, se producen esas situaciones en el que existe un explotador de un negocio que lo hace en precario, sin título, porque por la vía de los hechos ha tomado posesión de esa explotación y la ha explotado. Muestra de esta situación en un hotel se producía en el supuesto que resolvió la Sentencia 531/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 14 de diciembre de 2017 (AS 2018/133).

Evidentemente, también son supuestos de activación del elemento subjetivo las modificaciones estructurales de las sociedades cuando *“comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”* (disposición adicional primera de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Esto es, fenómenos societarios como la transformación, fusión, escisión, fusión transnacional, traslado internacional de domicilio social, segregación patrimonial que pueda dar lugar a la creación de una empresa autónoma e independiente (por ejemplo, filiales), cesión global de activo y pasivo, etc.

De manera similar, otro supuesto que conduce de manera directa a la sucesión de empresa es el arrendamiento de industria, precisamente porque conlleva el arrendamiento de un negocio. Como describió ALBIOL, *“consistiendo la empresa en una cosa productiva, su entrega en arrendamiento significa la obligación por parte del arrendatario de utilizarla en el sentido que se infiera de su propia naturaleza y no puede ser otro sino el de continúa la explotación a que la misma está preordenada”*²⁸⁰. En efecto, el arrendamiento de industria supone, en todo caso, un supuesto de sucesión de empresa, en la medida en que se arrienda un negocio en funcionamiento²⁸¹. Es constante la doctrina que indica que no es precisa la transmisión de la propiedad de la empresa para que exista sucesión y que se puede ostentar la calidad de empresario *“no solo en concepto de titular en propiedad de la industria o negocio, sino también en concepto de arrendatario, usufructuario o de cesionario de use y disfrute por cualquier otro título”*²⁸², por tanto, esto vincula laboralmente al arrendatario con los trabajadores de la empresa arrendada. Y, además, *“la admisión explícita de arrendar una empresa y la obligación de explotarla que pesa sobre el arrendatario son lo suficientemente claras para necesitar ulterior comentario”*²⁸³. Por tanto, la transmisión de la cosa por arrendamiento de industria conlleva sucesión de empresa e, igualmente, su reversión de la arrendataria de industria a la arrendadora comporta una sucesión de empresa. Se cita, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 899/2019, de 27 de septiembre (AS 2019, 2363), que razona que el Ayuntamiento que ha recuperado para gestionar y explotar de forma directa un aparcamiento va a ser considerado cesionario en una sucesión de empresa del artículo 44 ET *“al haber recuperado el inmueble e industria en la que se llevaba a cabo la actividad en forma de arrendamiento de industria”*²⁸⁴. Existen muchos más pronunciamientos en este sentido (que

²⁸⁰ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 31.

²⁸¹ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4343] y 5 de febrero de 1991 [RJ 1991, 800], de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de enero de 2014 (núm. de recurso 283/2013), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de abril de 2017 (núm. de recurso 25/2017), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 6 de mayo de 2009 (núm. de recurso 286/2009) o de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 13 de junio de 2017 [JUR 2017, 229751].

²⁸² Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de noviembre de 1981 (Aranzadi 81/6378) y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1968 (Aranzadi 68/4501).

²⁸³ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 30.

²⁸⁴ Razona la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que *“(…) en definitiva, el Ayuntamiento demandado ha puesto fin a la relación laboral con la actora una vez que tuvo lugar la sucesión empresarial por reversión de la industria, y*

declaran sucesión de empresa en caso de cambio del arrendatario de un arrendamiento de industria), por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 229751), que analiza el arrendamiento de industria de un *spa* y área de relajación.

En ocasiones ocurre que, bajo la estructura formal del contrato de arrendamiento de local, se oculta un verdadero arrendamiento de negocio (la determinación del precio sujeto a los ingresos de la actividad, por ejemplo en el caso de los hoteles, puede resultar un indicio revelador de este punto). Conviene recordar, por tanto, que habrá que estar a la naturaleza real del contrato y a su objeto, y no al *nomen iuris*, para poder determinar si se está ante un arrendamiento de industria (y, por tanto, ante una sucesión de empresa) o ante un verdadero arrendamiento de local.

Por lo que respecta a la compraventa de acciones o participaciones sociales, ya se han expuesto anteriormente los recelos de la doctrina acerca de que no constituye sucesión de empresa al no activarse el engranaje por falta de concurrencia del elemento subjetivo, pues no existe un cambio de titular empresarial, si bien quizá la evolución del concepto de empresa como objeto transmisivo y las estructuras actuales en las que interviene de manera decisiva el accionariado (por ejemplo en las *private equity* a las que alude PRASSL²⁸⁵) tienen como efecto que el modo más habitual de comprar y vender empresas (por la vía de la transmisión de acciones) queden fuera de la protección de la normativa sucesoria, por lo que quizá debieran regularse elementos protectores respecto de los trabajadores en estos casos de cambio de accionariado en proporciones muy mayoritarias o totales, aun cuando no sean supuestos de sucesión empresarial. Nos remitimos a este respecto, a lo expuesto en el capítulo 5 en el que se realizan propuestas legislativas concretas.

En todo caso, y a los efectos del elemento subjetivo, es claro que el cambio de accionariado en ningún caso supone una sucesión de empresa del artículo 44 ET, porque no existe allí cambio de titular empresarial, sino que se toma el control de la empresa por la vía del accionariado. De este modo, no existe un cambio de titularidad empresarial, pues las posiciones jurídicas de los miembros de la organización son las mismas (mismo titular empresarial, que no cambia, y misma relación con los trabajadores, que no se ve alterada por el hecho de que haya un cambio de accionariado de ese titular empresarial, que sigue siendo el mismo). Se citan, en este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999, núm. recurso 4003/1998, o la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012, núm. de recurso 3754/2011).

CAMPS RUIZ²⁸⁶ ha expresado esta idea aludiendo a que la transmisión de acciones no supone sucesión de empresa porque *“frente a los trabajadores afectados seguirá siendo responsable la sociedad titular de la empresa y no, en principio, aquella otra —o, en su caso, la persona física— que hubiera adquirido sus participaciones sociales”*. Cita en apoyo de este razonamiento la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (JUR 65/1987) y la Sentencia de la Sala de lo Social del

en consecuencia los efectos del despido de que ha sido objeto la actora solo pueden recaer sobre el Ayuntamiento demandado, absolviéndose de la demanda a la anterior arrendadora de la gestión y explotación del aparcamiento, porque su decisión de extinguir el contrato de arrendamiento de industria se efectuó en los términos del contrato; y a la concesionaria inicial de la gestión y explotación, puesto que la decisión del Ayuntamiento fue la de gestionar y explotar por sí mismo el aparcamiento”.

²⁸⁵ PRASSL, Jeremias: *The concept of employer*, op. cit., pág. 81.

²⁸⁶ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, op. cit., págs. 59-60.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de octubre de 1991 (RJ 558, 1992). Esta última es especialmente ilustrativa al señalar que “(...) *el control [de una sociedad por otra] (por la adquisición de la mayoría o de la totalidad de su capital social, del que las acciones no son sino parte alícuota) deja intacta la personalidad jurídica de una y otra, a menos que se produzca un fenómeno de subrogación por absorción*”.

Por último, también puede originarse el elemento subjetivo en un supuesto en el que se produce un *carve out* o delimitación de la unidad productiva y se externaliza a través de una escritura de aportación de rama de actividad, de modo que se genera un volcado de toda esa unidad productiva en una sociedad de nueva creación o *newco*. Un ejemplo claro de este supuesto lo constituyó la transmisión por parte de algunos bancos de la unidad productiva autónoma que constituía el *servicer* o plataforma de recuperación de crédito contencioso derivado de los impagos, así como la gestión y venta de inmuebles derivados de esas ejecuciones hipotecarias (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017, núm. recurso 165/2016).

5.2 ELEMENTO OBJETIVO

Mientras el elemento subjetivo se enfoca en determinar si ha habido un cambio de titular de la empresa, el elemento objetivo gravita, en cambio, en torno al análisis de lo que se ha transmitido exactamente, si se está ante un verdadero negocio o no. Si se ha traspasado un conjunto de elementos organizados (tradicionalmente se ha aludido a elementos materiales, inmateriales y personales) que permiten, por sí mismos, la continuación de una actividad económica sin necesidad de aportación de medios relevantes por parte del cesionario. Como aquello que entendemos por empresa como objeto de transmisión está experimentando tantos cambios, es precisamente en el elemento objetivo donde más incidencia va a tener esa mutación y progresión. En definitiva, se trata de confirmar si ese conjunto organizado de medios que se ha transmitido permite, por sí mismo, la realización de una actividad principal o accesoria. Y, como estamos viendo, es posible que el elemento más representativo del elemento objetivo sea el intangible. Por tanto, esto tiene una incidencia directa en el elemento objetivo, en el que, como resume la doctrina, “*lo decisivo es que lo transmitido sea susceptible de una explotación unitaria*”²⁸⁷.

Por consiguiente, se analiza aquí sí, con aquello que se transmite de A B, esta segunda puede, *de facto*, proseguir sin solución de continuidad con la actividad económica principal o accesoria que realizaba A, porque recibe de A todos los elementos necesarios para ello. Si la respuesta es afirmativa, se habrá cumplido el elemento objetivo.

En realidad, podríamos concluir que el verdadero meollo del asunto, lo capital para concluir si *habemus* sucesión de empresa, se encuentra en determinar si se cumple el elemento objetivo. A esa tarea se han dedicado, de manera principal, los pronunciamientos judiciales tanto en la jurisprudencia española como en el TJUE. No en vano, la doctrina se ha encargado de enfatizar, acerca del elemento objetivo, que “(...) *este aspecto objetivo referido a aquello que deba transmitirse es una cuestión habitualmente sometida a debate, no pacífica, y que ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo, así como a conocidos pronunciamientos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”²⁸⁸. Sin duda, como se ha defendido en el capítulo 2, resulta capital seguir estos

²⁸⁷ MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 600.

²⁸⁸ RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: “Sucesión de empresa. Comentario al artículo 44”, en GOERLICH PESET, José María: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 836.

pronunciamientos del TS, pero sobre todo también los del TJUE, pues marcan el camino para determinar cuándo existe o no sucesión de empresa, como ocurre, por ejemplo, con el análisis del “conjunto de elementos” al que nos referimos en el siguiente apartado y que en cierto modo ha venido a desbancar en importancia el análisis del elemento objetivo y subjetivo, pues podría decirse que se adecua mejor al tipo de empresa ante el que se está y sopesa mejor los distintos rasgos que conforman una empresa y cómo debe darse mayor o menor importancia a cada uno de ellos. Se adapta así, mucho mejor, a la metamorfosis de la empresa.

5.3 UTILIDAD ACTUAL DEL ANÁLISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO

En todo caso, como se ha mantenido al principio de este apartado, quizá pueda decirse que, en parte, la utilidad del elemento subjetivo y objetivo ha ido desapareciendo precisamente en detrimento de ese sistema sugerido por el TJUE. Pero debemos concluir también que el binomio que conforma el elemento subjetivo y objetivo sigue siendo útil para situar inicialmente y plantearse, ante un supuesto, si existe o no sucesión, de modo que continúa siendo útil para descartar algunos supuestos y, sobre todo, para determinar si existe un cambio de titular empresarial.

Podría ilustrarse esta última idea con el siguiente ejemplo: ante un caso de transmisión interna, en el seno de una misma empresa, del Departamento de Atención al Cliente desde el Departamento de *Contact Center* al Departamento de *Marketing*, que pasará de depender de una unidad de negocio a depender de otra, pero dentro de la misma empresa, se observaría que no existe elemento subjetivo porque no hay cambio de titular empresarial y se encuentran todos los empleados dependiendo del mismo empleador antes y después de la transmisión, independientemente de que hayan sido transferidos internamente a otra unidad de negocio de la empresa (por ejemplo, del Departamento de Posventa a Servicios Centrales) con todos los elementos que permitan su funcionamiento sin interrupción alguna. Distinta conclusión se alcanzaría si ese traspaso, en lugar de hacerse entre unidades de negocio, se realiza a otra sociedad (por ejemplo, del mismo grupo) que reúne todos los servicios transversales que se prestan al grupo, pues ahí sí existiría un cambio de titular, o la sustitución del anterior empresario por uno nuevo. O podría plantearse el caso de traspaso del Departamento de Logística, Transporte y Distribución se delimita y se vende una empresa a otra tercera empresa, caso en el que se observa que hay un cambio de titular empresarial (y por eso concurre el elemento subjetivo). Por tanto, aparece en ese supuesto el elemento subjetivo. Superado el análisis de la existencia del elemento subjetivo, a continuación, para determinar si estamos ante un 44 ET, habría que analizar si se transmiten todos los elementos necesarios para que la continuación del negocio fuera posible con aquello aportado (transmisión de camiones, conductores, contrato de almacén, carretillas elevadoras, muelles de carga, clientes a quienes servir ese servicio de transporte, etc.).

Por tanto, como puede observarse, el binomio elemento objetivo y elemento subjetivo resulta útil todavía en el análisis de la existencia de sucesión de empresa legal. Pero podemos sostener que, en la medida en que lo que verdaderamente resulta capital es el elemento objetivo y su concurrencia o no, cabe llegar a la conclusión de que el análisis de la existencia o no de sucesión con base en este binomio ha ido quedando desfasado y obsoleto como herramienta principal, y que es más preciso el análisis del conjunto de elementos, sin perjuicio de que se siga teniendo en cuenta en algunos casos para situar la problemática de la sucesión de empresa (por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 510/2021, de 11 de mayo de 2021; recurso 1772/2018, fundamento de derecho tercero, párrafo segundo).

6. DOS DOCTRINAS DE LA SALA CUARTA ESENCIALES EN EL ANÁLISIS PREVIO Y QUE DESCARTAN LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESA

Como parte del análisis del elemento objetivo, conviene señalar la importancia de dos doctrinas de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, en el necesario análisis preliminar, deben tenerse en cuenta, porque permiten descartar varios escenarios que no son constitutivos de sucesión de empresa legal. Se trata de los casos en los que se transmiten elementos patrimoniales aislados y de los casos en los que la empresa cesionaria, para poder llevar a cabo la actividad económica, necesita aportar elementos esenciales no accesorios. Como veremos, tener en cuenta estas doctrinas resulta muy pertinente a la vista de la transformación del concepto en empresarial. Por lo que respecta a la primera, porque puede haber debate sobre si la transmisión de un elemento concreto (por ejemplo, una *app* que englobe los elementos medulares de la actividad) es un elemento patrimonial aislado o es un verdadero negocio autónomo en sí mismo. En cuanto a la segunda, porque puede ocurrir que se transmitan diversos elementos materiales (mobiliario, oficinas) y personales (empleados), pero que la necesaria aportación de elementos inmateriales por el cesionario (licencias, *software*, producto, crédito de los proveedores y clientela) enerve la sucesión, como analizaremos en el caso de las agencias de viajes.

6.1 NO EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA CUANDO SE TRANSMITEN “ELEMENTOS PATRIMONIALES AISLADOS”

La existencia o inexistencia de una sucesión de empresas debe analizarse y resolverse caso por caso, y la cuestión clave para discernir si estamos ante una transmisión de una verdadera empresa, centro de trabajo o unidad productiva, reside en verificar si lo transmitido es un negocio; si es susceptible, por sí mismo, de ser explotado económicamente de manera separada sin necesidad de que el cesionario aporte elementos indispensables y esenciales, no accesorios, para que pueda proseguirse con la actividad.

La primera valoración a realizar en este punto es la comprobación de si se está o no ante un negocio susceptible de ser explotado de manera independiente, si se transmiten o no los componentes esenciales que aseguren su continuidad, o bien si lo que se está enajenando son meros “elementos patrimoniales aislados”. La doctrina de principios de los años noventa, con apoyo en numerosas sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya insistía en esta idea. Así, CAMPS RUIZ²⁸⁹, enseñó con acierto que “(...) *que no existe empresa —ni en su caso, transmisión de la misma a efectos del 44 del ET— cuando se está en presencia únicamente de alguno de los elementos que forman el conjunto empresarial organizado, por importante que pudieran ser aisladamente considerados*”.

Se citaba, en este sentido, que no existe sucesión de empresa cuando se transmite “*un específico y determinado bien ... que resulta valioso pero insuficiente para continuar la actividad de la empresa*” (STS de 12 de septiembre de 1988; AS 6875, 1998); “*no la industria o unidad empresarial (...) sino (...) la parte más amplia de sus bienes*” (STCT de 8 de julio de 1983; JUR 5250, 1983). Tampoco existe cuando se transmite “*el edificio construido y las instalaciones fijas, más no el negocio en marcha y su titularidad*” (STCT de 4 de diciembre de 1975, JUR 5490, 1975), o “*el uso del terreno con la edificación, quiosco asentado sobre dicho terreno, más no el mobiliario y demás utillaje indispensable para el desarrollo del negocio*” (STC de 4 de mayo de 1989 (JUR 3456, 1989), o “*las antiguas naves industriales*” en las que, tras su reforma, se instaló “*nueva maquinaria*” y se implantó un “*cambio de organización que modifica correlativamente el contenido de la actividad industrial*”, entre otros supuestos. Nótese que esta doctrina

²⁸⁹ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, op. cit., págs. 25 y ss. Incluye numerosos ejemplos de inexistencia de sucesión de empresa por transmisión de “elementos patrimoniales aislados”.

se construye en el marco de un concepto algo más patrimonializado de empresa, todavía imperante en los años setenta y ochenta, como se ha visto en los capítulos 1 y 2. Pero la noción sigue siendo plenamente aplicable en el marco de la sociedad posindustrial y de la empresa basada en otro tipo de componentes, no solo en los tangibles.

Así, esta misma idea aparece con mayor precisión en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 (RJ 2003, 6113), posiblemente la sentencia de referencia sobre esta doctrina, que expuso²⁹⁰ que, para que exista una sucesión de empresas del artículo 44 ET, lo transmitido tiene que ser *“una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada”* y que *“no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite no es (...) un conjunto organizativo, sino unos «elementos patrimoniales aislados»”*. Por supuesto, ello a salvo de que los no transmitidos sean accesorios.

Se contraponen, en definitiva, la transmisión de elementos patrimoniales aislados a la transmisión de una *explotación empresarial viva* a la que se refiere la STS de 25 de febrero de 2002 (RJ 2002, 6235), que interpreta que *“(…) por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto [se refiere al 44 ET] o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas en 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”*.

Las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 503/2016, de 8 de junio de 2016 (RJ 2016, 4407), y 1043/2017, de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5937), muestran que la doctrina de los “elementos patrimoniales” aislados de la STS de 16 de julio de 2003 sigue plenamente vigente en la Sala Cuarta en una actividad no productora de servicios, sino más posindustrial. Resuelven supuestos en los que se discute un supuesto más propio de la sociedad prestadora de servicios y de la construcción de redes empresariales. En concreto, en los procesos de escisión de la banca de sus negocios de recuperación de activos tóxicos, Así, se discute si el *carve out* (delimitación y posterior volcado) y la externalización de esos *servicers* (plataformas de recuperación de créditos impagados) de dos importantes bancos, que externalizaron las plataformas recuperadoras del crédito contencioso (conocidos como NPL o *non performance loans*) y de la gestión y venta de los inmuebles derivados de las ejecuciones hipotecarias, constituían verdaderos negocios y unidades productivas, o bien si se trataba de *“elementos patrimoniales aislados”*²⁹¹. Es interesante comprobar la argumentación que realiza la segunda de estas sentencias, que en su fundamento jurídico quinto, apartado segundo, disertaba que *“[a] partir de este momento ya podemos hablar de una unidad productiva autónoma que por sí misma puede ser objeto de explotación económica, en tanto constituye una entidad ordenada de medios productivos y no simples elementos patrimoniales aislados, que en términos de la definición legal del art. 44.2º ET estaba estructurada como una infraestructura organizada a fin de llevar a cabo una actividad perfectamente individualizable, y que aisladamente considerada tiene un elevado valor de mercado, al ser idónea para generar por sí misma un relevante movimiento económico que puede ser objeto de explotación mercantil individualizada y separable”*.

²⁹⁰ Con referencia a doctrina anterior de la Sala Cuarta. Por todas, en su Sentencia de 27 de octubre de 1986.

²⁹¹ Se describen con todo detalle estos casos en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 198 y ss.

Las sentencias recogen el intenso debate sobre si se trataba o no de la transmisión de una verdadera empresa o si, por el contrario, tan solo se ponían a disposición de las nuevas entidades que se iban a encargar de la recuperación del crédito contencioso y de la venta de los inmuebles derivados de las ejecuciones hipotecarias unos meros elementos patrimoniales aislados. Uno de los argumentos en contra de la sucesión de empresa señalaba que los activos tóxicos (créditos impagados e inmuebles derivados de las ejecuciones hipotecarias) continuaban en propiedad de las entidades bancarias que habían transmitido las plataformas de recuperación o *servicers*. Pues bien, el debate que late en los hechos probados de la STS 1043/2017, de 20 de diciembre de 2017, revela el esfuerzo probatorio que se realiza para acreditar la existencia de una transmisión de empresa. Así, se probó que la plataforma transmitida tenía que ser una empresa, tanto atendiendo a su coste de su venta (720 millones de euros) como también a su capacidad de generar millones de euros de facturación en el primer mes de vida tras ser transmitida y su capacidad de adjudicarse concursos (por ejemplo, el de la gestión de créditos de la SAREB al poco de su venta²⁹²). Pero, sobre todo, destaca la falta de necesidad de que la cesionaria aportara de elementos esenciales para conseguir esa continuidad del negocio. Esto revelaba que era una auténtica transmisión de empresa. Y ello teniendo en cuenta que lo transmitido comprendía un grupo de empleados, *software*, contratos relativos a proveedores, alquiler de oficinas, bienes inmateriales de gestión, signos distintivos, dominios de internet, aplicaciones informáticas, etc. Se incluía, por tanto, infraestructura y *know-how* organizado desde hace años en el seno de la entidad bancaria y que se gestó como negocio independiente que ahora es externalizado y vendido. Por tanto, no se trata de elementos patrimoniales aislados, sino que lo transmitido constituye una verdadera industria o unidad productiva autónoma y, por ello, existe sucesión de empresa, pues “[La actividad de esta plataforma de recuperaciones] es además de naturaleza estable y permanente en el tiempo, que no una mera obra o servicio determinado cuya ejecución estuviere constreñida a plazo o término, y que goza de autonomía suficiente dentro de la organización del global negocio bancario a la que está adscrita”.

No obstante, debe insistirse en que uno de los argumentos centrales fue la capacidad de estos *servicers* transmitidos para continuar con el negocio y facturar relevantes cantidades sin solución de continuidad. Así la STS 1043/2017, de 20 de diciembre de 2017, recoge como “*en fecha 31-1-2014 [es decir, un mes después de ser transmitida] ya había tenido ingresos superiores a 14 millones de euros, y al término de esa anualidad el resultado de explotación supera los 63 millones, siendo que en 2015 presenta un EBIDTA de 160 millones de euros, con beneficio neto de 23 millones*”. Fue este un argumento definitivo, dado que se concluye que “*La magnitud de estas cifras es claramente reveladora de la importancia económica, autonomía y sustantividad de la que goza esa parte del negocio, organizada como una unidad productiva diferenciada y susceptible de poder disgregarse de las empresas a las que anteriormente pertenecía*”. Conviene retener, por tanto, que, para determinar si se ha transmitido una empresa en funcionamiento o elementos patrimoniales aislados, puede considerarse la potencial capacidad de aquello transmitido para generar facturaciones relevantes sin solución de continuidad y sin aportación de medios decisivos por parte de la cesionaria.

En consecuencia, ha de concluirse que la doctrina de los “elementos patrimoniales aislados” va a resultar decisiva para determinar si existe sucesión de empresa si verdaderamente hay una transmisión de un

²⁹² La STS 1043/2017, de 20 de diciembre de 2017, describe que “(...) la actividad de la nueva empresa no se limita a la gestión de los créditos impagados del grupo (...), sino que suscribe contratos con otras entidades ajenas al mismo para prestar ese mismo tipo de servicios, e incluso resulta adjudicataria del concurso promovido por la SAREB que afecta a una cartera de 44.000 inmuebles y préstamos por 14.000 millones de euros”.

negocio o meros elementos aislados. Si se transmite un conjunto de elementos organizado, susceptible de realizar una actividad principal, no accesoria, existirá esa sucesión de empresa. No obstante, no la habrá si se transmiten “elementos patrimoniales aislados”, si es precisa la aportación de elementos decisivos, esenciales y no accesorios, por parte de la cesionaria.

6.2 NO EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA CUANDO LA CESIONARIA APORTA ELEMENTOS ESENCIALES, NO ACCESORIOS, PARA QUE PUEDA LLEVARSE A CABO LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA (DOCTRINA SOBRE LA NECESIDAD DE LOS MEDIOS APORTADOS POR LA CESIONARIA)

Otro elemento crucial para descartar la existencia de sucesión de empresa consiste en verificar si, pese a la existencia de transmisión de ciertos elementos por parte del cedente, el cesionario aporta factores esenciales que intervienen de manera decisiva en la producción y en la posibilidad de continuidad del negocio. En estos casos tampoco existe sucesión de empresa. Y no se trata tanto del coste que implique esa aportación (pues se mide en términos cualitativos y no cuantitativos), sino de la necesidad de esa aportación por el cesionario para que pueda producirse la continuidad del negocio. Esta última es la que impide concluir que se haya traspasado una verdadera empresa en funcionamiento y que, por tanto, no puede aplicarse el régimen sucesorio.

En este sentido, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 (JUR 2015, 68338) declara la inexistencia de sucesión de empresas en un cambio de adjudicataria de servicios de *contact center* como consecuencia de la aportación de elementos materiales relevantes por parte de la nueva adjudicataria (FD 4.º último párrafo). Destaca el Tribunal Supremo que “*lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales [aportados por la entrante] sino la necesidad de los mismos*”.

En este caso, en el que se analiza un cambio de adjudicataria en el sector del *contact center* (en cumplimiento del convenio la cesionaria contrató a 221 de 227 trabajadores), se plantea un pleito en el que se discute si puede existir una sucesión de empresa legal o una sucesión de plantillas. Como ha expuesto SEMPERE NAVARRO, “(...) *en el caso no hay transmisión de medios organizados*”²⁹³, si bien esta es una sentencia importante desde la perspectiva de la sucesión convencional en el sector del *contact center*, que se analizará en el capítulo 4. En todo caso, interesa aquí destacar que se descarta la existencia de sucesión de empresa porque “*la nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad desempeñada por la anterior asumiendo parte de su plantilla, sino que ha puesto sus propias instalaciones (inmuebles que incluso tenía antes), ha puesto en marcha tres plataformas, centros de trabajo desde los que operar, y otros medios materiales como sistemas de telefonía, sistemas de comunicación, medios informáticos y todo lo necesario para la prestación del servicio, hardware y software, número mínimo de líneas telefónicas, teléfonos fijos y móviles, cuentas de correo, impresoras y scanners, entre otros medios que se detallan en pliego de condiciones*”.

Esta jurisprudencia razona sobre la esencialidad de esos medios aportados por la cesionaria, que enerva la posibilidad de que estemos ante una sucesión de empresa legal porque, sin esos elementos, “(...) *la actividad no podría ser desarrollada, porque lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos, ya que, la importancia de los factores que intervienen en la*

²⁹³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Video-comentario a la STS, de 27 de enero (RJ 2015,471). Inexistencia sucesión de empresas; sucesión de contratistas de prestación de servicios telefónicos de Contact Center, sin que haya existido transmisión de medios materiales e infraestructura entre la antigua y la nueva contratista, que ha puesto sus propias instalaciones”, *Aranzadi Digital*, n.º 1/2020 (BIB\2020\34046).

producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad, necesidad que en este caso es evidente porque sin las inversiones hechas por la nueva contratista y demás medios materiales puestos por ella los trabajadores que contrató de la antigua no habrían podido prestar el servicio que requería la actividad por falta de instalaciones y demás medios materiales (...)”.

Por tanto, cuando mediante lo transmitido no sea posible la continuación de la actividad y se demuestre que la aportación de elementos por parte de la nueva adjudicataria no ha sido baladí o accesorio, sino indispensable para la continuación de la actividad, no existirá sucesión de empresa, y ello independientemente del coste de las inversiones en medios materiales de la cesionaria (por ejemplo, puede que la cesionaria ya cuente con esa infraestructura, ya posea esos elementos indispensables que aporta a la actividad para que la explotación económica pueda tener lugar). Puede concluirse, pues, que existe una doctrina sobre la “necesidad de los medios aportados por la cesionaria”, en la que lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales aportados por la entrante para que la actividad pueda tener lugar, sino la necesidad de los mismos. Ello provoca que no se transmita una industria equipada con los elementos esenciales para su explotación y, por ende, que no exista sucesión de empresa del artículo 44 ET.

Esta doctrina de la Sala Cuarta se encuentra plenamente consolidada y es aplicada, por ejemplo, por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 563/2021, de 20 de mayo de 2021, recurso 145/2020, que, con cita de la STS de 27 de enero de 2015 (recurso 15/2104), recuerda que “*si se traspasan medios materiales, de forma que la nueva contratista realiza el servicio con medios que utilizó la anterior, procede analizar la importancia de los medios traspasados en relación con la naturaleza de la actividad externalizada*”.

Por último, y en el marco de actividades muy afectadas por la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión, conviene destacar la importancia que esta doctrina ha tenido en el sector de agencias de viajes. Hay que anticipar aquí que un consolidado grupo doctrinal de distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia ha resuelto que, en el caso de quiebra de un operador turístico relevante y contratación, por parte de otro, de más de mil trabajadores y continuación en los contratos de arrendamiento de oficinas (agencias de viajes) no existió sucesión de empresa porque estas no podían funcionar sin la imprescindible aportación de elementos (señaladamente inmateriales) realizada por la cesionaria, consistentes en licencias (códigos IATA para emitir aviones y licencias Renfe para expedir billetes), programas informáticos (como el sistema AMADEUS para poder reservar y adquirir billetes y el sistema FRONT que aporta el producto y el crédito de los proveedores), etc. El supuesto se analiza con detalle en el apartado 10.3 posterior.

Otro ejemplo de la aplicación de esta doctrina lo constituye la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril de 2019 (JUR 2019, 164783)²⁹⁴, que declara la inexistencia de sucesión de empresas en el caso de transmisión de un *implant* de agencia de viajes (cambia el gestor de ese *implant* emplazado en las oficinas de la empresa principal cliente). La Sala razona que no se transmitió una empresa en funcionamiento “(...) *pues fue necesaria la aportación por parte de [la nueva adjudicataria del implant] de elementos imprescindibles para el adecuado desarrollo*

²⁹⁴ Para un análisis detallado de este supuesto, véase MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cambio de adjudicataria de un *implant* (comentario a la STSJ de Asturias de 25 de abril de 2019 y alusión a la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto *Dodic*)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 223, septiembre de 2019, págs. 221 y ss.

de la actividad empresarial, como son las aplicaciones informáticas y las licencias precisas para la adecuada gestión de los viajes del personal de [la empresa cliente], pues sin tales elementos, aun contando con la plantilla de trabajadores, no se podía conseguir el adecuado funcionamiento de la empresa”.

De lo anterior cabe extraer otra relevante conclusión. La doctrina sobre la necesidad de la aportación de medios realizada por la cesionaria ha demostrado que, en ocasiones, precisamente puede haber una aportación imprescindible de elementos inmateriales que sean los esenciales y en los que básicamente descansa la actividad, por lo que su aportación enerve la sucesión de empresa en este nuevo concepto mutado empresarial con el que debe realizarse un análisis. Así, con anterioridad la transmisión de empleados y oficinas hubiera podido llevar a la conclusión de que existía una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET, pero en la actualidad, teniendo más contexto sobre la necesidad de los elementos inmateriales y sobre el hecho de que estos son los elementos esenciales y no accesorios, podemos concluir que constituyen la base del negocio y que sin ellos no es posible la continuación de la actividad.

7. EL ANÁLISIS DEL “CONJUNTO DE ELEMENTOS” AL QUE SE REFIERE EL TJUE

Ya se ha dicho que el análisis acerca de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo constituía tradicionalmente el punto de partida al estudiar si un supuesto podía ser constitutivo de sucesión de empresa. No obstante, aunque hoy en día continúa siendo vigente y de utilidad para situar inicialmente el análisis de si existe sucesión de empresa, nuestra jurisdicción social, por la influencia de la jurisprudencia del TJUE, se centra ahora, particularmente, en el denominado análisis del “conjunto de elementos” a los que se refería el TJUE originariamente a partir de su sentencia de 18 de marzo de 1986, asunto *Spijkers*, C-24/85 y demás sentencias posteriores. A continuación nos adentraremos en el estudio de cada uno de esos elementos.

7.1 PARA DETERMINAR SI EXISTE O NO SUCESIÓN DE EMPRESA DEBE ESTARSE AL “CONJUNTO DE ELEMENTOS” O “ASPECTOS A EVALUAR CONJUNTAMENTE” A LOS QUE SE REFIEREN EL TJUE Y LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fue la jurisprudencia comunitaria la que vino empleando este sistema o método conocido como el análisis del “conjunto de elementos”, o también denominado por la doctrina²⁹⁵ como “los elementos de juicio”, que aparece de manera constante en la doctrina del TJUE y de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Se trata de revisar una serie de aspectos o factores que deben “evaluarse conjuntamente” para determinar si existe una sucesión de empresas del artículo 44 ET. Por todas, se citan la STJUE de 18 de marzo de 1986, asunto C-24/85 *Spijkers* (TJCE 1986,65), una de las primeras en las que aparece este método, seguido por muchas otras en sucesivas generaciones. Por citar solo algunas de las más conocidas, señalamos la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, *Temco* (TJUE 2002, 29); STJUE de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, *Abler* (TJCE 2003, 386); STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, *Amatori* (TJCE 2014, 60); STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, *Ferreira da Silva* (TJCE 2015, 368); STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, *Aira Pascual* (TJCE 2015, 283); o, más recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, *Dodic* (JUR 2019, 144657), la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, *Grafe/Pohle* (TJCE 2020, 24), la STJUE

²⁹⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.* pág. 315 y ss.

de 24 de junio de 2021, asunto C-550/2019, *Acciona Agua* o la STJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-675/2021, *Strong Charon*.

La STJUE *Grafe/Pohle*, por ejemplo, recuerda en su apartado 24 ese conjunto de elementos o de circunstancias de hecho a analizar y precisa la tan reiterada doctrina al respecto, razonando que “(...) *Para determinar si se cumple este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, 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 o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a 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. No obstante, estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente*”.

El análisis se debe realizar caso por caso y aquí reside la riqueza y conjunto de matices en la jurisprudencia que analiza si existe o no sucesión de empresa. Esos aspectos a evaluar conjuntamente son los siguientes: (i) tipo de empresa/centro de actividad (aunque tienda a olvidarse, conviene insistir en que este es el más relevante de todos ellos, pues el análisis hay que realizarlo teniendo en cuenta dónde descansa la actividad, cuál es el tipo de actividad que se está analizando y cuál es el peso de cada uno de los elementos en esa actividad, para saber si la concurrencia o ausencia de alguno de ellos es decisiva. Ni que decir tiene que, habida cuenta de la imparable evolución del concepto empresarial, conviene tenerlo muy presente); (ii) existencia de transmisión de bienes materiales (edificios, bienes muebles); (iii) que el nuevo empleador se haga cargo de la mayoría de los trabajadores (en términos de número y competencias); (iv) existencia de transmisión de bienes inmateriales y su valor en el momento de la transmisión, criterio que cada vez está ganando más preponderancia, como se expondrá en el apartado 10; (v) transmisión de clientela; (vi) grado de analogía de las actividades ejercidas antes de la transmisión y después de ella; y (vii) duración de una eventual suspensión de las actividades.

Estos aspectos globales han sido también asumidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde hace años. Así, hay que citar, por ejemplo, la Sentencia de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3649), que analiza un caso de sucesión de contratos de vigilancia y servicios auxiliares de información en grandes superficies comerciales, aunque también pueden citarse muchas otras sentencias de la misma Sala que incorporan este criterio de análisis, como por ejemplo la Sentencia 619/2021 de 10 de junio de 2021, recurso 4926/2018; la Sentencia 1028/2020, de 25 de noviembre, recurso 648/2018; o la Sentencia 510/2021, de 11 de mayo de 2021; recurso 1772/2018. Todas ellas realizan el análisis a través del “conjunto de elementos” y citan numerosa jurisprudencia de la Sala Cuarta y del TJUE que sigue la misma metodología.

7.2 EL “TIPO DE EMPRESA DE QUE SE TRATE”

La doctrina del TJUE tiene como punto de partida, en el análisis del conjunto de elementos, el verificar y considerar qué tipo de empresa se está transmitiendo. Ya se ha expuesto en el capítulo 1 que existe una importante razón por la que el TJUE señala este criterio como el primero de todos. Y, aunque exista cierta tendencia a olvidarlo, debe insistirse desde aquí en que la mutación que ya ha experimentado la empresa como objeto transmisivo hasta la fecha, más la que está por venir y en la que nos adentramos en la actualidad, refuerza aún más la necesidad de pararse a pensar cuál es el “tipo de empresa de que se trata” al analizar si ha existido una verdadera sucesión de empresa.

También en el capítulo 1 se ha expuesto cómo lo que antaño se denominaba *industria* —el modelo de empresa de la sociedad industrial, que tiene como rasgo la producción de bienes— ha sufrido un proceso de metamorfosis. La progresiva terciarización de la economía y el hecho de que las empresas se doten de una infraestructura material mínima, donde prevalece el elemento organizativo y de gestión de servicios y actividades respecto del modelo tradicional de la producción y transformación de materias primas, han afectado de manera decisiva al concepto de la empresa objeto de transmisión. Las unidades industriales clásicas de producción son bien distintas a este tipo de empresas terciarias enfocadas a la prestación de servicios, que pueden basarse en el factor humano, el intangible, etc. No es lo mismo la actividad de transporte intermodal ferroviario de la doctrina *Aira Pascual*²⁹⁶, necesitada de infraestructuras físicas ferroviarias indispensables, equipamiento e instalaciones, que el servicio de limpieza de unas instalaciones de enseñanza secundaria, basado en la plantilla de la doctrina *Süzen*²⁹⁷, que la actividad de agencia de valores basada en las carteras y en la clientela, de la doctrina *Dodic*²⁹⁸. La evolución de lo que se entiende por empresa en cada uno de esos casos es patente. Por ello, es indispensable revisar caso por caso de qué actividad económica se trata cuando se realiza el análisis de la existencia de sucesión de empresa. Esa es la razón por la que la jurisprudencia del TJUE que asumirá la Sala Cuarta siempre exigirá que el primero de los criterios a tener en cuenta en el análisis es verificar cuál es la actividad ante la que se está o “el tipo de empresa o establecimiento de que se trate”; pues, no en vano, estos modelos de empresa (modelo económico industrial tradicional y modelo económico terciarizado) van a coexistir y coexisten en la actualidad. Esto significa que hoy en día hay que tener en cuenta si se está ante una industria clásica o ante una empresa ingravida, si se está ante una productora de bienes o ante una prestadora de servicios y, en ese contexto, comprobar cuál es la esencia de su actividad y qué elementos y activos tangibles, intangibles y/o humanos se requieren para poderla llevar

²⁹⁶ El TJUE viene razonando que debe advertirse en cuál de esos aspectos o conjunto de elementos descansa esencialmente la actividad. Si el aspecto esencial se transmite, habrá un argumento de peso para declarar la existencia de una sucesión de empresas. En la STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto *ADIF o Aira Pascual*, C-509/14, se produce una reversión de la contratista a ADIF del servicio de transporte intermodal en el que se devuelve a la principal la infraestructura necesaria (equipamiento e instalaciones) para realizar la actividad, pero no a los empleados. El TJUE subraya que aquí la actividad “descansaba de manera esencial en el equipamiento y las instalaciones”, y la transmisión de esos activos de la última contratista adjudicataria a la principal por reversión de la contrata provocó la sucesión de empresas. No importó allí que no se transmitieran los empleados, puesto que era una actividad “materializada”, basada en la industria (equipamiento e instalaciones), por lo que la falta de transmisión del personal no enervó la sucesión al transmitirse lo esencial, que era la industria que revertió a ADIF. Como es de ver, también en el siglo XXI, aunque existan actividades desmaterializadas, basadas en los activos intangibles o actividades cuya esencia sea el factor humano, siguen existiendo actividades fuertemente apalancadas en los activos tangibles y en la industria. Por ello, es relevante verificar el “tipo de empresa” ante la que está, pues puede resultar crítico para dar la solución correcta al caso y determinar si existe o no sucesión de empresa.

²⁹⁷ La búsqueda del elemento preponderante en el que descansa la actividad también puede concluir que lo esencial para la actividad económica son los recursos humanos. Es decir, que la actividad descansa de manera esencial en la mano de obra, en cuyo caso, si se transmite una parte cuantitativa y cualitativamente relevante de empleados (o los esenciales “en términos de número y competencias”) existirá una sucesión de empresa por la vía de la sucesión en la plantilla. Esta figura de creación jurisprudencial (por todas STJUE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, *Süzen*, STJCE 1997, 45; y STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto C-173/96 y 247/96, *Sánchez Hidalgo*, TJCE 1998, 309; y STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto C-127/96, C-229/96 y C-74/97, *Hernández Vidal*) se expone en el apartado 12 y es una variante de la sucesión de empresa legal.

²⁹⁸ Por su parte, la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-198/18, asunto *Dodic*, JUR 2019\144657 consideró que la actividad descansaba de manera esencial en la clientela y declaró sucesión de empresa por producirse esa transmisión de clientela, aunque no se transmitían otros elementos que se empleaban para desarrollar la actividad (edificio, inmobiliario y trabajadores) y que se consideraron accesorios en la actividad de gestión de carteras de valores de la que se trataba. Se analiza esta sentencia, muy relevante para el actual análisis de la sucesión de empresa basada en los activos intangibles, en el apartado 11.4 siguiente.

a cabo sin solución de continuidad ni aportación de elementos esenciales, no accesorios, por la cesionaria.

Se ha insistido mucho en que los criterios que componen el “conjunto de elementos” para determinar si existe o no una sucesión de empresa constituyen aspectos tan solo muy parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. En este punto resulta de interés el enfoque que algún sector de la doctrina ²⁹⁹ ha aportado a la cuestión de qué importancia relativa debe atribuirse a cada uno de estos criterios. En realidad, coincide también en que el tipo de empresa o actividad de la que se trate debe ser el primero de esos criterios, pues nos advierte de que hay que pararse a pensar en el peso y relevancia de cada uno de ellos, ya que en cada actividad uno u otro criterio serán más o menos determinantes para la realización de la actividad.

Así, la doctrina ha incidido en que *“la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios propuestos por el TJCE para determinar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva, (...), y que 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 de centro de actividad de que se trate. De ahí la importancia de que los tribunales lleven a cabo una valoración conjunta de todos ellos, debiendo enjuiciarse cada caso según las circunstancias concurrentes”*³⁰⁰.

Por tanto, deberá identificarse cuál de ellos es más relevante, atendiendo a la actividad empresarial concreta ante la que se está. Además, deberán analizarse en conjunto, caso por caso, y deberá advertirse también que, cuantos más de esos elementos concurren o, sobre todo, si se transmite el elemento que de manera esencial permita realizar la actividad, mayor será la probabilidad de que se declare la existencia de una sucesión de empresa del artículo 44 ET. Al final, la manera de proceder a este análisis recuerda de algún modo a una balanza en la que, cuantos más de esos elementos existan —más pesas se añaden a la balanza— o más significativos sean para la actividad —se añaden las pesas de mayor valor, envergadura o relevancia para la actividad de la que se trate—, se vencerá el equilibrio y se declarará la existencia de sucesión de empresas. En palabras de la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, *Grafe/Pohle* (TJCE 2020, 24), apartado 25, a la que alude el fundamento de derecho tercero de la importante STS de 24 de septiembre de 2020 (n.º recurso 300/2018), *“la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad de que se trate”*.

8. TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES (EDIFICIOS Y BIENES INMUEBLES)

8.1 TRANSMISIÓN DE EDIFICIOS (MEROS LADRILLOS VS. ACTIVIDADES ECONÓMICAS QUE TIENEN LUGAR EN UN INMUEBLE)

La transmisión del inmueble en el que se venía realizando la actividad objeto de traspaso, con carácter general, siempre constituye un indicio muy significativo de la existencia de una sucesión de empresa. No en vano, hemos visto como la génesis de la figura se viene a originar precisamente al plantearse qué ocurría con los operarios cuando se traspasaban la fábrica o las naves en las que trabajaban. Por tanto,

²⁹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el derecho comunitario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2005, pág. 6 (BIB 2005, 2804).

³⁰⁰ *Idem*, pág. 6.

tradicionalmente es un elemento muy relevante en el análisis de cualquier actividad que requiera de elementos tangibles. No obstante, hay que diferenciar si lo transmitido es un mero “cascarón” (las paredes, los ladrillos, etc.), o bien un verdadero negocio en funcionamiento, pues en esta distinción radica la clave para determinar si se transmite o no un negocio.

En definitiva, un correcto análisis de la cuestión requiere indagar si se transmite un mero inmueble —el ladrillo y nada más— o si el inmueble conlleva además el traslado de la actividad económica que tenga lugar en su interior (hoteles, apartamentos vacacionales, gimnasios, procesos industriales de cualquier tipo, etc.). Este es el análisis que debe realizarse para determinar si la transmisión del inmueble conlleva una transmisión de empresa o si se trata de un “elemento patrimonial aislado”, que requiere de una aportación significativa de otros elementos, por parte del cesionario, para que pueda realizar o continuar la actividad que se venía llevando a cabo en ese inmueble³⁰¹.

La evolución de la empresa como objeto de transmisión está teniendo también impacto en lo que respecta a la transmisión de inmuebles. Como se verá, podríamos señalar aquí dos aspectos en los que está teniendo incidencia. Por un lado, la generalización de supuestos de cambio de titularidad de inmuebles que albergan actividades económicas como consecuencia de los impagos de préstamos hipotecarios en los que se ofreció ese inmueble como garantía real o la rescisión de contratos de alquiler. En ambos hay que delimitar bien el objeto de la garantía de los préstamos y de las escrituras de arrendamiento. Por otro lado, es relevante la incipiente irrupción de la noción de obsolescencia de las instalaciones en el ámbito hotelero.

8.2 SUCESIÓN DE EMPRESAS AL RECUPERAR INMUEBLES EN LOS QUE HA TENIDO LUGAR UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Tanto en la crisis de los años 2008 a 2014 derivada de las hipotecas *subprime* como en las nuevas crisis generadas por la irrupción del COVID-19 y más recientemente por la escasez de suministro e incremento de precios y tipos de interés, ha resultado habitual que las entidades bancarias (o los adquirentes de carteras de créditos inmobiliarios) insten la ejecución hipotecaria del inmueble dado en garantía de un préstamo hipotecario como consecuencia del impago de las cuotas de ese préstamo.

El fenómeno se produce con frecuencia en situaciones de crisis en la gestión del negocio cuando, ante el impago de las rentas de un préstamo hipotecario o de arrendamiento en cualquiera de sus formas (por ejemplo, el arrendamiento de un inmueble para uso distinto de vivienda, un arrendamiento financiero o una operación de *sale and lease-back* de un inmueble), el prestamista o el arrendador decide instar judicialmente el desahucio y lanzamiento del prestatario o arrendatario ocupante del inmueble.

Ambas situaciones (provengan de una ejecución hipotecaria por impago de cuotas o de un arrendamiento por impago de las rentas) han generado una especial problemática cuando el objeto de la hipoteca o del arrendamiento es un inmueble en el que se desarrolla (o se ha venido desarrollando) un negocio,

³⁰¹ Un primer análisis específico sobre la sucesión de empresas en casos de ejecuciones hipotecarias y desahucios puede encontrarse en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “¿Existe sucesión de empresa en los casos de ejecuciones hipotecarias y desahucios?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013, págs. 125-129. Si bien se aporta mayor detalle en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, *op. cit.*, págs. 125 a 129 y 194 a 198.

explotación o actividad económica (por ejemplo, un hotel, una fábrica, un centro comercial, etc.), es decir, un inmueble que, al fin y al cabo, ha venido albergando un centro de trabajo.

Cuando la entidad bancaria o el arrendador son restituidos en la posesión de ese inmueble (afecto a una actividad económica), en función del alcance de aquello que se recupera, cabe la posibilidad de que se declare la existencia de una sucesión de empresa prevista en el artículo 44 ET, con las consecuencias que ello entraña: (i) obligación de la entidad bancaria o del arrendador de subrogarse en todos los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social (incluyendo compromisos por pensiones) de los trabajadores adscritos a ese centro de trabajo ubicado en el inmueble que se recupera; y (ii) responsabilidad solidaria, junto con la empresa que explotaba la actividad económica que tenía lugar en el inmueble (empresa cedente), de las obligaciones laborales (y no solo de las salariales, sino también de las indemnizaciones por despido pendientes de pago) y de seguridad social contraídas entre la empresa cedente y los trabajadores adscritos al negocio instalado en el inmueble recuperado. De todo ello deberá hacerse cargo quien tome la posesión de ese inmueble en el que se desarrolla la actividad económica si recibe todo lo necesario para continuarla. Conviene subrayar que el momento decisivo para comprobar el alcance de lo que se recibe, esto es, si comprende un inmueble o un negocio, es la toma de posesión del mismo (lo que puede comprobarse en las actas de toma de posesión que emita el letrado de administración de justicia o en actas notariales levantadas a tal efecto).

Esta última cuestión no es baladí, pues en este tipo de casos la empresa que poseía el inmueble cuyo rescate se pretende suele haber contraído elevadas deudas salariales y de seguridad social (puede que incluso se encuentre en situación concursal).

Conviene prestar especial atención a dos hitos en los que se puede gestar este riesgo de sucesión de empresa y en los que se produce prueba documental relevante para acreditar su existencia o inexistencia, que son (i) la firma de la escritura de constitución de la hipoteca o contrato de arrendamiento, cuyo objeto y extensión se tienen en cuenta —si bien la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dejado claro que no es un aspecto decisivo para determinar la existencia o inexistencia de sucesión de empresa—; y, sobre todo, (ii) la recuperación de la posesión del inmueble, momento clave en el que el alcance real de lo que se recupera determinará si resultan aplicables el artículo 44 del ET y la Directiva 2001/23CE.

8.3 EL OBJETO DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA O CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y SU IMPORTANCIA DECRECIENTE

Aunque, como regla general, la ley no los incluye³⁰², las escrituras de préstamo hipotecario suelen extender el objeto de su garantía no solo al inmueble, sino también a aquellos elementos muebles que puedan encontrarse en su interior, con una habitual alusión al pacto en contrario que permite el apartado primero del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (“LH”)³⁰³. Concretamente, se suelen incluir en el objeto de la garantía de la hipoteca “*los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad, o explotación, o bien para el servicio de alguna industria (...)*” (artículo 111.1 bis LH).

³⁰² A no ser que se trate de bienes inmuebles por accesión porque “no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto”.

³⁰³ Su última redacción ha sido introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021.

Es necesario advertir que la inclusión de tal extensión —que el apartado primero del artículo 111 LH no prevé *a priori*— a los bienes muebles que se encuentran en el interior del inmueble entraña, por sí misma, un potencial riesgo de sucesión de empresa, en la medida en que el inmueble y esos bienes muebles pueden constituir, de manera conjunta, una unidad productiva autónoma, es decir, un conjunto de elementos organizados susceptible de ser explotado tal y como lo define el artículo 44.2 ET (pues con esos elementos es posible llevar a cabo la actividad económica, esto es, continuar el negocio). Pero la jurisprudencia se ha encargado de interpretar que es preciso que el cesionario tome posesión de manera efectiva del conjunto conformado por el bien inmueble junto con los elementos muebles que se encuentran en su interior para poder determinar que existe una sucesión de empresa.

En este sentido, conviene citar la evolución jurisprudencial sobre la importancia que se venía otorgando a esa escritura de constitución cuyo alcance pasó de resultar completamente determinante para considerar la existencia de sucesión de empresa (en caso de que se extendiera la hipoteca a los muebles) a no serlo. Así, inicialmente, cierta doctrina de suplicación —especialmente un numeroso grupo de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) acerca del Hotel Las Dunas (se citan, por todas, las sentencias de la Sala de lo Social de Andalucía (Málaga) de 22 de septiembre y de 20 de octubre de 2011)— había venido declarando de manera cuasi automática la existencia de una sucesión de empresas prevista en el artículo 44 ET por el mero hecho de que la escritura de préstamo hipotecario extendiese el objeto de su garantía a los bienes muebles, e independientemente de si al recobrar el inmueble se tomaba posesión de esos bienes muebles o no. No obstante, posteriormente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —por todas, su sentencia de 20 de diciembre de 2012, recurso 527/2012— superó esta doctrina de manera rotunda y dictó alrededor de una quincena de sentencias que revocaron con claridad los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en relación con el Hotel Las Dunas.

Por lo que respecta a los supuestos de arrendamiento, habrá que estar igualmente al objeto del contrato para valorar si procede declarar la existencia de una sucesión de empresa en función de la naturaleza de aquello realmente arrendado. En todo caso, debería estarse más alejado de la existencia de sucesión de empresa (i) si se trata de un arrendamiento para uso distinto de vivienda y no un arrendamiento de industria —que conlleva una sucesión de empresa automática al tratarse de un cambio de titularidad en la posesión de un negocio, como se ha expuesto en el apartado 8 anterior³⁰⁴—; (ii) si se pone de manifiesto que el arrendatario aportará los medios, maquinaria, mobiliario, etc., indispensables para desarrollar su actividad; y (iii) si se distingue con claridad en el contrato que los únicos bienes muebles que se transmiten, llegado al caso, junto con el inmueble son aquellos “*bienes inmuebles por accesión*” a los que se refiere el artículo 111 primero bis, último inciso, de la LH —“*no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto*”— y 334.3.º del Código Civil (calderas, instalaciones, aire acondicionado, equipos eléctricos, etc.). Estos últimos bienes no conllevan la transmisión de una unidad productiva.

³⁰⁴ Los supuestos de arrendamiento de industria de hoteles que se extinguen y revierten al titular con “*entrega y recepción de las llaves del establecimiento (...) equipado en su integridad con todos los elementos materiales y humanos organizados y precisos para su adecuada explotación*” constituyen claros supuestos de sucesión de empresa. No importa la razón por la que se recupera la titularidad del hotel al resolverse el contrato de arrendamiento de industria, porque se revierte un negocio al principal. En este sentido, se cita la interesante y bien fundada Sentencia núm. 103/2017 del Juzgado de lo Social núm. 36 de Madrid de 28 de marzo de 2017 (AS 2017, 611).

8.4 LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA RECUPERACIÓN DE INMUEBLES CON ACTIVIDAD ECONÓMICA (HOTELES) Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS ELLA

Si el objeto de la garantía del préstamo hipotecario y del contrato de arrendamiento había tenido tradicionalmente incidencia para determinar la existencia de sucesión de empresa (con el destino final de la doctrina *Las Dunas* antes citada), mucho más determinante es el momento en que se toma posesión del inmueble y, concretamente, el alcance real de lo que se recobra. Esta es la cuestión capital que va a determinar si existe sucesión de empresa. Puede concluirse que el modo en que se efectúe la toma de posesión y las coetáneas y sucesivas actuaciones que tengan lugar resultarán igualmente claves para que se declare la existencia o inexistencia de una sucesión de empresas.

Antes de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo arrojara luz en este asunto con las sentencias dictadas en unificación de doctrina que ahora se expondrán, la doctrina de suplicación de los distintos Tribunales Superiores de Justicia se encontraba dividida. Existía un intenso debate en cuanto a si existía o no sucesión de empresa cuando (a) el objeto de la escritura de préstamo hipotecario se extendía a los bienes muebles; pero, a su vez, (b) la ejecución hipotecaria se circunscribía exclusivamente al inmueble. Esta división doctrinal latía con especial fuerza en los casos en que se recuperaba un inmueble en el que se albergaba un negocio hotelero.

Así, una parte de la doctrina de suplicación entendía que, independientemente de que la ejecución hipotecaria abarcara exclusivamente el inmueble, existiría una sucesión de empresa si *“la hipoteca incluía todos los elementos para la explotación o servicio de la industria hostelera”*. En este sentido, se pronunciaba la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en dos sentencias: la de 18 de septiembre de 1998 (AS 1998, 2975) —Sevilla— sobre el Hotel Anglo-Hispano y la de 24 de diciembre de 1997 (AS 1997, 4972) —Málaga—. En ambas, se analizaba la situación de un inmueble en el que se encontraba una empresa y cuya hipoteca se extendía a otros bienes muebles. En cambio, se mantuvo una doctrina totalmente opuesta, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 23 de junio de 2000, acerca de la ejecución hipotecaria por la que se recuperó el inmueble en el que se encontraba el Hotel Capele (JUR 2001, 2214). En ella se argumentaba que no podía existir una sucesión de empresa *“al faltar en el inmueble transmitido los elementos necesarios para la inmediata puesta en funcionamiento y explotación de la empresa (...) sin que a ello sea óbice el ámbito objetivo de la hipoteca previamente concertada”*. En términos muy similares se pronunció, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 17 de enero de 1995, sobre el Hotel Auriense (AS 1995, 141).

Como se ha avanzado, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) se inclinó de manera rotunda por la primera de las líneas interpretativas en un grupo de sentencias dictadas en relación con el Hotel Las Dunas. En estas resoluciones se declaró que existía una sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del ET en un supuesto en el que la escritura de constitución de la hipoteca se extendía a los bienes muebles. Concretamente, la Sala consideró que se había producido *“una sucesión empresarial como consecuencia de la ejecución hipotecaria instada por el Banco Pastor”*, basándose fundamentalmente en que *“lo que realmente se garantizó fue la explotación hotelera, lo que se deduce del contenido de la inscripción registral y de la diligencia de embargo, del hecho de que el inmueble adjudicado era susceptible de ser explotado de manera inmediata al contar con la infraestructura necesaria para ello, y de que los bienes muebles embargados a instancias de un tercer acreedor nunca llegaron a salir del hotel y el adjudicatario pudo hacer valer su derecho sobre los bienes a los que se extendió la garantía hipotecaria en la cláusula décima del contrato de préstamo”*.

Sin embargo, como se ha avanzado, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo revocó de manera rotunda todos los pronunciamientos dictados en suplicación y relacionados con el Hotel Las Dunas en un grupo de, al menos, quince sentencias dictadas en unificación de doctrina en el año 2012³⁰⁵. Esta doctrina de la Sala Cuarta concluyó que la recuperación del inmueble en el que se asentaba el Hotel Las Dunas no desencadenaba una sucesión de empresa porque lo que se adquirió en el procedimiento de ejecución hipotecaria era *“el inmueble sobre el que se asentaba la anterior explotación, sin ninguno de los enseres y elementos necesarios para su continuidad, la mayoría de los cuales (...) fueron embargados y adjudicados a un tercer acreedor (...)”*, y ello con independencia del alcance de la escritura de préstamo hipotecario: *“la adquisición decretada incluía únicamente las fincas y no los bienes muebles, maquinaria, ajuar ni enseres a los que se refiere la cláusula X de la escritura de contrato hipotecario”* (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2012, recurso 3661/2011).

La sentencia de 20 de diciembre de 2012 (recurso 527/2012) resume con precisión los argumentos en los que se apoya la decisión de las quince sentencias citadas y manifiesta que *“no cabe hablar en rigor de «continuidad» y disponibilidad de la explotación empresarial puesto que, de un lado dicha explotación estaba interrumpida en el momento de la toma de posesión por parte del Banco Pastor del inmueble adquirido y, de otro lado, los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para la actividad empresarial de la hostelería, al no disponerse de los enseres atribuidos a la Corporación Financiera Iberoamericana [el tercero que había embargado la mayoría de los bienes muebles que quedaron en el inmueble]”*. La Sala tiene especialmente en cuenta que *“si determinados bienes muebles del establecimiento pertenecían a un tercero, los trabajadores habían visto sus contratos suspendidos y el edificio carecía de energía eléctrica es difícil pensar que el hotel se encontraba en situación de explotación”*. Igualmente, valora los reiterados requerimientos efectuados por la entidad bancaria al propietario de los muebles que quedaron en el interior del inmueble *“para que, como adjudicataria de tales bienes muebles procediese a su retirada”*.

Por último, esta sentencia destaca, al igual que las sentencias de 6 y 14 de noviembre de 2012, dos argumentos de especial interés para el caso de que el inmueble se recupere por una entidad financiera: (i) *“la adquisición en venta judicial de los bienes productivos se produce por hipótesis no por libre decisión de los sujetos implicados, sino como consecuencia de un impago hipotecario”*; y que (ii) *“la inexigencia de continuación de actividad productiva”* debe apreciarse *“sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el objeto social de la empresa adquirente (finanzas) no es el mismo que el de la empresa anterior (hostelería)”*. Por tanto, resulta de interés comprobar cómo se tienen en cuenta aquí argumentos distintos del conjunto de elementos, en concreto, las razones que llevan a la necesidad de realizar la ejecución hipotecaria y el hecho de que la adquirente no se dedique a la actividad de hostelería, sino que se trate de una empresa del sector financiero que se ha visto obligada a ello por los impagos.

³⁰⁵ Esta sólida doctrina jurisprudencial aparece en (i) tres sentencias de 24 de septiembre de 2012 (recursos núm. 3252, 3665 y 4150/2011); (ii) sentencia de 25 de septiembre de 2012 (recurso núm. 4150/2011); (iii) dos sentencias de 26 de septiembre de 2012 (recursos núm. 3666 y 3661/2011); (iv) sentencia de 5 de noviembre de 2012 (recurso núm. 3946/2011); (v) sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 4138/2011); (vi) tres sentencias de 14 de noviembre de 2012 (recursos núm. 3939, 3024 y 3937/2011); (vii) sentencia de 17 de diciembre de 2012 (recurso núm. 530/2012); (viii) dos sentencias de 19 de diciembre de 2012 (recursos núm. 826/2012 y 4036/2011); y (ix) sentencia de 20 de diciembre de 2012 (recurso núm. 527/2012). Posteriormente, en términos prácticamente idénticos, se destacan las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2013 (RJ 2013, 5141), de 27 de mayo de 2013 (RJ 2013, 5155) y de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 5721).

En consecuencia, esta reiterada posición doctrinal de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo afianzó una doctrina que ya mantuvo en su anterior sentencia de 23 de noviembre de 2004, y fue precisamente esta última la invocada como sentencia de contraste en todos los recursos de casación para la unificación de la doctrina que han dado lugar a estas quince resoluciones. En la sentencia de 23 de noviembre de 2004 ya se concluía, en términos muy similares, que no existió sucesión de empresa en un supuesto de ejecución hipotecaria de un inmueble en el que estaba emplazada una industria harinera al recuperarse “*un inmueble y nada más*”, cuando el objeto de la escritura de préstamo hipotecario se extendía no solo al inmueble, sino también a la maquinaria.

Por tanto, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que resuelve el caso del Hotel Las Dunas ofrece un panorama renovado hace ya años en el que se otorga una mayor seguridad jurídica ante los relevantes riesgos de sucesión de empresa que puede generar la recuperación de un inmueble en el que tenía lugar una actividad económica. Por ejemplo, con base en esta doctrina *Las Dunas*, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 1 de octubre de 2014 (2015, 37581), 8 de enero de 2015 (JUR 2015, 74904), 8 de enero 2015 (2015, 80573), 4 de febrero de 2015 (JUR 2015, 95139) y 10 de marzo de 2015 (AS 2015, 1288) declararon la inexistencia de sucesión de empresas en un supuesto bastante particular en el que se recuperaba un inmueble que albergó un hotel³⁰⁶. La interrupción de la actividad durante más de cuatro meses fue uno de los argumentos tenidos en cuenta en estos casos. No obstante, hay tener muy presente en este tipo de supuestos que el hecho de que se produzca una interrupción de la actividad no puede resultar el único argumento obstativo a la existencia de sucesión, porque, tal y como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991 (RJ 1991, 800), “*lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino que tenga posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir que quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el sustrato objetivo de la empresa*”. En términos muy similares se han pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 31 de octubre de 2003 (AS 2004, 19), y de Baleares, en sentencia de 5 de junio de 2013 (PROV 2013, 255770). Coincidimos en que el detenimiento de la explotación por algunos meses no puede resultar, por sí solo, un elemento obstativo de la sucesión de empresa (pues hay que analizar siempre el “conjunto de elementos”) y que razonar solo con base en la interrupción de la actividad ampararía las situaciones de fraude, si bien algunos pronunciamientos recientes de la Sala Cuarta vuelven a tomar especialmente en consideración la interrupción de la prestación del servicio en las reversiones³⁰⁷ (véase, por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 42/2021 de 22 de abril de 2021, recurso 148/2020).

³⁰⁶ Un comentario detallado de estos supuestos puede verse en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Algunas experiencias en la recuperación de inmuebles que alojaron a un hotel”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 194 y ss.

³⁰⁷ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Reversión de unidades productivas: las tres últimas sentencias dictadas en situaciones excepcionales por la sala cuarta”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 248, diciembre de 2021.

8.5 HOTELES DE TEMPORADA EN ESTADO DE DETERIORO Y OBSOLESCENCIA

Ese marco general no obsta a la necesidad de realizar, como siempre en la sucesión de empresa, un análisis caso por caso y contextualizado, puesto que en ocasiones pueden alcanzarse conclusiones que, en situaciones muy concretas, se aparten de esta doctrina. Y, en este contexto, la evolución de los negocios, su carácter de temporada y el estado de deterioro y obsolescencia de sus instalaciones pueden jugar un papel decisivo en la decisión de si existe o no una sucesión de empresa. Un ejemplo de ello lo constituye la Sentencia 531/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 14 de diciembre de 2017. Esta sentencia declaró la existencia de una sucesión de empresa del artículo 44 ET en un complejo supuesto en el que se consideró que se estaba ante una reversión de arriendo de una industria hotelera.

Ciertamente, el contrato de arrendamiento de industria y su extinción y reversión conllevan la existencia de una sucesión de empresa como regla general —nos remitimos al apartado 5.1 del capítulo 2 y véanse, por ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4343) y 5 de febrero de 1991 (RJ 1991, 800), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 23 de enero de 2014 (núm. de recurso 283/2013), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de abril de 2017 (núm. de recurso 25/2017), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 6 de mayo de 2009 (núm. de recurso 286/2009) o de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 229751) relativos a un spa y área de relajación—.

En todo caso, lo curioso del supuesto de la STSJ de Baleares de 14 de diciembre de 2017 es que llegue a calificar la existencia de sucesión de empresa a pesar de las circunstancias en las que se toma posesión del inmueble, de su “estado de deterioro”, dado que no contaba con los elementos esenciales para realizar la actividad (entre otras razones porque la última explotadora lleva a cabo un desalojo del inmueble y de buena parte de su mobiliario y los traslada a otro hotel del grupo). El hotel del que se toma posesión en vía de ejecución (i) llevaba seis meses cerrado, aunque recalca la sentencia que *“no por el término o la desaparición de la industria hotelera, sino por el final de la temporada turística de verano, periodo estacional durante el cual tenía lugar la actividad”*; (ii) *“el hotel fue edificado en la época de 1970 y no fue sometido a reformas desde entonces, siendo explotado desde entonces si bien en condiciones de obsolescencia y precariedad”*; (iii) *“el edificio no presentaba grietas ni patologías importantes en lo que a estructura y muros se refiere (...) no obstante, las instalaciones eran obsoletas y en malas condiciones de mantenimiento”*; (iv) la situación en la que se toma posesión del inmueble es la siguiente: *“importantes goteras en las plantas situadas bajo la playa de la piscina, fisuras en algunos frontales del forjado de las terrazas de las habitaciones, falta de pintura general en todo el edificio, tanto en paredes como en elementos metálicos, puertas que cierran mal, falta de limpieza, trasteros en situación de medio abandono, problemas en los desagües de las terrazas de las habitaciones que dan a las terrazas frente al comedor, ausencia de globos en las farolas de las terrazas, las neveras y fregadero de la barra del bar de la planta inferior a la recepción se hallaban arrancadas, ausencia de ordenadores y pantallas en la recepción, ausencia de un quemador en la sala de calderas, ausencia de acumuladores de agua, cajas de empalme de las instalaciones abiertas, viga apuntalada en el bar de la piscina. Nunca existió en el hotel grupo de presión contra incendios y carecía de aparcamientos, pues nunca existieron”*.

Resulta reseñable en este caso la importancia que otorga la Sala a que se tratase de un hotel de temporada, que cierra habitualmente en noviembre y abre en mayo. Por esta razón, en *“un establecimiento destinado a desarrollar su actividad económica durante la temporada turística estival,*

esto es, a partir de los meses de abril o mayo, nunca hubiera podido iniciarse la explotación del hotel de forma inmediata”, y es que “lo cierto es que de la prueba practicada no se aprecia ni que la realización de tales trabajos fuera imposible u onerosa en exceso de tal suerte que la apertura del hotel en la temporada [siguiente] resultara imposible” y que “la posibilidad de apertura debe valorarse en relación con las condiciones de deterioro y obsolescencia en las que el [hotel] se había venido explotando”.

Por otra parte, en cuanto a la cantidad de elementos materiales desalojados del hotel, quedó acreditado que se retiraron muebles tales como sillas de madera y de plástico, mesas de oficina, de cocina y de plástico, estanterías, dos acumuladores de agua, una cámara frigorífica de conservación, lavavajillas y un quemador, un perchero y algunas máquinas expendedoras de refrescos. La Sala consideró, no obstante, que esos elementos eran accesorios y no esenciales porque *“no tienen la entidad suficiente como para frustrar la efectiva aplicación del Art. 44 ET al caso que nos ocupa en tanto que no imposibilitan la existencia de una unidad productiva autónoma (...) nada indica que, realizados los trabajos de mantenimiento previos al comienzo de la nueva temporada turística a los que antes nos hemos referido, hubiera podido reanudar su actividad en las mismas condiciones en que lo había hecho los años anteriores”.* Cabe introducir aquí una última reflexión: la obsolescencia de los medios, el hecho de que la anterior actividad productiva que realizase el cedente se produjera con una industria obsoleta, sin cumplir normativa ni poder tener las licencias correspondientes, el hecho de que se llevara a cabo la actividad en esas condiciones precarias parece que no supuso un obstáculo relevante para la declaración de la existencia de sucesión de empresa, puesto que aquello que faltaba se consideró accesorio por estar obsoleto y entender la Sala de Baleares que esos elementos no transmitidos o que tuvo que aportar la cesionaria carecieron de valor económico relevante. En este sentido, quizá esta STSJ de Baleares va en la línea de pensamiento de la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, *Grafe/Pohle* (TJCE 2020, 24)³⁰⁸, que se comenta con detalle en el apartado 9.2 y que resta importancia a la falta de transmisión de elementos obsoletos para que exista una sucesión de empresa, porque en esencia considera que si son medios obsoletos que no se transmiten *“carecen en realidad de cualquier valor económico”.* Parece que, al final, lo relevante para fundamentar ambos casos no es que el hotel no estuviera en condiciones de ser reabierto de manera inmediata (por carecer de elementos materiales obsoletos) o que no se transmitieran los autobuses que funcionaban con diésel, sino que se transmitió en el primer caso el inmueble que albergaba el hotel (independientemente de su estado) y la concesión y línea de autobuses en el segundo. Comprendiendo esta línea de pensamiento y la irrupción de la obsolescencia en el análisis de las actividades materializadas (nuevos criterios que introduce la doctrina *Grafe/Pohle* y que deben considerarse), es importante tener en cuenta que en el caso de la STSJ de Baleares los activos que tuvo que aportar el cesionario no fueron precisamente menores sino indispensables. Así, como apuntan los hechos probados, hubo que realizar importantes obras de adecuación, adquirir electrodomésticos, equipar las cocinas y comprar camas y mobiliario, por lo que, aunque obsoletos, parece que esos medios no eran medios accesorios para realizar la actividad, sino esenciales. Y conllevaron una importante inversión y aportación por la entidad que tomó posesión del hotel.

Es importante apuntar aquí que la doctrina de la obsolescencia de los medios debe ponderarse también con la doctrina de la necesidad de aportación de los medios por la cesionaria, pues si la falta de traspaso de los medios obsoletos implica la aportación y adquisición de esos medios materiales indispensables y

³⁰⁸ Expresión empleada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la STS de 24 de septiembre de 2020 (núm. de recurso 200/2018) en su fundamento de derecho tercero al reflexionar sobre la doctrina del TJUE en el caso *Grafe/Pohle*.

la realización de obras en el edificio, parece complicado sostener que aquello transmitido constituya un verdadero negocio en funcionamiento. Habrá, por tanto, que seguir de cerca la evolución de esta doctrina, pero siempre interpretarla en el contexto de que, si el cesionario aporta elementos decisivos para desarrollar la actividad, que son *condicio sine qua* no se podía realizar, no podrá declararse la existencia de sucesión de empresa.

8.6 APARTAMENTOS VACACIONALES

Otra situación que se viene constatando en los últimos tiempos es la ejecución hipotecaria de apartamentos a los que se les da el destino de apartamentos vacacionales en explotación turística.

Como siempre ocurre en los supuestos de sucesión de empresa, es preciso valorar las circunstancias caso por caso para valorar si pudiera producirse una sucesión de empresa al traspasar un apartamento vacacional de temporada con el inmueble, mobiliario y resto de los elementos materiales necesarios, así como con los bienes inmateriales (son importantes aquí las licencias para poder realizar la actividad de apartamento vacacional, así como la clientela y las reservas ya dispuestas). En principio, es cierto que si se transmite en bloque todo lo necesario para continuar con la actividad y el cesionario está en disposición de llevarla a cabo, podría producirse una sucesión de empresa (esto podría ocurrir si el cesionario recibe el inmueble perfectamente equipado, los clientes y reservas, las licencias, etc.).

No obstante, la situación es bien distinta cuando no se traspasa el elenco de elementos materiales e inmateriales precisos, por ejemplo, porque simplemente se ha recuperado un inmueble en el seno de una ejecución hipotecaria instada por una entidad bancaria o un *servicer*, o porque simplemente se ha producido una venta del inmueble y nada más, tomándose posesión solo de ese inmueble, habiendo cesado la actividad de arrendamiento de apartamentos vacacionales, sin transmitirse un mobiliario en condiciones y sin contar con licencia de explotación. En estos casos no debería declararse sucesión de empresa. Avala esta tesis —respetuosa y seguidora de la posterior doctrina *Las Dunas*— la Sentencia 193/2009 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 7 de mayo de 2009 (JUR 2009, 283244), en la que recalca que “*no concurre el supuesto de sucesión de empresas del artículo 44 del ET al limitarse a la compra de unos inmuebles en los que ya no existía actividad empresarial alguna, ni podía en su estado actual reanudarse la industria de hostelería que hasta su venta se venía realizando (...)*”. Entre otras razones se argumenta que no se transmitieron “*los elementos necesarios y precisos para la continuidad de la actividad empresarial, sino únicamente del inmueble vacío y sin enseres*”, y se enfatiza que no solo “*carecía de los necesarios elementos muebles e instalaciones para realizar la actividad empresarial, sino también de la correspondiente (...) autorización administrativa*”. Por tanto, nuevamente se pone de manifiesto la importancia de valorar el conjunto de elementos para determinar si existe o no sucesión y, en estos casos concretos referidos a apartamentos vacacionales, la licencia de explotación y la clientela se perfilan como elementos indispensables.

9. TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES Y OBSOLESCENCIA DE LOS MEDIOS MATERIALES NO TRANSMITIDOS

9.1 LA TRADICIONAL IMPORTANCIA DE LA TRANSMISIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES. SIN SU TRANSMISIÓN, NO EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA. CAMBIO DE ADJUDICATARIA DEL SERVICIO DE AUTOBUSES SIN TRANSMISIÓN DE LOS AUTOBUSES (STJUE *LIKENNE*)

Tradicionalmente, los elementos materiales han jugado un papel esencial en la configuración del concepto de unidad productiva autónoma. Y es que, en la medida en que la empresa y la unidad

productiva autónoma originariamente se concibieron como conceptos esencialmente basados en los elementos materiales (recuérdese que, inicialmente, el propio concepto de empresa se identificaba como “industria”, como algo “fabril” y tangible, como se ha expuesto en el capítulo 1), se requería la transmisión de esos medios materiales para que se desencadenara el fenómeno sucesorio o, cuando menos, se tomaba especialmente en consideración su papel principal en el análisis de la existencia o inexistencia de transmisión de empresa.

La doctrina científica de finales de los años noventa tenía este punto muy en cuenta y razonaba que “(...) en el supuesto típico de transmisión de empresa (la transmisión del modelo de «empresa-organización»), las características del complejo empresarial (...) se resuelve tradicionalmente mediante la exigencia de la «organización», es decir, en el particular modo de ser de los elementos materiales o inmateriales que les hacen idóneas para el desarrollo de una actividad productiva”³⁰⁹. La transmisión de “elementos materiales y estructura productiva” es lo que está presente en el modelo de empresa organización³¹⁰. Y ello en contraposición al concepto de empresa actividad, más típica de la sociedad posindustrial y de la sociedad prestadora de servicios, donde se producen los cambios de adjudicataria de servicios que generan la necesidad de revalorar la empresa como objeto de transmisión.

Así, en el “modelo clásico de «empresa-organización», la empresa no se reduce a una simple actividad, sino que engloba también la estructura en la cual esta actividad tiene lugar; esta estructura está compuesta de medios materiales e inmateriales necesarios para la realización de los objetivos económicos y técnicos que la empresa persigue”³¹¹.

De hecho, en realidad, este mismo concepto aparece hoy en día en la definición legal de unidad productiva autónoma que ofrece el artículo 44.2 del ET al aludir a que se “considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un «conjunto de medios organizados» a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. Como se ha visto, en actividades que todavía en pleno siglo XXI son productoras de bienes o requieren para su funcionamiento de un componente tangible relevante, es esencial atender a si se han transmitido o no “factores de producción” para determinar si se cumple el elemento objetivo determinante de la sucesión de empresa. La doctrina recuerda, en este sentido, que “(...) junto al elemento subjetivo (cambio de contratista/cesionario) debe concurrir el elemento objetivo (transmisión de un conjunto de factores de producción susceptible de formar una entidad económica con autonomía suficiente para realizar el objeto de la contrata/concesión administrativa)”³¹².

Por tanto, la transmisión de factores de producción, que históricamente han consistido en elementos materiales, ha sido decisiva para concluir si había o no sucesión de empresa, porque las actividades empresariales descansaban esencialmente en esos medios materiales, ergo, su transmisión conllevaba transmisión de empresa, mientras que la falta de ella implicaba su inexistencia.

Pero algo está cambiando también en este punto. Incluso en aquellas actividades fuertemente materializadas, se atisba un inicio de cierta revolución en la jurisprudencia, de la mano, como suele ser

³⁰⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., págs. 64 y 65.

³¹⁰ *Idem*, pág. 106.

³¹¹ *Idem*, págs. 64 y 65.

³¹² SEMPERE NAVARRO, Antonio V., ARTETA MARTÍNEZ, María: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pág. 25.

habitual, de la doctrina del TJUE, en el relevante caso del cambio de adjudicataria de líneas de autobuses que analiza la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, *Grafe/Pohle* (TJCE 2020, 24), donde se revisita, veinte años después, este tipo de supuestos (doctrina que, por cierto, reitera la STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/2019, *Acciona Agua, S.A.*, en sus apartados 99 y 100). Aquí se va a forjar el criterio de que, aunque una actividad se encuentre basada en la materialidad, si esos activos tangibles se encuentran obsoletos, y, por tanto, existen obstáculos legales, medioambientales, jurídicos o técnicos relevantes para que sean adquiridos por la cesionaria (impedimentos, por cierto, impuestos externamente a la cesionaria), su falta de transmisión podría implicar que, en realidad, no tienen un valor económico decisivo y, por tanto, no enerva la existencia de sucesión de empresa. Veamos el importante giro que implica esta doctrina.

Podría decirse que un buen ejemplo de esa relevancia de los medios materiales para la determinación de la existencia de sucesión de empresa a la que veníamos aludiendo, esto es, la empresa organización basada en tangibles, podía hallarse en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2001, asunto C-172/199, *Liikenne*.

Analizaba este caso el cambio de adjudicataria del servicio de transporte de pasajeros, de modo que la nueva empresa adjudicataria asume el servicio de siete líneas durante tres años, para lo que resulta necesario un total de veintiséis autobuses, por tanto, una relevante aportación de medios materiales o industria, aunque la nueva adjudicataria tan solo alquilará dos autobuses de los veintiséis que empleaba la anterior. La última adjudicataria extingue los contratos de cuarenta y cinco trabajadores, de los que la nueva adjudicataria recontractará a treinta y tres. Se plantea en este marco si existe o no sucesión de empresa. La respuesta es negativa, precisamente por la importancia de esos medios materiales (autobuses) en una actividad como el transporte de pasajeros, en la que es muy necesaria la aportación de medios materiales (de hecho, es indispensable). La STJUE *Liikenne* razona que no se altera esta conclusión por el hecho de haber contratado a treinta y tres de los cuarenta y cinco trabajadores porque *“no puede considerarse que el transporte en autobús sea una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra puesto que exige material e instalaciones importantes”* (apartado 39).

Así, se concluye que no existe sucesión de empresa porque *“en un sector como el transporte público regular por autobús, en el que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad”* (apartado 42).

Esta es la conclusión que se alcanza hace ya más de veinte años. La importancia de los elementos materiales es clave en ese momento.

Más de veinte años después, se plantea de nuevo un interrogante en circunstancias muy similares, pero con un elemento nuevo que irrumpe y que altera el sentido de la doctrina: en la medida en que esos elementos materiales quedan obsoletos, es posible que, en actividades que descansan en esos medios, pese a su falta de transmisión, pueda existir sucesión de empresa atendiendo al resto de los elementos concurrentes en el caso.

9.2 LA OBSOLESCENCIA DE LOS MEDIOS EN EL SIGLO XXI. CAMBIO DE ADJUDICATARIA DEL SERVICIO DE AUTOBUSES SIN TRANSMISIÓN DE AUTOBUSES (POR OBSOLETOS). PESE A ELLO, EXISTE SUCESIÓN (STJUE GRAFE/POHLE)

La STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, *Grafe/Pohle*, ha constituido, probablemente, una de las más relevantes de los últimos años en materia de sucesión de empresa, precisamente por esa nueva valoración jurisprudencial de la falta de transmisión de medios materiales cuando estos se encuentran obsoletos. En ese litigio se analiza si el cambio de adjudicataria de la explotación de líneas de autobús en el distrito de Oberspreewald-Lausitz (Alemania) constituye una sucesión de empresa prevista en la Directiva 2001/23 CE. Como se verá, las reglas del juego van a cambiar en este caso, razón por la que esta sentencia va a marcar un antes y un después.

El supuesto analizado es similar al de la STJUE *Liikenne*. En el caso de la STJUE *Grafe/Pohle*, los hechos más relevantes son los siguientes: (i) el cambio de empresa adjudicataria en la explotación de las líneas de autobús (apartado 8); (ii) la contratación de la mayoría de los conductores y el personal de gestión —considerados de especial valor, como muestra el apartado 38—; (iii) la realización, por parte de la cesionaria, de una actividad muy similar; (iv) la continuación y falta de interrupción de la actividad; y (v) la transmisión de “líneas y pasajeros” (apartado 37).

Como ocurría en la STJUE *Liikenne*, tampoco aquí se transmite lo que podría considerarse el activo esencial para llevar a cabo la actividad, en concreto, los autobuses. Por esa razón, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si tampoco aquí debe considerarse que exista sucesión de empresa, o bien si puede concluirse que existe sucesión de empresa “*cuando no se haya producido una cesión de activos significativos, concretamente, los autobuses*”.

El TJUE va a apartarse de su anterior doctrina (STJUE *Liikenne*), y lo va a hacer basándose en dos argumentos esenciales: (i) el conjunto de elementos que configuran la sucesión de empresa debe analizarse “no aisladamente”, sino considerando todos los elementos concurrentes y el distinto peso específico de cada uno de ellos; y (ii) la obsolescencia de los medios por “imperativos externos” sobre los elementos materiales (en este caso, los autobuses) puede provocar que su falta de transmisión no enerve la sucesión de empresa, porque los autobuses “*no son el único factor determinante de una transmisión de empresa cuya actividad consiste en el transporte de autobús*” (apartado 30). Veamos la conjunción de estos dos argumentos en la que se apoya el cambio de doctrina.

Respecto del conjunto de elementos, cabe señalar que, como se viene insistiendo tanto en este trabajo como en anteriores, los distintos elementos que configuran la sucesión de empresa deben apreciarse en conjunto, no aisladamente —apartado 24 de la STJUE *Grafe/Pohle* que recuerda que “*estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 26 y jurisprudencia citada)*”—.

Se ha venido insistiendo (apartado 7.1 anterior de este capítulo 3) en que el requisito de apreciar de manera global todos los elementos siempre ha resultado importante, pero esta sentencia muestra que esa valoración conjunta puede llegar al extremo de justificar que existe sucesión cuando un elemento clásicamente considerado como esencial, como es la transmisión de los elementos materiales en una contrata de autobuses que tiene componente tangible relevante, no se transmite y, en cambio, sí concurren otros requisitos (analogía de la actividad, falta de interrupción, contratación de personal —

aunque la actividad no descansa esencialmente en mano de obra— y transmisión de clientela —líneas y pasajeros—).

La STJUE *Grafe/Pohle* razona en este punto (apartado 25) que “*estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente*”, y lo enlaza (apartado 30) con la idea de que, en una actividad materializada como el transporte de autobuses, ni siquiera la falta de transmisión de ese elemento resulta decisiva, sino que debe estarse igualmente a la conjunción de elementos (razonamiento que utiliza para apartarse de la STJUE *Liikenne*). Conviene resaltar cómo el TJUE insiste en que, aun cuando en el caso *Liikenne* se “*subrayó que la inexistencia de transmisión del antiguo concesionario al nuevo de los elementos materiales del activo utilizados para la explotación de las líneas de autobuses de que se trate constituye una circunstancia que ha de tomarse en consideración, no cabe inferir de dicho apartado que la asunción de los autobuses deba considerarse in abstracto como el único factor determinante de una transmisión de empresa cuya actividad consiste en el transporte público de viajeros en autobús*”.

Respecto de la obsolescencia de los medios, la STJUE *Grafe/Pohle* es muy relevante porque introduce la idea de que, en esa valoración conjunta de medios, es posible que en una actividad claramente necesitada de medios materiales (autobuses), cuando esos medios no se transmitan porque se encuentran obsoletos, porque haya requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, pueda existir sucesión de empresa si otra serie de elementos concurren (como la transmisión de los empleados, de la clientela, la analogía de la actividad y la falta de interrupción).

La idea de la obsolescencia de los medios es clave aquí y podría llegar a suponer la viga maestra de una nueva doctrina judicial que matizara el valor de los elementos materiales en este tipo de casos, pues el hecho de estar obsoletos implica de algún modo que no carecen de valor económico. De hecho la STJUE *Grafe/Pohle* ha sido confirmada ya por la STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/2019, *Acciona Agua, S.A.*, en sus apartados 99 y 100 lo que corrobora que la Doctrina *Grafe/Pohle* no ha sido un accidente. En esencia, esta nueva doctrina gravita en torno a la idea de que (i) en los negocios que descansan en la industria materializada ya no se considera la transmisión de los elementos patrimoniales “*in abstracto*”; (ii) si estamos ante una industria materializada y carecemos de transmisión, deberán tenerse en cuenta las circunstancias por las que se produce esa falta de traspaso; (iii) si ello se debe a la imposición externa de razones técnicas, legales o medioambientales que conducen a concluir que los elementos patrimoniales se encuentran obsoletos y carecen de valor, ello no enervará la sucesión de manera automática; y (iv) en efecto lo que procederá es acudir a la doctrina del “conjunto de elementos” para comprobar si el resto de factores conducen a la existencia de una transmisión de empresa pese a la falta de traspaso de los elementos tangibles obsoletos.

La doctrina no tardó en referirse a esta nueva jurisprudencia del TJUE en el sentido de que suscita “*enorme interés, porque abre una nueva vía para llegar al efecto subrogatorio, al hilo de un cambio de titularidad empresarial sin asumir la relevante infraestructura previa*”³¹³. Se le ha criticado, por parte de otro sector doctrinal, la posible introducción de inseguridad o zonas grises en la doctrina del TJUE de la que se disponía hasta la fecha. Se ha identificado, en efecto, que la importante matización de la no transmisión de los elementos patrimoniales en las actividades materializadas supone un giro doctrinal relevante, y que se trata de una “*importante rectificación jurisprudencial o importante matización*” que

³¹³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “La jurisprudencia comunitaria de 2020 en temas laborales”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2021 (BIB 2021, 1593).

rompe la estabilidad jurisprudencial que se había alcanzado³¹⁴. En términos similares, se ha advertido que *“la argumentación esgrimida por el TJUE resulta particularmente controvertida, pues, sacude los fundamentos del statu quo”*³¹⁵.

En efecto, se trata de una carga de demolición a la jurisprudencia sobre transmisión de empresas materializadas que conocíamos hasta ahora y su uso inadecuado puede llevar a resultados y declaraciones de sucesión de empresa no queridas por la norma. No obstante, creemos que debe entenderse en el contexto de la obsolescencia de los medios y su falta de valor por razones y condicionantes impuestos externamente. En nuestra opinión la doctrina puede tener un sentido relevante en un futuro en el que, entre los objetivos de desarrollo sostenible (“ODS”) de la Organización de Naciones Unidas se encuentra el consumo y la producción sostenibles y la transición hacia economías verdes y con bajas emisiones de carbono (ODS número 12). Si la sostenibilidad aparece como un valor a proteger y claramente en alza en el Derecho del Trabajo, ello no es ajeno en la sucesión de empresa. Y, en este sentido, el futuro probablemente sea propicio a la adquisición de negocios basados en elementos tangibles que queden obsoletos o no puedan seguir empleando por ser contaminantes, no eficientes o necesitar de ser reemplazados. Por supuesto que deberá analizarse con prudencia y caso por caso, pero lo relevante es percatarse de que se avanza claramente hacia un escenario en el que la ausencia de transmisión de los elementos patrimoniales en actividades patrimonializadas, por estar obsoletos de acuerdo con los condicionantes impuestos externamente, no enervará la sucesión si el resto del conjunto de elementos arroja la conclusión de que se ha transmitido, igualmente y pese a la falta de transmisión de los tangibles, un negocio en funcionamiento. Insistimos en que ello deberá ser objeto de un análisis con la máxima prudencia y siempre considerando que no existe sucesión de empresa cuando la cesionaria aporta los elementos esenciales no accesorios para continuar con la actividad.

Conviene adentrarse en el detalle de cómo se forja. Se introduce en el debate, por parte de la empresa cedente, la idea de que el estado de los autobuses justifica que no puedan transmitirse: *“[La empresa cedente] aduce que la cesión de los autobuses al nuevo titular del contrato público en cuestión había quedado excluida, dadas las normas técnicas y medioambientales vigentes. En efecto, los requisitos establecidos para las licitaciones exigían que los autobuses no tuvieran una antigüedad superior a 15 años. También debían cumplir al menos la norma medioambiental «Euro 6». Sin embargo, en la fecha de adjudicación de este contrato público, celebrado por un período de diez años, la antigüedad media de los autobuses de [la empresa cedente] era, según esta, de 13 años. Además, los autobuses solo cumplían las normas «Euro 3» o «Euro 4». Por otra parte, no cumplían los requisitos de accesibilidad para personas con discapacidad. [La empresa cedente] añade que el uso de los servicios de depósito de autobuses ya no era necesario, en la medida en que el mantenimiento y la reparación de los autobuses podía confiarse a talleres especializados”* (apartado 16).

³¹⁴ MIÑARRO YANINI, Margarita: “Transmisiones de empresa y cláusulas ambientales en la contratación pública. El TJUE abre la puerta a la cesión de plantillas sin transmisión de infraestructuras no sostenibles. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 455, pág. 211-219.

³¹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “El traspaso de empresas: últimas controversias a propósito del supuesto de hecho descrito en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en DELGADO GARCÍA, Ana María (dir.): *El mantenimiento y continuidad de la empresa y de su actividad desde la perspectiva legal y fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 618 y ss. El autor también comparte que no se trata de un razonamiento aislado del TJUE apegado a las circunstancias del caso Grafe/Pohle y que esto lo demuestra que la doctrina se ha reiterado en un supuesto distinto (caso *Acciona Agua*).

A este respecto, el TJUE confirma que “(...) el cumplimiento de las nuevas normas técnicas y medioambientales impuestas por el poder adjudicador en lo que respecta a los medios de explotación no permitía, desde un punto de vista tanto económico como jurídico, que la empresa adjudicataria adquiriera los medios de explotación de la empresa anteriormente titular del contrato de servicios de transporte público de que se trata en el litigio principal. En efecto, no habría sido razonable, desde el punto de vista económico, que un nuevo operador adquiriera la flota de autobuses existente, compuesta por vehículos que eran inutilizables por haber agotado el período de explotación autorizado y por no cumplir las limitaciones impuestas por el poder adjudicador” (apartado 32). Se refuerza esta idea con un argumento de reducción al absurdo³¹⁶, ya que no tenía sentido que la nueva adjudicataria hubiese adquirido para la prestación del servicio unos medios obsoletos que habría estado obligada a sustituir de manera prácticamente inmediata —y esto revela la paradoja de que, aunque sean elementos esenciales, carecen en realidad de valor económico, por lo que su falta de transmisión no enerva la sucesión—: “(...) habida cuenta de las normas técnicas y medioambientales impuestas por el poder adjudicador, la propia empresa titular del anterior contrato de servicios de transporte público de que se trata en el litigio principal, si hubiese presentado una oferta para ese contrato y hubiese resultado adjudicataria, se habría visto obligada a sustituir sus medios de explotación en un futuro próximo” (apartado 34).

Además, se hace hincapié en este punto (apartado 32 de la STJUE *Grafe/Pohle*) en que la decisión de falta de transmisión de esos elementos materiales relevantes se produce “por imperativos externos”, lo que no ocurría en el asunto de la STJUE *Liikenne* (apartado 54 de las conclusiones de la abogada general). Por tanto, habrá que tener muy en cuenta, de cara al futuro, que la falta de transmisión de elementos materiales obsoletos, cuando esta se produce por elementos obligatorios externos, no enerva la sucesión de empresa. Por supuesto, dependerá del análisis del conjunto de circunstancias. En el caso analizado, no solo la transmisión de la clientela, la falta de interrupción de la actividad y la analogía, sino también la contratación de una parte relevante de conductores. Su relevancia se explicita en el apartado 17 y 38 de la STJUE *Grafe/Pohle*, donde se da relevancia al personal en la medida en que “(...) la presencia de conductores de autobuses experimentados en una región rural como el distrito de Oberspreewald-Lausitz es crucial para garantizar la calidad del servicio de transporte público de que se trata. Señala, en particular, que estos deben tener un conocimiento suficiente de las rutas, de los horarios de la zona cubierta y de las condiciones tarifarias, así como de las demás líneas de autobuses regionales, de las líneas de transporte ferroviario y de los transbordos existentes, no solo para poder garantizar la venta de los títulos de transporte, sino también para facilitar a los pasajeros la información necesaria para la realización del trayecto previsto”.

Por todo ello, se alcanza la conclusión de que la falta de transmisión de los autobuses obsoletos no enerva la transmisión de empresa, pero insiste el TJUE que para alcanzar esta conclusión “(...) siempre que otras circunstancias de hecho, tales como la contratación de la mayor parte de la plantilla y la continuación sin interrupción de la referida actividad, permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente” (apartado 41 de la STJUE *Grafe/Pohle*).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el grupo de sentencias que ha analizado el cambio de adjudicataria del servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas —por todas, STS de 24 de septiembre

³¹⁶ WESTON, Anthony: *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2011.

de 2020—, ha tenido ocasión de referirse a esta doctrina del TJUE. En el supuesto que analiza, que también se refiere a un cambio de adjudicataria de una contratista en que los medios materiales y la plantilla son relevantes, se adujo la existencia de transmisión de empresa porque se contrata un número relevante de trabajadores (17 de 20), se asume al cliente y se prosigue con la actividad, aunque es la cesionaria la que aporta los medios materiales. Es preciso señalar que la alegación de la doctrina del TJUE *Grafe/Pohle* es rechazada por la Sala Cuarta con el correctísimo argumento de que, en este caso, “no existía ningún obstáculo legal para que la nueva adjudicataria del servicio de seguridad, vigilancia y mantenimiento de los túneles del aeropuerto, pudiese haber adquirido los medios y elementos materiales utilizados por el anterior”. Como la actividad descansaba en la industria material y no se transmitió por razones distintas a su obsolescencia, sino que se aportó por la cesionaria, no puede existir transmisión de empresa. La argumentación es impecable y, en lo que aquí interesa, permite vislumbrar cómo, en el análisis de la falta de transmisión de medios, se incorpora el “nuevo filtro” acerca de si la falta de transmisión se produce por la obsolescencia impuesta externamente (el obstáculo legal, técnico o medioambiental impuesto por el poder adjudicador) o no, que va a ser uno de los puntos claves en la nueva doctrina en construcción —la Sala Cuarta lo denomina *premisa fundamental* de esta doctrina— y que debe llevar a la conclusión que la falta de elementos materiales transmitidos “carece de cualquier valor económico”.

Aunque todavía es pronto para comprobar los efectos de esta doctrina en nuestro sistema, se observan algunos pronunciamientos incipientes, como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de noviembre de 2020, que cita expresamente la doctrina *Grafe/Pohle* y que declara la inexistencia de sucesión de empresa en un supuesto en el que las actividades administrativas en las que trabajaba la actora se plantean con otros medios y enfoque³¹⁷. En términos similares debe citarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 4 de noviembre de 2021 (JUR 2022, 59418), que es reseñable porque introduce el nuevo filtro, sin que se haya legado, de manera automática. Así, en la actividad de gestión de mantenimiento de vehículos en el aeropuerto de Fuerteventura analiza si la falta de transmisión de los activos materiales se produce por ser obsoletos al imponerse por requisitos jurídicos, medioambientales o técnicos. Inaplica, no obstante, la doctrina *Grafe/Pohle* al entender que la falta de transmisión de los elementos patrimoniales en aquel caso no se debió a esos requisitos de imposición externa y a la obsolescencia³¹⁸.

³¹⁷ Expone la sentencia que para realizar la actividad administrativa se contaba con un módulo prefabricado (HDP 7º) que al finalizar la contrata quedó abandonado, con ordenadores y otro material sin uso. Las tareas administrativas que han pasado a ser realizadas por "Opel" las ejecuta en su terminal e instalaciones propias ubicadas en la campa (HDP 14). También "BG" mantiene parte de esta actividad, haciéndolo con equipos distintos y con un programa electrónico distinto al usado por "Tradisa" (HDP 14). Aunque el argumento principal parece ser el desmembramiento o división en dos partes de la unidad productiva, la cuestión de la obsolescencia planea en el supuesto.

³¹⁸ Esta sentencia incide en que, “no nos encontramos ante el supuesto contemplado en la sentencia dictada por el TJUE de 27 de febrero 2020, en el asunto C-298/18, (*Grafe Pohle*), pues la no transmisión de los elementos patrimoniales y la nueva adquisición y aportación de la entrante no se debió a “requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador”.

9.3 LA COMPLEJIDAD DE LAS NUEVAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES: LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA EN LA EXTERNALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN DE REDES Y ACTIVIDADES DE CAMPO DE MANTENIMIENTO DE REDES MÓVILES Y FIJAS (STS DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2021)

La evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión también transluce en la creciente complejidad de las actividades económicas que siguen requiriendo de elementos patrimoniales relevantes, especialmente en su combinación con los elementos inmateriales. Un ejemplo de esto lo constituye la actividad de gestión y mantenimiento de redes.

En este marco se han producido varios pronunciamientos judiciales. Interesa señalar, como ejemplo de estos debates, la cuestión acerca de si la externalización de determinado servicio tecnológico, como es el de gestión y mantenimiento de redes, constituye una transmisión de una empresa o unidad productiva autónoma. La Sentencia núm. 893/2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2021 ha analizado este supuesto y ha concluido, en su fundamento de derecho cuarto, que existía una sucesión de empresa del artículo 44 ET y que no existía fraude ni cesión ilegal al considerar acreditado que al externalizar el servicio se transmitieron tanto los elementos personales (parte relevante de la plantilla) como materiales (medidores de frecuencia, ordenadores, teléfonos móviles, líneas ADSL, vehículos en *renting*, contratas y subcontratas de apoyo), inmateriales (en concreto, el acceso a los aplicativos necesarios para poder realizar la actividad y al *software*) y la clientela (transmisión de relevantes clientes, operadores de telefonía móvil para quien se gestionan y mantienen las redes). También resulta interesante la manera de probar la continuidad y “falta de interrupción” de la actividad, pues esto lo realiza a través de los indicadores de actividad o KPI (acrónimo inglés que se refiere a los *key performance indicators*, es decir, los indicadores claves o métricas que determinan los niveles de actividad). Se acredita en este caso que estos KPI se han mantenido estables y que revelan que el mantenimiento de la actividad sigue en los mismos niveles antes y después de la sucesión, por lo que este es un elemento probatorio de interés al que acudir, sin duda con apoyo en la prueba pericial. Todo lo anterior lleva a la Sala de lo Social del TS al convencimiento de que la transmisión se produce en relación con “una empresa real dotada de infraestructura organizativa propia que viene desempeñando con sus propios medios personales y materiales”, al margen de que el precio abonado por la unidad productiva es también revelador y no controvertido.

10. ELEMENTOS INMATERIALES Y SU VALOR

Como ha señalado SCHWAB³¹⁹, estamos en los albores de la cuarta revolución industrial y este hito va a suponer que “*un mayor poder cognitivo va a aumentar la producción humana*”. Ya se ha expuesto que, como consecuencia de esta evolución productiva, el concepto de empresa está en la actualidad fuertemente tensionado y sujeto a cambios relevantes, pues la cuarta revolución industrial, iniciada a principios del siglo XXI, se basa en una revolución digital que es la base de la denominada *industria 4.0* (término acuñado en la feria de Hannover de 2011 para “*describir la revolución de las cadenas de valor globales*”). Así, irrumpe con nuevos elementos tales como “*un internet más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que son cada vez más baratos, y por la inteligencia artificial y el aprendizaje de la máquina*”³²⁰.

³¹⁹ SCHWAB, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, op. cit., pág. 20.

³²⁰ *Ibidem*.

Estos imparable cambios e irrupciones que se están produciendo en el concepto de empresa, que está basculando de un concepto tradicionalmente basado en los bienes materiales y la maquinaria a un concepto intensivo en componentes inmateriales y digitales (algoritmos, aplicaciones informáticas, *software*, inteligencia artificial, etc.), están provocando una profunda transformación en lo que debe entenderse por una empresa y, en consecuencia, afecta al concepto de transmisión empresarial.

Un testimonio de esta transformación la recogen las Resoluciones del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022 sobre la inteligencia artificial en la era digital o la de 12 de febrero de 2019 sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, sobre cuyo contenido laboral ha llamado la atención la doctrina³²¹. Menciona el apartado 5 de esta última la existencia de ese cambio: *“(…) en el panorama industrial actual existe un delicado equilibrio entre los propietarios y los trabajadores; estima que la aplicación de la inteligencia artificial en la industria debe avanzar en el marco de una amplia consulta con los interlocutores sociales, ya que el posible cambio en el número de personas que trabajan en el sector requiere políticas proactivas que ayuden a los trabajadores a adaptarse a las nuevas demandas y garantizar que los beneficios sean ampliamente compartidos; (…) para ello es necesario reconsiderar y rediseñar las políticas del mercado de trabajo, los regímenes de seguridad social y la fiscalidad”*.

En un nuevo entorno en el que la digitalización impera y en el que las empresas centradas en actividades en las que la tecnología es el elemento preponderante y esencial de la actividad, lógicamente, los elementos inmateriales van ganando cada vez más importancia en el análisis del conjunto de elementos que debe realizarse, caso por caso, para concluir si existe o no una sucesión de empresa.

10.1 LOS MEDIOS INMATERIALES PUEDEN RESULTAR DECISIVOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, TAMBIÉN PARA DEFINIR AL EMPLEADOR Y, POR TANTO, TAMBIÉN PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA

Esta tendencia a considerar el peso específico de los elementos inmateriales no es exclusiva del campo de la sucesión de empresa, sino que se ha podido comprobar como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta de manera decisiva el valor que encierra la puesta a disposición de una aplicación (*app*) a los *riders*, para determinar que existe una relación laboral, en la conocida sentencia del asunto Glovo (Sentencia 805/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020) o, más recientemente, para los repartidores de paquetería en la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023 que, en el caso Amazon Flex, aplican la doctrina Glovo de la Sala Cuarta. Que la *app* haya resultado esencial para concluir que su puesta a disposición revela la ajenidad en los medios, y que esto es determinante para concluir que existe una relación laboral, es una cuestión que trasciende ese puro análisis o test de laboralidad y que impacta también en otros aspectos jurídico-laborales, como la existencia o inexistencia de una transmisión de empresa.

Es especialmente pertinente traer a colación la consideración de los medios inmateriales en la determinación de la existencia o no de una relación laboral. Y ello porque, como ha venido señalando la doctrina científica (PRASSL), la consideración y análisis sobre si existe o no una relación laboral resulta

³²¹ ROJO TORRECILLA, Eduardo: “Importante Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Unas notas descriptivas de su contenido laboral, y atención a la nueva bibliografía existente sobre IA”, en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea], 8 de mayo de 2022. Disponible online: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/05/importante-resolucion-de-parlamento.html> Fecha de consulta: 23/06/2022.

también de utilidad para conocer el concepto de empleador, pues “*el análisis de los factores que hacen que un individuo sea considerado un empleado, permite, igualmente, extraer conclusiones sobre el concepto de empleador*”³²². De hecho, se ha razonado en este punto que las dificultades en identificar a la figura del empleador también surgen para identificar a la empresa cedente en las sucesiones de empresa³²³.

Y es que, en definitiva, concepto de empresario y de trabajador son las dos caras de la misma moneda unidas por el sinalagma. Determinar si estamos ante un contrato de trabajo, ante una relación laboral por cuenta ajena, también conlleva el conocimiento acerca del empresario, pues al final el concepto de empleador es un concepto traslativo que gravita en torno al de trabajador³²⁴. Por tanto, el primero (concepto de empleador) se delimita en la medida en que actúa contractualmente junto con el segundo (el concepto de trabajador). En este contexto, conocer cómo se configura el concepto de empresario, empleador o empresa también conlleva, en definitiva, conocer el concepto de unidad productiva. Y precisamente en ese punto, la evolución de este concepto clásico que se encuentra “*tensionado y bajo presión*”³²⁵ en nuestra sociedad posindustrial y que ha dado paso a la *empresa ingravida* incide en el concepto de sucesión de empresa. En esta línea, DESDENTADO BONETE sostuvo hace ya unos años que “*la fragmentación de la empresa lleva a un tipo de empresa post-industrial que quizá ya no es el modelo que tuvo en cuenta el legislador al establecer las garantías clásicas para la transmisión de empresa*”³²⁶. Diecisiete años después de esa cita, no se puede estar más de acuerdo en el planteamiento: las garantías que acarrea la transmisión de empresa hoy deben asentarse sobre esa nueva base.

Por eso, la incidencia de los elementos inmateriales para conocer si su puesta a disposición conlleva la existencia de una relación laboral, al ser esencial para conocer si se está ante una relación laboral, también va a resultar crítica para conocer si la transmisión de tales elementos esenciales conlleva la existencia de una sucesión de empresa.

En este sentido es en el que argumenta precisamente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el fundamento de derecho vigesimoprimer de su Sentencia 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, la relevancia de la aplicación para determinar la existencia de una relación laboral (y, en paralelo, la transmisión de esa decisiva aplicación podría, en su caso, desencadenar el régimen jurídico de la transmisión de empresa).

A través de ella, la empresa (i) establece todos los aspectos relativos a la forma de prestación del servicio y el precio del servicio de recogida y entrega de los productos, así como del pago; (ii) establece instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo, incluyendo medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, incluyendo las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante; (iii) organiza la actividad, pues el repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución (por tanto, la *app* pone a disposición los clientes, elemento fundamental una vez más), y todo ello incide en que el repartidor

³²² PRASSL, Jeremias: *The concept of the employer*, op. cit., pág. 25.

³²³ *Idem*, pág. 91.

³²⁴ MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, op. cit., pág. 189 y ss.

³²⁵ “(...) a concept under pressure”, según reflexiona PRASSL, Jeremias, *The concept of the employer*, op. cit., pág. 81.

³²⁶ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “Prólogo”, op. cit., pág. 10.

no tenga capacidad para organizar el trabajo y autonomía; (iv) establece las directrices organizativas, y eso revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral; (v) la clave en la prestación de los servicios la constituye un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos; (vi) a través de la *app* se disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador; y (vii) por último, a través de la plataforma digital, se lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. En una línea muy similar se pronuncia, siguiendo esta doctrina, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023 dictada en el caso Amazon Flex, en el que destaca que el valor de la aplicación puesta a disposición pone de manifiesto que el vehículo aportado por los repartidores de paquetería es intrascendente en términos comparativos de los respectivos valores. Además, tiene esta última sentencia el interés adicional de que la *app* proporcionada implicaba la realización de una serie de pasos tras su instalación que entiende similares a un proceso de selección y, por tanto, la *app* es también reveladora de dependencia por esta razón.

Evidentemente, la importancia esencial de los medios inmateriales fue decisiva aquí (y, en general en la doctrina judicial de la economía de plataformas) para concluir que existía una relación laboral. En el mismo sentido, la importancia de esos medios inmateriales puede provocar que su transmisión produzca la sucesión de empresa laboral. En cambio, su falta de transmisión, cuando se trata de elementos esenciales, puede provocar la inexistencia de sucesión de empresa. Ejemplo de esto último la constituye la doctrina de suplicación acerca de los medios inmateriales en las agencias de viajes, sector que constituye un buen ejemplo en el que comprobar esa irrupción de los medios inmateriales y la digitalización en la transmisión de empresas, como a continuación se desarrollará.

En todo caso, el concepto mismo de empresa está evolucionando a una velocidad vertiginosa. Por eso, es preciso subrayar una relevante conclusión. La importancia de los elementos inmateriales en muchas de las industrias de nuestros tiempos está generando una auténtica revolución en el concepto de empresa y, en consecuencia, en el concepto de sucesión de empresa.

Sin detenernos en ello ahora con detalle (de desarrolla en el apartado 11.4 posterior), es preciso al menos citar que hemos visto recientemente cómo, cuando la actividad descansa esencialmente en la clientela, su exclusiva transmisión (sin transmitirse empleados, oficinas, mobiliario, etc.) conlleva la sucesión de plantillas al facilitarse la transmisión cuasi automática de un elevado porcentaje de las carteras de valores —STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, *Dodic*—³²⁷. Clientela que, de algún modo, debería considerarse como un elemento inmaterial más³²⁸.

³²⁷ Pueden citarse, como ejemplos de aplicación de la doctrina *Dodic* en nuestra doctrina de suplicación, los que se analizan en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de enero de 2021 (JUR 2021, 138599), 8 de septiembre de 2020 (JUR 2021, 137722) y 1 de junio de 2021 (JUR 2021, 326797), o de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 18 de noviembre de 2021 (JUR 2022, 39698).

³²⁸ Muy relacionado con los elementos inmateriales o intangibles se encuentra el concepto de transmisión de clientela, aunque al querer seguir el orden de análisis de la doctrina del TJUE sobre el “conjunto de elementos”, le dediquemos un apartado separado en este análisis. Buena cuenta de ello lo supone el hecho de que la STJUE *Dodic* haga referencia a esta clientela como a que la actividad se basa “*principalmente en los elementos inmateriales*”. La Sentencia de la Sala de lo Social del

También se ha expuesto en el apartado 9 anterior que, en ese proceso de cambio, cada vez resulta más pertinente considerar la obsolescencia de los medios. Y de cómo, ante un cambio de adjudicataria del servicio de líneas de autobuses en el que no se transmiten los autobuses, pero sí los conductores, no existía sucesión de empresa en el 2001 (STJUE de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, *Liikenne*) y, sin embargo, casi veinte años después, sí se ha declarado la existencia de sucesión en un supuesto muy similar (STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, *Grafe/Pohle*)³²⁹.

Además de clientela y obsolescencia de los medios, el tercer actor protagonista es, sin duda, el de los medios inmateriales. Tanto es así que habrá que verificar si la actividad descansa de manera esencial en la “industria inmaterial”, pues esto puede determinar la existencia de sucesión si se transmite, o la inexistencia de sucesión legal si no se transmite. Y, en caso de no transmitirse esos elementos inmateriales esenciales en las industrias que en ellos descansan, habrá que verificar si el convenio colectivo aplicable prevé la subrogación convencional, que es cuando adquiere sentido. En efecto, si descansa esencialmente en la inmaterialidad, no descansará esencialmente en el personal, de modo que no podrá aplicarse aquí la doctrina de la sucesión de plantilla como consecuencia del cumplimiento del convenio, resultado al que conduce la STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, *Somoza Hermo*, asumida en la Sala Cuarta³³⁰. He aquí una razón adicional que apoya la tesis de la necesidad de pasar del binomio “empresas que descansan en la industria” vs “empresas que descansan en la mano de obra” a un tercer género de “empresas que descansan en la tecnología inmaterial”. Su existencia, ya se ha dicho que viene refrendada por la cita textual en la exposición de motivos y cuerpo normativo de la Ley 28/2022 de *start-ups*, que se refiere a las “empresas de base tecnológica”, debe entenderse, tecnológica inmaterial. Por tanto, la idea de que exista un tercer género de empresas que descansan en los elementos intangibles debe tenerse muy en cuenta en el futuro del análisis sucesorio.

En esta misma línea se ha pronunciado DE LA PUEBLA PINILLA³³¹ al recordar que “(...) *Hay ya pronunciamientos judiciales en los que se declara la transmisión de empresa, al margen o sin transmisión de elementos productivos materiales, tras apreciar la transmisión de la cartera de clientes, del know-how organizativo o de la cesión de contratos (STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Dodic; STSJ Asturias, de 21 de marzo de 2017 (Rº 6/2017) y STSJ País Vasco, de 7 de enero de 2021, Rº 1453/2020). Tampoco en estos casos puede afirmarse que la plantilla constituya una entidad económica de modo*

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de enero de 2021 (n.º recurso 1453/2020) subraya esta reflexión y afirma que “(...) *entendemos que en el negocio de cafetería de una estación de autobuses el valor predominante es su activo intangible integrado por la clientela*”. Siendo, evidentemente la clientela un activo inmaterial, comoquiera que tradicionalmente, el conjunto de elementos a valorar de manera conjunta al que se refiere el TJUE lo separa conceptualmente (una cosa son los elementos inmateriales y su valor y la otra la transmisión de la clientela), se trata esta última cuestión en el apartado 11.

³²⁹ En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de noviembre de 2020 se cita la doctrina *Grafe/Pohle* en un supuesto de cambio de adjudicataria de contrata en el que queda abandonado un módulo prefabricado con ordenadores y otro material sin uso, que se empleaba para dar servicio a una empresa del sector de la automoción.

³³⁰ Sentencia 873/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, a la que han seguido muchas otras, por ejemplo, Sentencia núm. 269 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022 (recurso 1062/2020), por citar una de las más recientes.

³³¹ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “La subrogación convencional tras la doctrina «Somoza Hermo». Aspectos conflictivos”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, n.º 2, 2021, pág. 7. Disponible online: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6483> Fecha de consulta: 23/06/2022.

que las previsiones que, en su caso, pudieran recogerse en el Convenio colectivo de aplicación sobre subrogación convencional serían insuficientes para activar la aplicación del art. 44 ET”.

Como se verá, esto mismo ha sucedido en el sector de agencias de viajes, que probablemente es un muy buen ejemplo para comprobar cómo una actividad económica ha ido evolucionando en la toma de importancia de la inmaterialidad, hasta tal punto que ha llevado a la doctrina judicial a descartar que sea un sector que descansa en la mano de obra, habida cuenta de la relevancia del componente inmaterial en la actividad (licencias, *software*, crédito de los proveedores y aportación de producto son la clave en este sector). Por tanto, el análisis de la inmaterialidad en este sector puede aportar una buena muestra de la evolución de la empresa objeto de transmisión que en este trabajo se mantiene.

10.2 EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN Y LOS MEDIOS INMATERIALES EN EL CONCEPTO DE EMPRESA. EL EJEMPLO DEL SECTOR DE AGENCIAS DE VIAJES Y EL RECONOCIMIENTO DE ESE IMPACTO EN LA NORMATIVA DE ERTES RED

El sector de las agencias de viajes supone, en efecto, un buen ejemplo en el que observar cómo la evolución en los medios de producción afecta al concepto de sucesión de empresa y de unidad productiva, dado que, cada vez más, las nuevas tecnologías, los medios inmateriales, las aplicaciones, el *software* y demás son decisivos (su transmisión o no transmisión puede ser determinante de la existencia de sucesión de empresa). Tanto es así que la incidencia de los medios materiales ha impactado no solo en el concepto de unidad productiva en el sector (en los últimos tiempos claramente apalancado en los elementos inmateriales), sino también en la propia necesidad de reconversión de sus plantillas, dadas las enormes dificultades de esta industria para recuperarse tras la pandemia, habida cuenta de los cambios que, ya con anterioridad de su aparición, empujaban hacia su reconversión. La pandemia tan solo ha resultado ser un acicate a ese proceso³³².

De hecho, conviene citar aquí que el impacto de las nuevas tecnologías ha sido uno de los factores que ha propiciado incluso la necesidad de transformación del sector por impacto de la digitalización. Así, los denominados Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo introducidos por la reforma laboral de 2021 han sido activados precisamente para este sector de agencias de viajes, buscando la reconversión del sector y poniendo en práctica los mecanismos del nuevo artículo 47 bis.1.b) del ET en su modalidad sectorial, prevista para cuando “*se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesionales de las personas trabajadoras [...]*”³³³.

³³² En efecto, la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del ET, argumenta que “*El porcentaje tan alto de personas en ERTE en el sector de las agencias de viaje, que es la única rama donde se refleja este comportamiento, está relacionado, no obstante, con un cambio estructural que se está produciendo en el sector, y que posiblemente empezara con anterioridad al estallido de la COVID-19*”. Posteriormente realiza varias alusiones a la irrupción de la tecnología.

³³³ Activa estos ERTES RED para el sector de agencias la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del ET. Su régimen jurídico se desarrolla, por el momento, en el artículo 47 bis del ET, en los capítulos II y III del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

La doctrina ha señalado, acerca de la modalidad sectorial del Mecanismo RED, que “(...) remite a cambios que afecten señaladamente a determinados sectores productivos como consecuencia de procesos de diversa naturaleza pero que, sin duda, en su aplicación más inmediata, encontrarían un contexto adecuado en la automatización y digitalización de los procesos productivos”³³⁴.

En efecto, esa automatización y digitalización de procesos aparece de manera clara en el sector de agencias de viajes, que genera la necesidad de acometer procesos de transición profesional para adaptarse a esta nueva realidad, razones que han sido subrayadas por la Orden PCM/250/2022. La Orden prevé que “este sistema ha de servir de apoyo a la recualificación de trabajadores y trabajadoras en empresas y sectores en transición, para hacer frente a los posibles ajustes permanentes de plantillas ante innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos o de la demanda”. Precisa también que el impacto de la crisis ha sido tan profundo que impide retomar la actividad con continuidad sin prestar atención a las nuevas realidades que van a condicionar la evolución del sector. Se argumenta también que la pandemia ha supuesto un auténtico “catalizador de tendencias existentes en el mercado con carácter previo a su aparición”. No en vano, el fenómeno de la *omnicanalidad*, es decir, la necesidad de coexistencia de las ventas físicas en tiendas o agencias en coexistencia con el entorno digital se ha constatado por diversos estudios (p. ej., la consultora Braintrust)³³⁵.

En ese contexto de irrupción de las nuevas tecnologías y de la digitalización en el sector, junto con los cambios de tendencia del tipo de producto que se demanda en la industria de viajes (p. ej., ecoturismo, turismo responsable, etc.), se llega a la conclusión de que es necesario actuar para dotar a las agencias de viaje de herramientas que les permitan adaptarse al nuevo contexto. En este contexto, según indica SEGITTUR³³⁶, las empresas de este subsector deben tratar de responder a la nueva demanda adaptando su oferta y sustentándola en pilares basados en la calidad, la toma en consideración de la garantía de seguridad sanitaria (que las personas consumidoras requerirán mientras perdure la preocupación por ciertas restricciones) y, señaladamente, la adaptación a un funcionamiento cada vez más digital. Por ello, la normativa reguladora de los ERTES RED apuesta por una serie de actuaciones en el ámbito laboral, como la reconversión de tareas y la capacitación y formación.

Pues bien, como se observa, entre las distintas cuestiones que afectan al sector, se encuentra la “adaptación al funcionamiento cada vez más digital”, pues la tendencia, tanto de los consumidores de los servicios como del propio funcionamiento de esta industria, apunta en esa dirección, razón por la que los planes de recualificación a los que obliga la normativa para la tramitación de los ERTES RED (47 bis ET y RDL 4/2022) se están centrando, en la práctica, en esas competencias digitales. Así se ha podido constatar en los ERTES RED negociados para la industria del turismo, especialmente, durante el primer semestre del año 2022.

En este contexto, es evidente que la evolución tecnológica marca a la industria y al sector, así como al concepto de empresa. Por eso, puede concluirse que es esta una industria especialmente afectada por

³³⁴ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 217 y ss.

³³⁵ GARCÍA BUTRAGUEÑO, Ángel: “La importancia de la omnicanalidad en la comercialización turística”, *Braintrust* [en línea], 1 de junio de 2022. Disponible *online*: <https://www.braintrust-cs.com/download/la-importancia-de-la-omnicanalidad/> Fecha de consulta: 1/07/2022.

³³⁶ Secretaría de Estado de Turismo e Innovación del Gobierno de España.

la mutación del concepto empresarial. También, evidentemente, al concepto de empresa como objeto de transmisión, lo que se ha venido recogiendo en los últimos años en la jurisprudencia existente acerca de la transmisión de empresas en este sector.

10.3 LA ACTIVIDAD DE AGENCIAS DE VIAJES DESCANSA EN LOS ELEMENTOS INMATERIALES (Y SU FALTA DE TRANSMISIÓN PROVOCA LA INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA)

La doctrina de suplicación ha tenido ocasión de analizar los supuestos de sucesión de empresa en la actividad de agencias de viajes. Su conclusión ha sido clara y mantenida por diversas Salas de lo Social (País Vasco, Cataluña, Castilla y León, Asturias y Madrid) en sentencias que se citan a continuación. Son diversos los elementos necesarios para llevar a cabo este negocio (trabajadores, mobiliario, clientes, tiendas), y la doctrina judicial admitió que buena parte de ellos pudieron haberse transmitido en estos casos, si bien la actividad en este sector se basa en los elementos inmateriales, y su falta de transmisión implica la no sucesión de empresa. En esencia, esta industria descansa en los *software* —como el denominado sistema AMADEUS que permite la búsqueda y reserva de billetes de avión—, en las licencias para adquirir billeteaje aéreo concedidas por la IATA, así como para la adquisición de billetes de tren, concedidas por RENFE, y en el producto y contratos con los proveedores para poder ofrecer esos productos (billetes de avión, navieras, coches de alquiler y hoteles). Esos medios se consideran “*principales y no solo accesorios*” en los términos que requiere la doctrina de la Sala Cuarta (STS de 16 de julio de 2003). Por ello, no habiéndose transmitido esos elementos esenciales por parte de la cedente, sino que, siendo la cesionaria quien los puso sobre la mesa, no existe sucesión de empresa. De hecho, tampoco puede sostenerse que se trate de una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra (y a la que pudiera aplicarse la doctrina de la sucesión en la plantilla), sino que lo capital en ese sector son los elementos inmateriales.

Así lo vienen a concluir la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 908/2015, de 4 de diciembre de 2015, y un conjunto de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como la núm. 2045/2013, de 20 de noviembre; núm. 2038/2013, de 19 de noviembre; núm. 2221/2013, de 17 de diciembre; núm. 2238/2013, de 17 de noviembre; núm. 234/2014, de 28 de enero; núm. 162/2014, de 25 de febrero; núm. 368/2014, de 18 de febrero; núm. 650/2014, de 1 de abril; núm. 368/2014, de 13 de mayo; núm. 931/2014, de 13 de mayo; núm. 632/2014, de 1 de abril; y núm. 525/2014, de 18 de marzo (en adelante, nos referiremos a este conjunto como las “**Sentencias del TSJ del País Vasco**”). Esas sentencias razonan, en esencia, que la actividad de agencias de viajes no descansa en la mano de obra de manera esencial porque “*precisa disponer de unos medios tecnológicos y una red de mayoristas con los que materializar los viajes que ofrecen al público*”.

Por ejemplo, la Sentencia 2045/2013, de 20 de noviembre, ha argumentado que se ha acreditado que la actividad empresarial de agencia de viajes “*no es sólo ni exclusivamente una especie de aportación de mano de obra como elemento aislado e importante y único, sino que exige la constatación de medios materiales de cierta importancia, principales y no sólo accesorios, que se dan en el contexto de las oficinas y apertura al público en un modo de atención de una actividad profesional que exige medios técnicos, tecnológicos y de apoyo de mayoristas para la materialización de la oferta pública que hace difícil el análisis, estudio y decisión de una verdadera sucesión de plantillas*”.

También, en términos prácticamente idénticos, se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), concretamente en su Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (recurso 1258/14), que entendió que se trata de una “*actividad profesional que exige medios*

técnicos, tecnológicos y de apoyo de mayoristas para la materialización de la oferta pública que hace difícil apreciar una verdadera sucesión de plantillas. Así se asevera en sentencia (fundamento segundo) que cuando la oficina de [la calle M] empezó a operar como [oficina de la pretendida cesionaria] no podía llevar a cabo la totalidad de sus cometidos sino que precisó el apoyo de otra oficina de [la pretendida cesionaria] ya consolidada y esto fue así porque [la pretendida cesionaria] ha aportado no solo medios materiales sino también y principalmente tecnología (entre la que destaca la propia del sistema FRONT al que conectarse las oficinas para buscar información sobre los productos a vender) y relaciones comerciales (como contratos con proveedores existentes)”.

El mismo criterio ha sido acogido, igualmente, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia núm. 6645/2015, de 9 de noviembre, que ha considerado acreditado que, en el sector de agencias de viajes “*son indispensables medios y recursos tecnológicos e informáticos, así como una red de mayoristas, contratos con hoteles, operadoras de viajes terrestres, etc., de manera que la mera sucesión de plantillas no permite continuar en el desempeño de la actividad (...)*”³³⁷.

Por su parte, las Sentencias del TSJ del País Vasco han concluido con rotundidad esa inexistencia de sucesión de empresas al entender que los elementos inmateriales son indispensables para la actividad y no habían sido transmitidos. Por todas, la Sentencia 2045/2013, de 20 de noviembre, ha entendido la relevancia de la aportación de medios inmateriales y de “*las inversiones realizadas por la empresarial entrante con respecto al sistema Amadeus, la inversión en redes de conexión y sus facturaciones de señalizaciones, rótulos, publicidad y propaganda, además de conformación de autorizaciones de puntos de venta Renfe, códigos IATA o el manual básico FRONT [sistema propio de esa agencia de viajes que permite efectuar reservas y aportar el crédito del proveedor], cuyas certificaciones, facturaciones y licencias quedan documentadas con suficiencia”.*

A la vista de los medios aportados por la pretendida cesionaria, la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco ha concluido que no existe sucesión de empresas ni sucesión de plantillas.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 6645/2015, de 9 de noviembre, se pronunció en los mismos términos y declaró inexistencia de sucesión de empresas porque “*la empresa recurrente [la pretendida cesionaria] ha procedido a la adquisición de nuevos hardware y software “Amadeus”, licencias de actividad, redes de conexión, sistema informático “Front”, redes de mayoristas..., de manera que no se limitó a aprovechar la infraestructura de la oficina que anteriormente ocupaba [la pretendida cedente], sino que tuvo que empezar de cero, para lo cual hubo de mantener cerrada la oficina durante más de dos meses, datos todos ellos que, tal y como sostiene la recurrente, nos llevan a negar la existencia de sucesión empresarial”.*

³³⁷ Igualmente, numerosos Juzgados de lo Social han compartido este criterio y lo han analizado con detalle. Resulta muy reveladora la Sentencia 354/2013, de 17 de octubre, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, que declara inaplicable la doctrina de la sucesión en la plantilla porque “*considera esta Juzgadora que la actividad de agencia de viajes no descansa básicamente en la mano de obra, pues deben tenerse los elementos patrimoniales necesarios para poderla desarrollar y sin los cuales es imposible hacerlo, programas informáticos, códigos IATA y demás elementos informáticos (ordenadores) (...)*”.

También la Sentencia núm. 261/14, de 30 de junio de 2014, del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, que razona en términos muy parecidos el carácter indispensable de “*los programas y sistemas informáticos*”, a los que añade “*las licencias necesarias para la actividad*”.

Finalmente, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha acogido la misma doctrina en su Sentencia núm. 908/2015, de 4 de diciembre, que declaró la inexistencia de sucesión de empresa sobre la base de que *“fue la [pretendida cesionaria] quien aportó los medios materiales e inmateriales imprescindibles para realizar una actividad”* y que por eso no existió la transmisión de una unidad productiva autónoma. Se recalcó también que *“no existen datos que justifiquen la subrogación que establece la sentencia, al acreditarse solo una coyuntural y parcial sustitución en el mercado respecto a un cliente. No hay sucesión en la titularidad de la empresa. No hay transmisión del conjunto organizado pese a que se trata de una actividad que exige el empleo relevante de diversos medios materiales, mobiliarios, inmobiliarios, técnicos, no bastando la mano de obra, no estamos pues ante lo que se entiende como sucesión «en la contrata”*.

Igualmente, cabe recordar que esta doctrina se ha venido aplicando incluso en el caso del cambio de adjudicataria de un *implant* de agencias de viajes, esto es, en oficinas de agencias de viajes insertas en empresas, por ejemplo, productoras de metal o gasísticas, que cuentan con una agencia de viajes para atender a las adquisiciones de viajes de sus empleados. En estos casos se ha concluido que tampoco existe sucesión de empresa, nuevamente, al considerar que el elemento fundamental para el sector son los elementos inmateriales, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril de 2019³³⁸.

10.4 LA IMPORTANCIA CRECIENTE DEL SOFTWARE Y LAS APLICACIONES (EL CASO DEL SERVICIO DE RECAUDACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO Y EL CASO DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID)

Además del sector de las agencias de viajes, el análisis de la relevancia de los elementos inmateriales y su valor como elemento determinante de la existencia de sucesión de empresa ha aparecido también en otras actividades, como en los servicios de recaudación de impuestos, donde debe necesariamente analizarse el peso específico del *software* y de las bases de datos como elemento central que puede determinar la existencia de sucesión de empresa.

Lo analiza la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de marzo de 2017 (AS 2017, 121), que ha conocido de un pleito de despido colectivo consecuencia de la reversión del servicio de gestión recaudatoria de tributos y multas del Ayuntamiento de Oviedo (el “Servicio de Gestión Recaudatoria”).

Partiendo de la base de que este servicio, pese a llevarse a cabo por una entidad pública, constituye una “actividad económica”, su hecho probado tercero da buena cuenta de cómo en determinadas actividades la piedra angular la conforman los medios materiales, de modo que su transmisión va a acarrear la existencia de una sucesión de empresa, en este caso, entre la última contratista que llevó a cabo el servicio y el propio Ayuntamiento.

Su hecho probado tercero examina con detalle cuál es la actividad de la que se trata, que descansa en industria, no en la plantilla y, en concreto en la inmaterialidad. Así, la última adjudicataria, para desarrollar el Servicio de Gestión Recaudatoria, empleaba el sistema informático de gestión, las bases de datos y concertó un contrato de prestación de servicios informáticos con una empresa especializada en consultoría informática externa. Durante los ocho años en los que desarrolla el servicio, la última

³³⁸ Se estudia con detalle este supuesto en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cambio de adjudicataria de un *implant*...”, *op. cit.*, págs. 221-230.

adjudicataria efectúa importantes trabajos y mejoras en el *software* que se emplea para realizar la actividad, lo que incluye mejoras en la aplicación de la empresa de consultoría informática, creación de un programa de gestión para cubrir las necesidades de acceso a la información disgregada en distintas bases de datos y que facilita a los gestores del Servicio de Gestión Recaudatoria su tarea, dado que incluían nuevas funcionalidades “*relacionadas con dos procesos clave del contrato: la recaudación ejecutiva y la gestión administrativa*”. Adicionalmente, la última adjudicataria efectúa un desarrollo e implantación de un portal web para el Servicio de Gestión Recaudatoria, de modo que se facilitaba el acceso a la información municipal sobre esta materia, además de crear una oficina virtual y una pasarela de pagos. Por último, la última adjudicataria desarrolla también una aplicación para la tramitación de multas y gestión de la contestación de recursos en relación con las sanciones y multas de la policía local.

Como siempre tiende a ocurrir a la finalización de los contratos se produce un momento crítico en el que la anterior adjudicataria traspasa a la nueva adjudicataria o al ente público al que se revierte la actividad algunos activos precisos para su realización y continuidad. El modo en el que esto ocurre y la esencialidad de lo que se revierte es especialmente revelador, y también lo fue en este caso, en el que el Ayuntamiento requirió a la última adjudicataria el *código fuente de las aplicaciones* que garantizase la utilización de los programas, los ficheros con datos que se hubieren utilizado para el buen funcionamiento del Servicio de Gestión Recaudatoria, los informes Access desarrollados y las bases de datos, la información utilizada para la prestación del Servicio de Gestión Recaudatoria, los programas desarrollados y aplicaciones funcionales, los programas fuente, etc.

La sentencia se detiene a valorar esos medios inmateriales y precisa que el valor aproximado del *software* transmitido es de 1.300.000 euros, y resulta especialmente revelador de la esencialidad de esos medios el hecho de que “*en los requerimientos de entrega del material (...) [el Ayuntamiento] recuerda lo esencial de dicha entrega a fin de garantizar la continuidad del servicio*”. A esto hay que añadir que, al continuar con la actividad, el Ayuntamiento tuvo que contratar formación informática precisamente con la misma empresa de consultoría informática que utilizaba la anterior adjudicataria. Así las cosas, el fundamento de derecho quinto de esta sentencia concluye que existe sucesión de empresa al haberse transmitido los elementos inmateriales, que son lo esencial en la actividad, pues durante los años de prestación del Servicio de Gestión Recaudatoria por la anterior adjudicataria sus trabajos de mejora y desarrollo de *software* “*(...) han permitido crear y mejorar las aplicaciones y productos informáticos y los ficheros que constituyen los activos transmitidos al Ayuntamiento, los cuales constituyen una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, pues comportan un soporte bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente. Así lo evidencia el hecho de que durante ocho años la empresa ha asumido de modo efectivo, sin que consten irregularidades o anomalías, la colaboración en la gestión recaudatoria (...)*”.

En todo caso, la valoración de la relevancia de los medios inmateriales es un aspecto que va apareciendo de manera recurrente en la jurisprudencia más reciente y a la que también presta atención la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Así, resulta reseñable la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 563/2021, de 20 de mayo de 2021 (recurso 145/2020), que analiza el cambio de adjudicataria del servicio de mantenimiento de la Universidad Autónoma de Madrid y de operación y mantenimiento de la estación de aguas residuales en el que se sopesa la importancia de los elementos intangibles aun cuando la actividad no descansa esencialmente en ellos. El hecho cuarto de la sentencia explica el alcance del servicio, que abarca una superficie de 380.000 m² agrupados en treinta y ocho edificios propiedad de la UAM y alrededor de tres mil unidades de maquinaria a mantener, además del servicio de operación y

mantenimiento de la estación depuradora. La sentencia analiza la reversión y cambio de adjudicataria de este servicio y alcanza la conclusión de que se produce una sucesión legal de empresas entre la última y la nueva adjudicataria (aunque no condena a la Universidad Autónoma al entender que no se produce reversión).

Para alcanzar la convicción de que existe una sucesión legal de empresa con la nueva adjudicataria, es especialmente relevante cómo se argumenta con base en el conjunto de elementos:

(i) La UAM pone a disposición de las sucesivas contratistas el local para almacén, el taller, esencial para el mantenimiento, los vestuarios y oficinas (por tanto, se ponen a disposición inmuebles).

(ii) También pone a disposición los materiales propios de equipos o instalaciones, que define como *“todos aquellos que ocupando un lugar permanente en un área, equipo o instalación sea necesario sustituirlos por deterioro, envejecimiento, desgaste, rotura o incorrecto funcionamiento”* (por tanto, se transmiten elementos materiales).

(iii) No se da importancia, por parte de la sentencia, al hecho de que la nueva adjudicataria aportase los denominados “medios auxiliares” que requerían los pliegos y que consistían en *“2 furgonetas pequeñas, tipo Kangoo o similar, 2 furgonetas grandes tipo Renault Traffic o similar, una hormigonera; un dumper; una maquinaria hidrolimpiadora de más de 150 bar; un grupo electrógeno portátil de 35 KW; un analizador electrónico de humos de combustión; 2 grupos portátiles de soldadura eléctrica y autógena”*. La sentencia razona que estos medios auxiliares que aporta la cesionaria no enervan la sucesión, porque *“la propia terminología relativa al material aportado por la empresa adjudicataria: materiales fungibles, herramienta de mano y demás medios materiales y auxiliares a emplear por los operarios, indica su naturaleza adjetiva”* (los considera elementos accesorios, no esenciales).

(iv) Igualmente, se transmiten los elementos inmateriales, cuya importancia se remarca en la sentencia como *“activo inmaterial esencial”* (fundamento de derecho decimotercero y decimocuarto, apartado 2): *“incluyen un programa informático, proporcionado por la Universidad, el cual gestiona el mantenimiento de miles de instalaciones, informando a la nueva contratista de qué actividades de mantenimiento se han realizado y cuales están programadas; una página web, aportada por la UAM, que permite a los interesados solicitar la intervención de la empresa de mantenimiento para afrontar las incidencias; un teléfono de incidencias, que también es de la Universidad; así como los inmuebles y los materiales necesarios para la continuidad de dicha actividad. Se trata de elementos cualitativamente esenciales para la prestación del servicio”*.

Esta decisión del TS es importante por la valoración que otorga a los distintos elementos para decidir que existe sucesión de empresa (singularmente a los inmateriales), y conviene destacarla en el sentido de que es un ejemplo de supuesto de actividad que no descansa esencialmente en la inmaterialidad, pues existen instalaciones, locales, elementos materiales y plantillas, pero se considera la transmisión de los programas informáticos, la página web que permite resolver las incidencias, etc. El supuesto es también reseñable por otras razones, puede resultar llamativa la absolución de la Universidad Autónoma. Así, si bien condena a la nueva adjudicataria al existir una sucesión de empresa por haberse transmitido a esta no solo la actividad económica de mantenimiento, sino también los medios que son esenciales para realizarlo (programa informático, página web que permite solicitar a los interesados las incidencias, instalaciones, inmuebles y materiales necesarios para continuar con la actividad que la sentencia califica como *“cualitativamente esenciales para prestar el servicio”*), puede parecer extraño que la reversión de esos medios, en posesión de la anterior adjudicataria y que en algún momento tienen que revertir a la

Universidad, no constituyera sucesión. Ciertamente es que la sentencia no declara probado que haya habido una reversión de esos medios (posiblemente pasaran directamente de la anterior adjudicataria a la nueva), lo que podría explicar que no se declaren dos sucesiones de empresa, una primera de la anterior adjudicataria a la universidad y una segunda de la universidad a la nueva adjudicataria.

10.5 SUCESIÓN DE EMPRESA Y FRANQUICIAS

En el capítulo 1 hemos visto cómo la mutación del concepto empresarial en la sociedad posindustrial conllevó pasar de la división del trabajo de los métodos *fordistas* y *tayloristas* en la gran empresa pirámide a la traslación de esta segmentación en las redes de empresas. Uno de los esquemas típicos para lograr esa parcelación en terceras empresas a través de la construcción de redes empresariales es el de las franquicias, modelos de estructura empresarial que se han ido instaurando paulatinamente y han adquirido una importancia creciente desde finales de la década de los años noventa, pues “*constituye una fórmula más que permite obtener la flexibilidad organizativa que cada vez con mayor insistencia demanda la empresa*”³³⁹. De hecho, el patrón de crecimiento mediante franquicia ha propiciado la posibilidad de que naciera la “*empresa hueca*” o “*empresa minimalista*”, donde se consigue el ahorro de mano de obra con una combinación de automatización, control informatizado de los trabajadores y subcontratación, tal y como señalaba CASTELLS³⁴⁰. Y ello genera la posibilidad de tamaños reducidos en las empresas *core* o nucleares, gracias a las nuevas tecnologías de la información, que posibilitaron el salto a estructuras empresariales en red a través de franquiciados a un coste muy reducido, en el que “*ejemplos como Benetton, Nike o IKEA lograron hacer crecer la empresa mínima mediante la red*”³⁴¹.

Desde el punto de vista de la sucesión de empresa, el modelo de las franquicias ha resultado de interés y ha suscitado numerosa doctrina judicial en los años noventa y dos mil. El interés se centraba muy señaladamente en lo que respecta a aquellos fenómenos en los que una empresa decide cerrar centros de trabajo y reabrirlos como franquicias, o bien en el caso de que una nueva franquiciada sustituya a la anterior franquiciada. El modelo es muy sugerente desde la perspectiva del estudio del peso de los medios inmateriales, y se trata en este apartado porque está muy relacionado con ese auge de la importancia de los elementos no corpóreos frente a los tangibles (fábricas, instalaciones, maquinaria y materias primas)³⁴², en un futuro en que, como se viene insistiendo, en buena medida se está viendo enfocado no tanto en la producción de bienes, sino en la producción de conceptos de uso masivo³⁴³. Por tanto, si la inmaterialidad que se detectó desde los años noventa conlleva una relevancia, mayor la puede tener en la actual fase de evolución empresarial, en la que determinadas industrias tienden a abandonar la materialidad de sus activos por la intangibilidad. Aunque, como se verá, resulta decisivo ver qué tipo de actividad realiza la franquiciada y los medios que precisa, siendo aplicable igualmente la doctrina del “conjunto de elementos” del TJUE que acabamos de analizar y cuya aplicación, también a los supuestos de sucesión de franquiciados, fue apuntada tempranamente por la doctrina científica³⁴⁴.

³³⁹ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 128 y ss.

³⁴⁰ CASTELLS, M.: *La era de la información...*, op. cit., pág. 192.

³⁴¹ DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral, problemas sustantivos y procesales*, op. cit., pág. 45.

³⁴² PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 129.

³⁴³ RIFKIN, Jeremy: *La era del acceso, La revolución de la nueva economía*, Paidós, 2000, pág. 87.

³⁴⁴ GIL Y GIL, José Luis: “Aspectos laborales del contrato de franquicia”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios. Casos Prácticos*, vol. 2000, Madrid: Centro de Estudios Financieros (CEF), 2000, pág. 64.

En todo caso, decimos que en el modelo de empresas red basadas en el esquema de la franquicia los medios inmateriales tienen una relevancia decisiva porque el franquiciador va a poner a disposición del franquiciado la marca, el *know-how*, la propiedad intelectual, *marketing plan*, conocimientos o técnicas, método operativo, experiencias, modelos industriales, técnicas publicitarias o de promoción, sistema de ventas, etc.³⁴⁵, y ello puede considerarse como la esencialidad del negocio, sobre todo cuando el franquiciado recibe todo lo necesario para realizar la actividad en el paquete de franquicia o no tiene que aportar elementos esenciales para la apertura. Además, de algún modo viene anexa a la franquicia la cuestión de la transmisión de la clientela (cuestión esencial por la doctrina del TJUE, asunto *Dodic*, que se expone en el apartado 11.4 posterior).

Su relevancia específica en el sector de las franquicias ya la venía poniendo de manifiesto la doctrina hace más de veinte años al subrayar que *“las franquicias llevan siempre conexas un pacto de distribución geográfico, que supone, directa o indirectamente, la exclusividad en una determinada zona, como garantía de protección del propio franquiciado”*³⁴⁶. Que la importancia de la clientela es crítica en las franquicias lo defendió también de manera consistente GIL Y GIL, al argumentar que aquí *“los elementos verdaderamente esenciales para la explotación del negocio no son el mobiliario o el local, aunque puedan tener un indudable valor económico: el elemento fundamental de la explotación es el fondo de comercio, la clientela obtenida o que se pueda obtener, por la explotación de la marca, la buena imagen y el sistema de técnicas comerciales, ya experimentado con éxito, del franquiciador. En suma, el fondo de comercio constituye un elemento patrimonial imprescindible e insustituible: es el factor que mueve, en última instancia, a un empresario a asociarse a una red de franquicias y, por eso, será normalmente el elemento de mayor valor económico y, en cualquier caso, el único elemento patrimonial que no puede faltar”*³⁴⁷.

A propósito del contrato de franquicia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre muchas otras en su Sentencia de 4 de marzo de 2007, ha expuesto que su característica fundamental *“estriba en que una de las partes, el franquiciador, es titular de una determinada marca, título o patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación, o actividad industrial y otorga a otra el derecho a utilizar aquello sobre lo que ostenta titularidad durante un cierto tiempo, bajo ciertas condiciones de control y en una zona geográfica delimitada contra la entrega de una prestación económica que suele articularse mediante la fijación de un canon o porcentaje periódico (la regalía o royalties)”*³⁴⁸.

El concepto de franquicia, en el marco del objeto del estudio de la existencia de una sucesión de empresa del artículo 44 ET, lo ha resumido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 7 de febrero de 2020 (JUR 2020, 144726), con alusión a la Sentencia de la Sala de lo Social

³⁴⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., págs. 130 y 138.

³⁴⁶ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: “Aspectos jurídico-laborales de las franquicias”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, pág. 678.

³⁴⁷ GIL Y GIL, José Luis: “Aspectos laborales del contrato de franquicia”, op. cit., pág. 64 y ss.

³⁴⁸ Prosigue su definición la Sala de lo Civil en el sentido de que el contrato de franquicia *“es un contrato de distribución integrada y, por tanto, se enmarca dentro de los contratos de distribución con el resultado de que los consumidores identifican los bienes fabricados o distribuidos o los servicios prestados por el franquiciado con los fabricados, distribuidos o prestados por el franquiciador (y de ahí el control que suele imponer el franquiciador sobre el franquiciado al contratar la franquicia) pero ello no obstante la red de distribución que surge de la franquicia se articula sobre la base de la independencia jurídica de los franquiciados respecto del franquiciador, por lo que se trataría de empresarios jurídicamente independientes, asumiendo el franquiciado las responsabilidades y consecuencias de su misma gestión, aunque se someta, en su actividad externa, a las instrucciones del franquiciador para el mantenimiento de la imagen uniforme de la red”*.

del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 29 de septiembre de 2015 (n.º recurso 1585/2015). En la línea que estamos subrayando, se enfatiza en ambas la vinculación del concepto de franquicia con los elementos inmateriales e intangibles, pues involucra *“derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, 'know-how' o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”*³⁴⁹.

Pero, como ha señalado la doctrina, la escala de grises es compleja para determinar si los supuestos de cambio de franquiciado o de sustitución de un centro del empresario original por el de un franquiciado originan un supuesto de sucesión de empresa. De hecho, se ha llegado a sostener una cierta asimilación entre contrato de franquicia con el arrendamiento de empresa porque supone una transmisión limitada y temporal de un patrimonio empresarial por el que el primitivo titular cede su uso o goce, de modo que se permite la explotación de ese patrimonio durante un periodo de tiempo determinado o determinable a cambio de cierto precio³⁵⁰. Y ello sobre la base de que el denominado “paquete de franquicia” incluyera no solo los elementos inmateriales, sino también todos los elementos materiales esenciales para desarrollar la actividad.

³⁴⁹ Se refiere la Sala de Galicia en su sentencia de 7 de febrero de 2020 (JUR 2020, 144726) a la STSJ País Vasco de 29 de septiembre de 2015, Recurso 1585/15, que señaló: *“El Reglamento CEE 4087/1988 (LCEur 1988, 1748), que regulaba los acuerdos de franquicia, definía la franquicia en el artículo 1.3 a) como “un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, 'know-how' o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”, mientras que el contrato de franquicia se definía en el apartado b) del mismo precepto como “el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: -el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato, -la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un 'know-how', -y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”, definición que tiene valor referencial, aunque este Reglamento haya sido sustituido desde 1 de enero de 2000 por el Reglamento (CE) 2790/1999 (LCEur 1999, 4030), de 22 de diciembre, por no contener el mismo ninguna definición al respecto. En nuestro ordenamiento el artículo 62.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 148, 554) de Ordenación del Comercio Minorista define el contrato de franquicia como el “acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”, cuyo objeto no puede ser otro que la cesión a cambio del pago de un canon de “un conjunto de derechos sobre bienes inmateriales” susceptible de configurar la exclusiva imagen de empresa. En conclusión puede afirmarse que, si la franquicia es el conjunto de bienes inmateriales (y demás elementos intangibles) susceptibles de configurar una imagen de empresa, el contrato de franquicia no ha de ser otra cosa que aquél por el que onerosamente se cede el uso, o mejor, la licencia para explotar este conjunto orgánico de bienes, a fin de que el franquiciado pueda reproducir fielmente la imagen de la empresa franquiciadora, integrándose plena y uniformemente en la propia red de franquicia. De ahí que el objeto del contrato haya de comprender, para su lícito uso por el franquiciado de todos aquellos bienes inmateriales de la empresa franquiciadora que han sido determinantes de su consolidación en el mercado (nombres comerciales, rótulos, marcas, know-how..), y exigir una continua asistencia comercial o técnica del franquiciador al franquiciado, que garantice la permanente reproducción de la imagen empresarial franquiciada, artículo 1.3.b) Reglamento CEE 4087/1988, de 30 de noviembre y artículo 2 Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre (RCL 1998, 2769), que Desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero 1996, de ordenación del comercio minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia y crea el Registro de Franquiciadores, mientras que la prestación del franquiciador será a cambio de una contraprestación financiera, directa o indirecta —normalmente en forma de canon— a satisfacer por el franquiciado”.*

³⁵⁰ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit. pág. 139, y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 2003 (AS 2003, 1702).

En todo caso, conviene señalar que la doctrina del conjunto de criterios y elementos, siendo importante aquí el peso de los inmateriales, sigue siendo completamente aplicable, independientemente de que estemos ante una franquicia³⁵¹. Es preciso considerar también el análisis de conjunto: si se transmite local, empleados, clientela, si se interrumpe la actividad, etc.³⁵², y, en buena medida, el contrato de franquicia firmado entre las partes constituirá un elemento probatorio relevante, pues puede incluir estipulaciones que revelen que el franquiciado se compromete a adquirir autónomamente elementos (tangibles y/o intangibles) esenciales para realizar la actividad (por ejemplo, un nuevo local que debe acondicionar con una importante inversión, sobre todo si se destinaba a otro negocio distinto³⁵³), la indispensabilidad de las licencias y permisos, elementos materiales e inmateriales necesarios para realizar la actividad, incluyendo *software*, elementos informáticos, *hardware*, seguros, maquinaria, cocinas, etc.).

Precisamente en ese análisis de lo que va a aportar el franquiciado es donde juega un papel relevante la doctrina de los medios no esenciales y accesorios aportados por el cesionario. Es posible que en determinadas actividades la esencia del negocio la personifiquen los activos intangibles que pone a disposición el franquiciador, que con ello sea suficiente para realizar, esencialmente, la actividad. Y, por eso, el hecho de que el franquiciado aporte unas meras instalaciones o un mobiliario de escaso valor, o que realice la actividad en otro local, no enerve la sucesión de empresa. Pero tampoco puede concluirse en modo alguno que, con carácter general para las franquicias, los activos tangibles queden relegados a un segundo plano cuando se trata de una sucesión de franquiciados, pues dependerá de la actividad de que se trate (igual que el TJUE requiere sopesar “*el tipo de centro o empresa de que se trate*”, aquí es preciso considerar “*el tipo de franquicia de que se trate*”, porque si el franquiciado tiene que realizar una aportación decisiva de elementos esenciales no accesorios para realizar la actividad (imaginemos maquinaria de producción, industria, cocinas, etc.), debe llegar a la conclusión de que no se produciría la sucesión de empresa laboral del artículo 44 del ET, o lo mismo si el cesionario tiene que poner los medios materiales indispensables (licencias, *software*, producto y crédito del proveedor, etc.). Y, al

³⁵¹ GIL Y GIL, José Luis: “Aspectos laborales del contrato de franquicia”, *op. cit.*, págs. 62 y ss., también advirtió esta cuestión en el año 2000, cuando todavía no existía una doctrina jurisprudencial tan consolidada como la que disponemos en la actualidad acerca del conjunto de elementos que requiere el TJUE.

³⁵² De nuevo la sentencia de 7 de febrero de 2020 (JUR 2020, 144726) insiste en que deben aplicarse el “*conjunto de elementos*” instaurado por el TJUE al caso. Argumenta que deben valorarse en su conjunto y cita la STSJ Cantabria de 20 de junio de 2017, recurso 409/17 que “*recoge una relación de los criterios de suplicación sobre las franquicias y los elementos determinantes de la apreciación de una sucesión; y así recuerda: (a) en la SSTSJ Madrid 26/01/15 R. 850/14 se da relevancia a la continuidad del negocio en el mismo local por la franquiciadora, y con empleados coincidentes; (b) en las SSTJS Cataluña 08/09/14 R. 3797/14 y Andalucía/Málaga 13/03/14 R. 163/14 se destaca los elementos que llevan a negar la sucesión si además de no transmitir medios materiales la anterior, cierra durante 3 meses o la no transmisión de personal de plantilla; y (c) en la STSJ Andalucía/Sevilla 24/01/13 R. 821/12 se expone, como criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva y del artículo 44 ET, que la entidad económica mantenga su identidad. Lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude, siendo incuestionable que la entidad económica de la franquicia mantiene la identidad por cuanto se transmitió no solo parte de los trabajadores, sino también la unidad de negocio que conforme a una serie de criterios, frente a terceros aparenta ser una sola empresa bajo una misma dirección tanto como que la denominación comercial se mantiene idéntica y la apariencia externa también, por lo que resulta que concurren cuantos requisitos se precisan para la existencia del supuesto de sucesión empresarial*”.

³⁵³ La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de noviembre de 1995 (AS 4289, 1995) declaró inexistencia de sucesión de empresa, pues el anterior franquiciado tenía un negocio de lencería y prendas de vestir, y el nuevo franquiciado lo dedicó a la venta, pero de perfumes. Véase GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: “Aspectos jurídico-laborales de las franquicias”, *op. cit.*, pág. 677.

contrario, si se transmiten esos elementos materiales esenciales del franquiciador al franquiciado, existirá sucesión de empresa, pues, como se planteaba BIEDMA, “¿Qué pasaría cuando un nuevo franquiciado adquiriese del anterior los elementos necesarios para atender la franquicia que aquél venía gestionando? ¿Qué pasaría por lo tanto cuando se extinguiera una franquicia y fuera contratada otra con un nuevo empresario franquiciado para atender la zona anteriormente a cargo extinguida?”. Evidentemente, si el nuevo franquiciado adquiere los elementos necesarios para continuar con la actividad, existirá sucesión de empresa³⁵⁴.

Por tanto, debe alcanzarse la conclusión de que habrá que estar a las circunstancias particulares de cada caso y a un trabajo de precisión casuístico para saber si estamos ante una franquicia relativa a producción y venta de bienes o a realización de servicios³⁵⁵, al tipo de franquicia de que se trate y a si en el paquete de franquicia se transmiten los elementos necesarios para realizar la actividad, o bien es precisa una inversión y aportación de activos esenciales y no accesorios por la cesionaria que enerven la existencia de sucesión de empresa. Algunos ejemplos pueden ayudar a ilustrar mejor cómo moverse en este complejo casuismo, pero una conclusión debe anticiparse: la franquicia implica una aportación del franquiciador de elementos inmateriales muy relevantes, como son la marca, el *know-how*, los procesos, etc. Ahora bien, ello no significa que se produzca automáticamente una sucesión de empresa, pues hay que sopesar los distintos elementos, como venimos insistiendo. Lo que ocurre es que, en la medida en que el futuro nos vaya a traer cada vez más actividades esencialmente basadas en la inmaterialidad y la ingravidez, puede sostenerse que el modelo de contrato de franquicia en actividades que, al margen de estructurarse bajo este régimen, sean *intensivas en inmaterialidad*³⁵⁶, existirá sucesión de empresa si se

³⁵⁴ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: “Aspectos jurídico-laborales de las franquicias”, *op. cit.*, pág. 678.

³⁵⁵ Se distingue tradicionalmente entre dos tipos de franquicia: la franquicia de comercialización o distribución de un producto y la franquicia de servicios, como se encargó de aportar, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2002, AS 2002, 286089 tal y como recuerda DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral, problemas sustantivos y procesales*, *op. cit.*, pág. 111.

³⁵⁶ La idea de la existencia creciente de actividades esencialmente basadas en la inmaterialidad va surgiendo cada vez con más claridad. Por ejemplo, la exposición de motivos de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes es buena muestra de ello. Esta Ley parte de la premisa de que estamos en una “*economía cada vez más globalizada e interdependiente y con un peso creciente de las empresas de base tecnológica*”. Se cita, por ejemplo, el concepto de “*empresa digital*” y se alude a la intangibilidad como activo cada vez más preponderante, así como al conocimiento como posibles activos esenciales —economía basada en el conocimiento—. En concreto, se alude a la idea de que “*el emprendimiento basado en la innovación va ganando espacio, empujado por el éxito de las empresas digitales que nacieron de pequeños proyectos innovadores, del acceso a un caudal inmenso de conocimientos y datos en internet sobre los que pueden desarrollarse nuevos productos y servicios y por el avance en los conocimientos científicos y técnicos que hacen posible transformar los resultados de la investigación en empresas viables. Esta nueva economía basada en el conocimiento supone una palanca importante de crecimiento y prosperidad, al basarse en actividades de alto valor añadido, tener un alto potencial de crecimiento gracias a la escala que proporcionan los medios digitales, promover la investigación, el desarrollo y la innovación y desarrollar nuevos productos y servicios que facilitan o mejoran procesos sociales, económicos, medioambientales o culturales*”. Igualmente, se alude a los “*retos tecnológicos para garantizar un acceso equitativo a las herramientas digitales que usan intensamente las empresas emergentes de base tecnológica*”. Su exposición de motivos anticipa una definición de empresas emergentes o *startups* como aquellas “*empresas innovadoras, basadas en el conocimiento de base digital y rápido crecimiento*”. Su artículo tercero aporta una definición más precisa exigiendo que se trate de una persona jurídica, incluidas las de base tecnológica creadas al amparo de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, y que reúna determinados requisitos como ser de nueva creación o al menos inscrita en los últimos cinco años, no haber surgido de una fusión, escisión o transformación de empresas no emergentes, no distribuir o haber distribuido dividendos, no cotizar en mercados regulados, tener sede social o establecimiento permanente en España, contar con el 60 % de la plantilla con contrato laboral en España, desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador, etc.

transmite la esencia del negocio con el cambio de franquiciado o con la sustitución del empresario principal por el franquiciado. Así, por ejemplo, imaginemos que una empresa de videojuegos monta un negocio de franquicias con una actividad basada en el *software* y los videojuegos, en el que el franquiciado recibiera del franquiciador la esencia del negocio y los programas, las licencias de los juegos, la estructura de metaverso necesaria, las gafas de realidad virtual y el resto de los equipos y tuviera que aportar elementos no esenciales en términos de relevancia para la actividad o de coste económico (el local, el mobiliario, etc.), podría existir ahí, perfectamente, sucesión de empresa del artículo 44 ET.

Por ejemplo, y trayendo a colación un caso reciente, en caso de franquicias de tiendas de telefonía, la sentencia de 7 de febrero de 2020 (JUR 2020, 144726) concluyó la existencia de sucesión de empresa porque, aunque el local no era exactamente el mismo, la siguiente franquiciada continuó la actividad en un local de la misma calle (lo que facilita la transmisión de la clientela). Además, la nueva tienda de la franquiciada sucesora tenía el mismo rótulo que la tienda anterior (The Phone House), con su logo, color y marca plenamente identificada; contrató a parte de la plantilla (un trabajador); es la misma franquiciadora la que pone a la franquiciada en contacto con el dueño del local próximo al anterior y con visos a alimentarse de la misma clientela que se situaba o buscaba la tienda anterior; se han cedido los muebles y el material necesario para continuar con la anterior —y cerrada— franquicia; y no hay casi solución de continuidad entre el cierre del local anterior y la apertura del nuevo. En este contexto se argumenta que *“en realidad y de cara al exterior, se ha producido un simple traslado del negocio (The Phone House) de un local a otro, produciéndose un simple cambio de franquiciada, por lo que no es de recibo argumentar que ese cambio de local determine una cortapisa en relación con los legítimos derechos de los trabajadores (deudas salariales), cuando se presenta como la misma empresa”*. Sin embargo, y también en sede de franquicias de telefonía (Vodafone), conviene apuntar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 20 de marzo de 2014 y 13 de marzo de 2014. En ellas la primera franquiciada revirtió el local, que permaneció cerrado durante tres meses aproximadamente y, una vez que abrió al público de la mano de una nueva franquiciada, se declaró la inexistencia de sucesión de empresa porque no se acreditó que *“los medios materiales para la explotación se transmitieran a la nueva franquiciada ni tampoco que los trabajadores de la primera, o una parte sustancial de los mismos, pasaran a depender de [la nueva franquiciada]”*.

Por tanto, hay que insistir en que, también en sede de franquicias hay que prestar atención a la situación concreta y al caso por caso y que los elementos inmateriales, cuando se aportan por el cesionario y son esenciales para la actividad, pueden conllevar la inexistencia de transmisión de empresas. Así, por ejemplo, en el sector de agencias de viajes que venimos analizando con detenimiento en este trabajo³⁵⁷, existen pronunciamientos, también en Galicia, como el de la Sentencia núm. 22/2016 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, de 22 de enero de 2016, que aborda esta problemática (un supuesto de cierre de una agencia de viajes propia y apertura de una nueva agencia de viajes por parte de la franquiciada). Se concluye en ese caso la inexistencia de sucesión de empresa porque la empresa franquiciada se instaló en un local distinto, que tuvo que acondicionar, al que aportó su mobiliario,

Además, el apartado segundo del artículo tercero añade una definición de “empresa de base tecnológica” y señala que es *“aquella cuya actividad requiere la generación o un uso intensivo de conocimiento científico-técnico y tecnologías para la generación de nuevos productos, procesos o servicios y para la canalización de las iniciativas de investigación, desarrollo e innovación y la transferencia de sus resultados”*.

³⁵⁷ Véase apartado 10.3 sobre la relevancia de los elementos inmateriales en esa industria.

afrontando los gastos de suministros agua y luz, adquiriendo los ordenadores, datáfonos y dándose de alta para poder obtener la licencia IATA para reservar y emitir vuelos y para acceder a los mayoristas de viajes, así como contratar con una empresa externa (AMADEUS) los sistemas de reserva de billetes. Tuvo también que abonar a la franquiciadora un canon para utilizar la marca y no se probó tampoco en el procedimiento que se hubiera transmitido la clientela de la anterior oficina. Esta sentencia concluyó que, “*al no haberse transmitido el conjunto de medios organizados necesarios para la realización de la actividad, no se dan los requisitos para que pueda apreciarse la sucesión de empresa*”.

Ambos pronunciamientos permiten concluir que, aun cuando el peso de la inmaterialidad es muy relevante en sede de franquicias, por el peso de la transmisión del *know-how*, rótulo, marca y clientela, a su vez, habrá que estarse a qué peso tienen el resto de elementos, cómo de indispensables son y si los transmitió la cedente o los costeó y aportó la cesionaria, pues de este análisis podrá determinarse si existe o no sucesión. Y, en todo caso, la inmaterialidad asociada al contrato de franquicia en cuanto a transmisión de *know-how*, marca y procesos, siendo relevante, no es decisiva por sí misma. Otra cosa es que en la actual imparable tendencia hacia la ingravidez de la empresa como objeto de transmisión, ocurra que la propia actividad y negocio sea intensiva en elementos inmateriales, lo que, unido al uso del sistema de franquicia, vaya a generar escenarios en los que exista una alta probabilidad de concluir la existencia de una sucesión empresarial.

10.6 LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LOS ALGORITMOS. ¿PODRÍAN CONSTITUIR UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA?

De acuerdo con la RAE, los algoritmos son un “*conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema*”, o bien el “*método y notación en las distintas formas de cálculo*”.

Pero estas definiciones han quedado anticuadas en el contexto jurídico actual (incluyendo el jurídico-laboral) y la doctrina se ha encargado de analizar su incipiente incidencia en nuestra disciplina. Así, se ha propuesto como definición de algoritmo la de “*una tecnología intelectual, se ha dicho, que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o resultado. En suma, los algoritmos contribuyen a formalizar una serie de reglas de decisión y a efectuar cadenas de cálculos que permiten el análisis de múltiples variables seleccionando, de entre ellas, la mejor*”³⁵⁸.

La doctrina ha destacado también el incremento de su importancia y su valor como activo intangible y ha señalado que “*La acelerada digitalización y la minería de la realidad están permitiendo que la datificación esté alcanzando otro orden de magnitud. De hecho, ya se habla de la «economía de datos» (MAYER-SCHÖNBERGER/RAMGE) y estos se han convertido en el nuevo «polvo de oro» para fundir lingotes (MAYER-SCHÖNBERGER/CUKIER)*”³⁵⁹. Algún sector de la doctrina se plantea si no estamos realmente ante un punto de inflexión, si lo que estará ocurriendo en verdad no será que las aplicaciones, plataformas y algoritmos constituirán los elementos esenciales de un cambio de modelo industrial, de modo que tienen algo en común con la relevancia que en su día tuvieron el vapor, la electricidad o los

³⁵⁸ MERCADER UGUINA, Jesús: “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, *Diario La Ley*, n.º 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021, pág. 1.

³⁵⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea], 17 de enero de 2022. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/la-irrupcion-de-los-algoritmos-en-el-derecho-del-trabajo/>. Fecha de consulta: 238/06/2022.

microprocesadores en cambios similares. Y, en este contexto, se subraya precisamente la relevancia de los datos y, en particular, de los datos personales, que son en efecto el activo esencial para que las nuevas tecnologías operen y que constituyen la “columna vertebral de las estrategias de los operadores digitales”³⁶⁰.

La evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión, que ha venido transitando desde un modelo basado en activos tangibles, materiales y corpóreos hacia una actividad cada vez más apalancada en la inmaterialidad, revela que el concepto de sucesión de empresa también va a renovarse porque, dentro del conjunto de elementos que valora la jurisprudencia comunitaria y española para determinar si existe transmisión de un negocio, el valor del elemento inmaterial está claramente en alza en la sociedad en la que vivimos hoy. Lo señala precisamente la doctrina al valorar los algoritmos y exponer que “*Es cierto que la idea de empresa regulada por nuestra legislación es material, física, tangible, pero también lo es que la tendencia hacia la ingravidez empresarial pone en cuestión el alcance de preceptos, como el art. 44 Estatuto de los Trabajadores. Nadie duda a día de hoy de que la trascendencia que tiene la utilización de los algoritmos por parte de las empresas podría llevar a entender que ellos mismos son la empresa*”³⁶¹.

Ya se ha expuesto anteriormente como, en nuestro país, la importancia de las *apps* y del algoritmo se ha mostrado decisiva para actualizar instituciones esenciales jurídico-laborales como la del concepto del empleado en el caso de los *raiders* de Glovo. Allí, el algoritmo de Glovo inserto en su *app* contribuyó de manera importante a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluyera que los *raiders* debían considerarse trabajadores por cuenta ajena. En efecto, y entre otras razones, por la relevancia de la actuación de ese algoritmo en la configuración de órdenes, en el reparto de pedidos, en el seguimiento y revisión del rendimiento del trabajador, etc.

En esa misma línea, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023, aplica la doctrina *Glovo* y, nuevamente resalta cómo en la actividad de reparto (en este caso de paquetería), los repartidores de Amazon Flex son provistos de una aplicación que requiere una enorme inversión, que pone a disposición las condiciones en las que debe llevarse a cabo el trabajo, los clientes, la ruta sugerida, la determinación de las franjas o “blocks”, etc. Nuevamente, la economía de plataformas y el debate acerca de la posibilidad de que una *app* y los algoritmos que encierra puedan ser de tal calado que revelen dependencia (por las instrucciones y sistema organizativo que imponen) y ajenidad en los medios, frutos y riesgos (entre otras cuestiones, aportan los clientes, la carga de trabajo, etc.) ponen de manifiesto su virtualidad para ser esenciales para determinar que se está ante una auténtica relación laboral. Este tipo de pronunciamientos, enseñan que esa misma importancia de una *app* y unos algoritmos para concluir que existe una relación laboral, puede extrapolarse en el plano de la transmisión de empresas, precisamente para concluir que se ha transmitido el activo (en este caso inmaterial) esencial que encierra el negocio (que en la economía de plataformas, de acuerdo con estos pronunciamientos judiciales, descansa en la *app* y el algoritmo).

Por tanto, si un algoritmo puede ser decisivo para determinar si su tenencia por la empresa y puesta a disposición del *raider* muestra la ajenidad en los medios necesaria para cualificar su relación como laboral, también ese mismo algoritmo puede jugar ese papel decisivo, llegado el caso a analizar con

³⁶⁰ ALOISI, Antonio y DE STEFANO, Valero: *Your boss is an algorithm*, op. cit., pág. 29.

³⁶¹ MERCADER UGUINA, Jesús: “Algoritmos y Derecho del Trabajo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 52, 2019, págs. 67 y ss.

prudencia y vistas las circunstancias concurrentes, para concluir la existencia de una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva en actividades que “descansen esencialmente en el algoritmo”.

Esto último no es ciencia ficción. Y es que en el mundo en que vivimos “los algoritmos se encuentran en el corazón de las empresas (Netflix, Google, Deliveroo, etc.) y son, en muchos casos, el núcleo esencial de muchas de ellas”³⁶². Los elementos inmateriales, en general, y los algoritmos, en particular, se han erigido como esenciales en la empresa ingrátida del siglo XXI, y su *core business* puede perfectamente estar constituido por esos activos inmateriales y subcontratar las otras áreas satélite de la empresa (por ejemplo, el servicio telefónica de atención al cliente). Lo ha destacado también la doctrina con este ejemplo: “(...) cojamos el caso de AIRBNB para ejemplificar. Esta empresa ofrece servicios de intermediación, a través de su página web, en materia de asesoramiento turístico. De esta forma, su marca y su página web son las bases de su negocio”³⁶³.

Por eso, la transmisión de esos bienes inmateriales esenciales o, en su caso, del algoritmo, cuando supongan la transmisión de la esencia del negocio o de la empresa, cuando impliquen la posibilidad de continuar con la explotación del negocio al no ser necesaria la aportación de elementos esenciales no accesorios por el cesionario, podría llegar a constituir una sucesión de empresa, circunstancia que habría que sopesar caso por caso, con la debida prudencia y siempre y cuando el algoritmo no fuera, en realidad, un “elemento patrimonial aislado”, en el sentido al que se refiere la STS de 16 de julio de 2003. Por tanto, como decimos, el elemento del “valor de los elementos inmateriales con anterioridad a la transmisión” al que se refiere el TJUE está ganando cada vez mayor protagonismo.

Algunas de las últimas sentencias del TJUE ya apuntan una suerte de jurisprudencia de vanguardia hacia la que conduce el hecho de que la inmaterialidad en la empresa objeto de transmisión pueda ser lo esencial. Por ejemplo, señaladamente la STJUE *Dodic* concluyó que existía sucesión de empresa aunque no se cedieran activos materiales, inmateriales ni personales (asumiendo que el negocio se basaba en la clientela que se transmitió en buena medida y aun cuando los clientes podían decidir si querían pasar a manos de la cesionaria o no). Por tanto, y en el contexto de este nuevo camino que se abre con la STJUE *Dodic*, cabría también concluir que, si el negocio se basara en el algoritmo, se debería sopesar si su transmisión constituiría una sucesión de empresa. Ello es posible: “Si esto es así, ¿qué impediría considerar que la transmisión de un algoritmo constituye una transmisión de empresa? Creemos que nada”³⁶⁴. La doctrina ya se ha encargado de subrayar que sentencias como la STJUE *Dodic* vengán a subrayar “la lógica anticipatoria de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, probablemente, empieza a ver en el horizonte la necesidad de proyectar la regla de la transmisión de empresas a ámbitos desmaterializados, virtuales o algorítmicos”³⁶⁵.

De hecho, la Comisión Alemana de Ética de Datos ha publicado propuestas para la regulación de algoritmos en las que se proponía la “separación estructural de la parte de la organización responsable de administrar el algoritmo. Se recomienda, así que esta unidad de actividad podría ubicarse en una unidad de negocio separada, con objetivos e incentivos claramente definidos, y hacerse independiente

³⁶² *Idem*, pág. 9.

³⁶³ TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, op. cit., pág. 54.

³⁶⁴ MERCADER UGUINA, Jesús: “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, op. cit., pág. 9.

³⁶⁵ MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, op. cit., pág. 74.

de las partes ascendentes y descendentes de la empresa”³⁶⁶. Habrá que seguir pendiente de estas propuestas de regulación que acercarian también a los algoritmos al concepto de unidad productiva autónoma en la medida en que se hace referencia a la “*unidad de negocio separada*”.

En todo caso, conviene recordar una vez más que, para determinar si existe o no una sucesión de empresa, habrá siempre que considerar el conjunto de elementos que configuran la industria, identificar lo esencial para la continuación de la actividad y diferenciarlo de lo accesorio. Si el algoritmo que se transmite es lo esencial para la continuación de la actividad, podría haber sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE y del artículo 44 ET. Si no engloba lo esencial, porque el cesionario debe aportar otros elementos cruciales, no accesorios, para llevar a cabo el servicio, no podrá declararse la existencia de sucesión de empresa.

11. LA IMPORTANCIA, CADA VEZ MAYOR, DE LA TRANSMISIÓN DE LA CLIENTELA

Como se viene insistiendo desde el principio de este trabajo, hay un elemento que cada vez está cobrando mayor protagonismo en el examen de aquello que debe entenderse como empresa objeto de transmisión: la inmaterialidad y, como parte de ella, la clientela. Por eso se le debe dedicar una especial atención a continuación.

11.1 CLIENTELA CAUTIVA

El supuesto arquetípico de transmisión de clientela tiene cerca de veinte años de antigüedad, y no por ello ha perdido vigencia o deja de situarse en el terreno de lo novedoso en el análisis que aquí se realiza. Lo recoge la sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2003, asunto *Abler* (TJCE 2003, 386). En este caso, se trataba del servicio de restauración de un hospital en el que cambiaba la adjudicataria. Valora esta sentencia de manera especial para declarar la sucesión de empresas que se produjo una transmisión de clientela (y es pionera en hacerlo). No en vano, en el caso analizado, “*la clientela era cautiva*”. Si se repara en ello, es cierto que la clientela del hospital (los pacientes a los que las contratistas proporciona el servicio de restauración) no puede elegir otra opción. Por tanto, cuando estemos en un supuesto de clientela cautiva, este será relevante a los efectos de determinar si existe o no sucesión de empresa (aunque deberá valorarse, como siempre, junto con el resto de los elementos, caso por caso).

El criterio de la clientela cautiva ha seguido empleándose por la doctrina judicial. Muestra de ello la constituye la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de enero de 2021 (JUR 137722, 2021). Se declara en ella la existencia de una sucesión de empresa en un supuesto de cambio de adjudicataria del contrato de arrendamiento (de local, no de industria) y cesión de espacio de la cafetería de la estación de autobuses de Bilbao (el cambio de adjudicataria se produce sin solución de continuidad, pasando la nueva contratista a prestar el servicio al día siguiente del cese de la anterior contratista). La Sala sopesó cuál de esos elementos resultaba el preponderante —lo denomina el “valor predominante”— y alcanza la conclusión de que la clientela (cautiva, lógicamente, en una estación de autobuses, según razona la sentencia) es ese elemento preponderante o “valor predominante”. La inversión para adecuar el local “*no fue lo suficientemente importante para rechazar la sucesión*”, por tanto, aplica la doctrina de los elementos no esenciales, sino accesorios, aportados por la

³⁶⁶ *Idem*, pág. 9.

nueva contratista, que enerva la sucesión³⁶⁷. Y argumenta la relevancia de la clientela en una actividad que, como es de ver, no es precisamente ingrátida, porque la cafetería requiere de activos materiales, pero entiende que la esencia del negocio aquí es la transmisión de los clientes porque “(...) *La cafetería de una estación depende fundamentalmente de los clientes, por eso es su principal valor. Una empresa puede tener muy buenos productos e instalaciones, pero si los clientes no acuden regularmente no tiene ningún valor, por ello en este concreto caso al transmitirse la clientela se transmite la empresa pues es el activo más importante. Al trasladarse la estación, aunque se cierre una cafetería y se abra otra, hay identidad empresarial porque la cafetería sigue estando dentro de la estación de autobuses y se trasladan los clientes, es decir, se han transmitido los elementos suficientes y más importantes que permiten la continuidad del negocio por el nuevo titular*”.

11.2 LA ABSORCIÓN POR EL MERCADO DEL OPERADOR CAÍDO NO CONSTITUYE “TRANSMISIÓN DE CLIENTELA”

El supuesto de la sentencia *Abler* o de la STSJ de País Vasco de 7 de enero de 2021 contrasta de manera clara con aquellos casos en los que no se produce una transmisión de clientela cautiva o una compra de cartera de clientes, sino una *absorción por el mercado* de la clientela de un operador caído en la que concurren varias empresas de un mismo sector para tratar de captar esos clientes y ocupar ese vacío en el mercado, con auténtica concurrencia por esos clientes. Por ejemplo, conviene citar aquí la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 506/2016, de 1 de marzo de 2016 (recurso 62/2016), que explica por qué en ese caso no se produce una transmisión en la clientela. Esta sentencia constata que lo que acontece es una “*verdadera absorción por el mercado*” de los clientes que gestionaba el operador de viajes concursado y desaparecido. Se constató la lucha del mercado (concurrencia de varios *players* competidores que ofertaron a los clientes del operador caído) para absorberlos y el hecho de que, al final, son estos quienes tenían la última palabra acerca de con qué nuevo operador iban a trabajar en el futuro —aunque el hecho de que los clientes sean los que deciden si se van o no con el nuevo operador no enervó la sucesión de empresa por transmisión de clientela en el caso *Dodic* que, enseguida, se comentará—.

Así, entre los elementos en los que se basa la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana para declarar la inexistencia de sucesión de empresas en ese supuesto, destaca que “(...) *la situación de la clientela fue diversa, pues mientras el área de cursos de idiomas pasó íntegramente a [la pretendida cesionaria], hubo importantes clientes de la sección corporate [venta de viajes a empresas] que marcharon a otras agencias, como fue el caso de [un importante club de fútbol] que representaba un porcentaje muy elevado del total de la facturación de ese sector*”. Por tanto, la falta de transmisión de uno de los clientes más importantes es reveladora de la inexistencia de transmisión de clientela.

La sentencia de instancia en ese procedimiento (se trata de la Sentencia núm. 343/2015 del Juzgado de lo Social núm. 14 de Valencia, de 21 de julio de 2015), que fue confirmada en su totalidad por la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 506/2016, de 1 de marzo de 2016, ahondaba en esos razonamientos. Decía, en concreto, que “*la decisión final de continuar con la reserva del viaje con la [pretendida cesionaria] correspondía al cliente*” y que el cliente más relevante (que representaba entre un 25 y un 30 % de la facturación total del operador caído) pasó a trabajar para otra empresa del sector distinta de

³⁶⁷ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: “Clientela cautiva y subrogación laboral de empresas”, *Publicaciones GA_P*, 26 de mayo de 2021. Disponible online: <https://www.ga-p.com/publicaciones/clientela-cautiva-y-subrogacion-laboral-de-empresas/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

la pretendida cesionaria (junto con muchas otras empresas). Por ello se declaró que no existía sucesión o transmisión de clientela en el caso.

Un razonamiento análogo ha utilizado la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid núm. 261/14, de 30 de junio de 2014, también en el sector de agencias de viajes. Se razona aquí que “(...) se estima también probado, que no se produjo una transmisión de clientela de [la pretendida cedente] a [la pretendida cesionaria], sino que, conocida en el sector la situación de [la pretendida cedente, que había presentado concurso de acreedores] y dada la circunstancia de que la misma [la pretendida cedente] se quedó sin poder prestar servicio a sus clientes, por la reiterada de licencias IATA, se produjo una competencia en el sector para conseguir captar la clientela de [la pretendida cedente], siendo así que, ciertamente, [la pretendida cesionaria] logró captar parte de las grandes empresas a las que atendía [la pretendida cedente], pero no es menos cierto que otras fueron captadas por otras agencias del sector, tales como [A] o [B]. (...)”.

11.3 LA TRANSMISIÓN DEL PRINCIPAL CLIENTE EN LOS CAMBIOS DE ADJUDICATARIA COMO INDICIO DE SUCESIÓN DE EMPRESA

Si bien se piensa, con carácter general, el cambio de empresa adjudicataria suele implicar, conceptualmente, que un cliente principal pasa, de ser atendido por la cedente, a ser atendido por la cesionaria, de modo que desde esa perspectiva es transmitido. Por tanto, por definición, la sucesión de contratistas implica al menos la transmisión de un cliente principal que, en determinados casos, puede implicar un contrato muy relevante o sustancioso en términos económicos y constituir lo más relevante que se transmite. En efecto, un sector de la doctrina ha reflexionado, sobre este particular, que “(...) se comprueba que en el concreto supuesto de una sucesión de contratistas lo que siempre se transmitirá será la clientela, puesto que por la propia naturaleza de la sucesión de contratistas lo que siempre sucede es el cliente principal, es decir, el contratante, el cual antes era el cliente de la empresa «saliente» y ahora lo será de la «entrante». Así pues, en toda contrata, la nueva empresa estará adquiriendo la clientela de la anterior contratista, siendo este un elemento que se transmite siempre en estos supuestos y, que dada su importancia en las empresas, debe conducir en muchos casos a la aplicación del art. 44 del ET”³⁶⁸.

En definitiva, en los supuestos de cambio de adjudicataria de empresa contratista, habrá un elemento considerable a tener en cuenta —la transmisión del cliente—, de modo que puede concluirse que son supuestos en los que la aplicación de las nuevas corrientes jurisprudenciales, como la doctrina *Dodic*, tengan mayor proyección, de manera clara, cuando el resto de elementos para realizar la actividad no son esenciales. Esa transmisión del cliente principal en las contratistas tendía a ser olvidada cuando, paradójicamente, ya se iba vislumbrando el progresivo desapego de la materialidad en la empresa y la transición hacia la ingravidez empresarial. Esta idea ha sido explorada también por la doctrina, que ha explicado que “(...) en concreto, la clientela o «fondo de comercio» es un factor que en el caso de la sucesión de contratistas no es valorado, normalmente por la jurisprudencia, siendo este crucial para cualquier empresa. Sobre todo, en aquellas empresas que no necesitan inversión patrimonial (es decir,

³⁶⁸ TODOLÍ SIGNÉS, Adrián: “Acerca de la sucesión de contratistas”, en SALA FRANCO, Tomás, LÓPEZ TERRADA, Eva y TODOLÍ SIGNÉS, Adrián (dirs.): *Jurisprudencia social a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 156 y 157. Ha apoyado la misma tesis POQUET CATALÁ, Raquel: “A vueltas con la sucesión de empresa. Ahora, por transmisión de clientela”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2022, pág. 31. Disponible online: https://upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/6322. Fecha de consulta: 8/03/2023.

capital), el principal activo de éstas será su clientela a cual tendrá que ser valorada necesariamente para saber si ha habido sucesión de empresas (...)"³⁶⁹.

De algún modo, como hacía la doctrina de la STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto *ADIF*, C-509/14, habrá que analizar cuál es el elemento preponderante de la actividad y ver si se transmite, para contar con un argumento de peso para declarar la existencia de sucesión de empresas. En aquel caso era la infraestructura patrimonial y los elementos materiales de la actividad de transporte intermodal y, al transmitirse, hubo sucesión de empresa. Por tanto, si en un negocio ese elemento fundamental resulta ser la clientela, y esta se transmite, podríamos encontrarnos ante una sucesión de empresas, aunque debe recordarse que esto solo puede valorarse caso por caso, atendiendo al conjunto de elementos que caracterizan la actividad y a los aspectos a evaluar conjuntamente según la doctrina del TJUE asumida por el TS y si no se ha realizado una aportación esencial de elementos por parte de la cesionaria.

11.4 LA TRANSMISIÓN DE LA CLIENTELA EN EL TJUE (STJUE *Dodic*)

La STJUE de 8 de mayo de 2019 ha generado un revuelo reseñable en el mundo de la sucesión de empresa, debido a que declara la existencia de sucesión de empresa tomando muy en cuenta (esencialmente aunque no exclusivamente, como más adelante precisamos) la transmisión de clientela para declarar la existencia de una transmisión de empresa de la Directiva 2001/23CE. Las primeras valoraciones no se hicieron esperar, en el sentido de que transmitir a los clientes era suficiente para activar la sucesión legal de empresa³⁷⁰. Algún sector de la doctrina la ha catalogado ya como “*emergente modalidad de sucesión de empresa*”³⁷¹.

Vayamos por pasos y analicemos este crucial pronunciamiento, que es decisivo porque marca la tendencia, la vanguardia de cuál es el camino actual de la jurisprudencia del TJUE y que será cada vez más importante cuanto más se avanza imparablemente hacia la empresa ingrávida y más lejos queda el antiguo modelo industrial que residía en los elementos tangibles. Nos atreveríamos a decir que esta sentencia podría constituir un hito parecido al que la STJUE *Süzen* fue para la sucesión de plantillas, pero para un nuevo modelo de empresas basadas en la inmaterialidad.

La sentencia analiza la transferencia de la totalidad de los servicios financieros de un banco a una sociedad de bolsa, y sienta una doctrina, de acuerdo con la cual “(...) *el hecho de que una segunda empresa se haga cargo de los instrumentos financieros y de los demás activos de clientes de una primera empresa, a raíz del cese de actividad de esta, en virtud de un contrato que obliga a celebrar la normativa nacional, aun cuando los clientes de la primera empresa gozan de la libertad de no confiar la gestión de sus títulos en bolsa a la segunda empresa, puede constituir una transmisión de empresa o parte de empresa si está demostrada la existencia de una cesión de clientela, extremo que debe apreciar el órgano jurisdiccional nacional*”.

³⁶⁹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “Acerca de la sucesión de contratistas”, *op. cit.*, págs. 156 y 157.

³⁷⁰ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, *Dodic*)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea], 6 de junio de 2019. Disponible *online*: <https://ignasibeltran.com/2019/06/06/la-transmision-de-la-clientela-puede-ser-suficiente-para-aplicar-el-art-44-et-stjue-8-5-19-dodic/>. Fecha de consulta 8/03/2023.

³⁷¹ POQUET CATALÁ, Raquel: “A vueltas con la sucesión de empresa...”, *op. cit.* Se refiere a ella como un supuesto en que la sucesión de empresa por sucesión de clientela se produce en casos en los que entre la empresa saliente y la cedente no se produce ninguna cesión de elementos materiales ni tampoco de plantilla, sino que el elemento determinante es la clientela, que es asumida por la empresa entrante.

La doctrina *Dodic* nos muestra que los medios inmateriales cada vez son más importantes en las relaciones laborales del siglo XXI. Y a la vista de esta doctrina puede concluirse, sin duda, que el análisis de las situaciones de sucesión de empresa se va a centrar cada vez más en el tipo de medios inmateriales y su importancia para la continuidad del negocio. En este sentido, resulta interesante la reflexión de LA PUEBLA PINILLA: “*Los negocios sobre transmisión de activos intangibles serán, sin duda, el siguiente escenario en el que la aplicación del art. 44 ET mida su eficacia*”³⁷².

De hecho, compartimos plenamente que el futuro de la sucesión de empresa está en este caso pionero, pues la tendencia clara de la empresa como objeto de transmisión en los albores de la cuarta revolución industrial en la que estamos marcan claramente que esa es la línea y la tendencia. Siendo eso así, creemos también que es imprescindible una llamada a la precisión y a la prudencia en el análisis. Ambos razonamientos los apoya también BELTRAN DE HEREDIA al disertar en el sentido de que “*es de esperar que la progresiva digitalización de la economía provoque que los tribunales tengan que lidiar con un mayor número de conflictos de esta naturaleza. En tal caso, en aras a una adecuada aplicación de la norma, será esencial diseccionar con mucha precisión las circunstancias de hecho y, con ellas, la tipología del traspaso*”³⁷³.

Un paso más allá ha alcanzado LÓPEZ CUMBRE³⁷⁴, al mantener que “*(...) en relación a los medios inmateriales, la mera transmisión de clientela se estima suficiente para entender que se ha transmitido una entidad económica en un negocio en el que los elementos materiales son secundarios y nada se ha transmitido entre las entidades implicadas, ni siquiera la plantilla*”.

En esta misma línea, TODOLÍ SIGNES ha sostenido que “*(...) En efecto, como he defendido en otros lugares, en el S. XXI el activo más importante que puede tener un negocio es su clientela, por ello, parece que si la nueva empresa se queda la clientela de la anterior podría producirse la sucesión de empresa: esto es, entre otras cosas, el derecho de los trabajadores a seguir prestando servicios a esos clientes aunque sea en la nueva empresa*”³⁷⁵.

Y es que la doctrina *Dodic* analiza un caso muy particular en el que no solo la clientela, sino la transmisión de los elementos inmateriales en su conjunto (aunque sea la clientela lo preponderante), son lo esencial para realizar la actividad. Como la actividad descansa en ellos, su transmisión desencadena un supuesto de sucesión de empresa legal de la Directiva 2001/23 CE. Así, su fundamento núm. 11 señala que “*la primera transmitía a la segunda los instrumentos financieros y demás activos de clientes que gestionaba, la contabilidad de títulos inmateriales de sus clientes, los demás servicios de inversión y los servicios auxiliares*”.

³⁷² PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *El Foro de Labos*, 9 de mayo de 2019. Disponible online: https://forodelabos.blogspot.com/2019/05/las-paradojas-de-la-transmision-de_9.html. Fecha de consulta: 8/03/2023.

³⁷³ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “El traspaso de empresas: últimas controversias a propósito del supuesto de hecho descrito en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pág. 621 y 622.

³⁷⁴ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: “Clientela cautiva y subrogación laboral de empresas”, *op. cit.*

³⁷⁵ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La transmisión de clientela como factor clave en la sucesión de empresas y subrogación de trabajadores”, *Argumentos en Derecho Laboral*, 8 de junio de 2021. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2021/06/08/la-trasmision-de-la-clientela-como-factor-clave-en-la-sucesion-de-empresas-y-la-subrogacion-de-trabajadores/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

Si se analiza con detenimiento en qué descansa la actividad en el caso *Dodic*, se observa que es precisamente en los elementos inmateriales, en todos ellos (incluyendo la clientela, que es lo más relevante). Y es precisamente porque se transmiten los elementos inmateriales en los que descansa la actividad (los “*instrumentos financieros*” y los “*demás activos de clientes*”) por lo que se considera que este supuesto “*puede constituir una transmisión de empresa*” (fundamento 46 de la sentencia).

Particularmente importante es el fundamento 36, en el que se constata que “*esa actividad económica se basa principalmente en elementos inmateriales*”, y el fundamento 37, en el que se explica cuáles son esos medios inmateriales, en concreto, “*(...) los activos inmateriales que constituyen los instrumentos financieros y los demás activos de los ordenantes, en el presente asunto los clientes, la gestión de su contabilidad, los demás servicios de inversión y los servicios accesorios, así como la tenencia de los archivos, a saber, la documentación relativa a los servicios y a las actividades de inversión prestadas a los clientes*”. La sentencia explica en ese apartado 37 que “*participan de la identidad de la entidad económica de que se trata*”.

Por tanto, de lo anterior cabe extraer una importante conclusión, como recuerda la sentencia en el apartado 35, y es que es constante la doctrina del TJUE que recuerda que en el análisis de la sucesión hay que prestar atención a “*la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios*” (a saber, si se transmiten medios materiales, inmateriales, clientela, similitud de las actividades, interrupción de los servicios, etc.). En *Dodic*, ese foco o esencia son los elementos inmateriales y de manera preponderante por las circunstancias en que se transmite (descritas en su fundamento 12). Y por esa razón la transmisión de los elementos inmateriales y de la clientela (que es lo preponderante) conduce a la conclusión de que “*puede haber sucesión de empresa*”.

En definitiva, la doctrina *Dodic* es clave y se deberá seguir de cerca, pero hay que recordar que el análisis de la sucesión de empresa implica la valoración en su conjunto de los elementos y ver cuál es el preponderante y si este se transmite o lo aporta la pretendida cesionaria. De modo que en la actividad habrá que ver si hay cuestiones capitales, indispensables para llevar la actividad que está aportando el cesionario. Porque, evidentemente, si es así, y los elementos inmateriales que requiere la actividad de agencia de viajes los aporta la nueva adjudicataria, no podrá haber sucesión de empresa del artículo 44 ET pese a que se haya transmitido el cliente (y ello incluso en un supuesto de transmisión de un *implant* emplazado en la empresa cliente, como ocurre en el caso de sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril de 2019, en el que *a priori* podría pensarse que se está cerca de una transmisión de clientela, pues se transmite el cliente principal para el que presta servicios ese *implant*³⁷⁶).

Así las cosas, como siempre, habrá que estar a los supuestos específicos del caso concreto para determinar si hay sucesión. Así lo dice siempre en toda su doctrina el TJUE y así lo requieren también los casos en los que haya habido transmisión de clientela. Contamos ya con algunos ejemplos de esto.

Hasta la fecha, varias sentencias van asumiendo los criterios de la doctrina *Dodic* en nuestro país, además de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de enero de 2021 antes citada (transmisión de clientela en la estación de autobuses de Bilbao) en la misma línea se ha pronunciado otra sentencia de esa misma Sala de 8 de septiembre de 2020, en un supuesto en el que se vendió el fondo de comercio junto con los trabajadores que realizaron las visitas y

³⁷⁶ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cambio de adjudicataria de un *implant*...”, *op. cit.*

presentaron la clientela a fin de llevar a cabo un traspaso organizado y pleno de la misma, como pactaron la cedente y la cesionaria y que perfeccionaron en tres meses, junto con la transmisión de *stock* de combustible. Por ello, la Sala considera que se aplica correctamente la doctrina *Dodic* (aunque parece en este último supuesto que la clientela no era el único elemento transmitido)³⁷⁷. También la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha acogido la doctrina *Dodic* en la Sentencia de 18 de noviembre de 2021, que es interesante porque remarca que *“la cesión de clientela puede llegar a ser un activo intangible suficiente para entender que se ha transmitido una entidad económica”*. Diferencia también su doble papel: (i) por un lado, es un aspecto que puede ser valorado en conjunto con los demás rasgos del “conjunto de elementos” —es decir, si también se transmite plantilla, tangibles, intangibles, si hay interrupción y si se realizar una actividad análoga—; (ii) por otro, la potencia y peso específico que entraña la clientela cuya transmisión, por sí misma y en determinadas actividades, puede ser suficiente para activar la maquinaria sucesoria.

Por otra parte, existen otros pronunciamientos que desestiman la existencia de sucesión de clientela, como el caso de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2021, en el que se considera que no existe aunque se transmita gran parte de la clientela y el “servidor con toda la información”, pero no se asume una parte sustancial de la plantilla y la clientela puede decidir si acudir o no al nuevo centro (resulta llamativo este último inciso, que para el TJUE no es relevante). La actividad aquí era de gestoría administrativa y contabilidad, se transmitió un 66 % de la clientela, una de las tres trabajadoras de la plantilla (previa baja voluntaria) y un servidor con toda la información, sin transmisión de medios materiales, pero coincidiendo la actividad. No obstante, no hubo sucesión de empresa y se relativiza aquí la transmisión de clientela porque *“lo único que consta es que clientes que antes eran atendidos por esta trabajadora en la gestoría (...) son atendidos ahora por ella en la nueva empresa a la que se ha incorporado, pero este dato, sin mayor concreción sobre su efectivo alcance y relevancia, no permite apreciar tampoco la existencia de una sucesión empresarial”*. Simplemente, se considera que ha habido una *“comunicación a la clientela del nuevo centro al que se traslada y la misma puede decidir acudir al centro o ir a otro que les den los servicios que les pueda interesar”*. En esta misma línea se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de marzo de 2018, en un supuesto de contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal, que se encarga de distinguir si la transmisión de la cartera se refiere a todo el negocio completo al que se dedica la empresa o tan solo a *“una parte concreta de la actividad”* y, tratándose de esto último, *“no procede considerar la presente cesión como un supuesto de sucesión empresarial”*.

Pero conviene señalar algún pronunciamiento anterior a la propia *Dodic*, como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 12 de diciembre de 2017 (JUR 2018/48510), que ya apuntaba algunos criterios muy certeros sobre la transmisión de clientes en el marco de la sucesión, y considera determinante para aplicar el artículo 44 ET el hecho de que una clínica dental se transmitiera junto con el listín telefónico de clientes (se arrienda el local y se transmite el número de teléfono y la lista de clientes, si bien la nueva adjudicataria aporta los muebles y el material técnico odontológico). Las reflexiones de la Sala de Baleares muestran de manera clara cómo se busca el elemento central en el que descansa la actividad y descarta los accesorios (para la Sala, en el caso analizado, los muebles y material odontológico tienen valor residual frente al local y la clientela). Su

³⁷⁷ También la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 1 de junio de 2021 se refiere a las doctrinas *Abler* y *Dodic*.

razonamiento resulta muy didáctico, pues señalaba que en el caso *“despunta, junto al local y contacto telefónico, entre los elementos principales de la transmisión el factor de la clientela, los pacientes. En efecto, resulta el valor principal de la operación, incluso en relación a los elementos patrimoniales como lo serían los muebles y aparatos de la clínica dental, en la medida que los ingresos económicos derivados de la clínica dental vienen dados por las revisiones clínicas efectuadas, con frecuencia por reiteración de los mismos pacientes, en las sucesivas revisiones dentales. La clientela, los pacientes, acuden a una clínica dental que, conforme a la dilatada antigüedad de la parte demandante, y del propio derecho de la jubilación, comporta deducir que ha venido incrementándose a lo largo del tiempo”*.

Y prosigue argumentando la relevancia que entraña de manera conexa con la clientela la transmisión del local, pues *“la forma habitual de contactar con la clínica dental es acudir al mismo local, o llamar telefónicamente para solicitar una cita. Ambos elementos, -ha quedado acreditado-, han sido transferidos en el sentido de que son utilizados por la nueva odontóloga. Ello es revelador de una continuidad en la prestación del servicio empresarial, en función de estos, elementos materiales relevantes. Resulta lógico el interés de la odontóloga de continuar en esa prestación de servicios empresariales en el mismo local, con vistas a mantener la clientela anterior”*.

También se valora aquí la falta de interrupción de la actividad, que permite la efectiva transmisión de los clientes. Se enfatiza en el sentido de que no existe *“interrupción temporal alguna puesto que el arrendamiento del mismo local ha tenido lugar al día siguiente del cese. De este modo, los pacientes pueden seguir acudiendo a la clínica dental como con anterioridad a la jubilación del codemandado”*.

Por último, se tiene también en cuenta que la transmisión de clientela afecta en este caso con mayor intensidad al no tratarse de una empresa industrial, de producción de bienes, sino de prestación de servicios, *“(…) y ello en la medida que el principal elemento de la actividad desarrollada no varía ya que es el propio paciente, sujeto que requiere una revisión odontológica. No estamos ante supuesto en que la empresa sea la que debe transmitir un elemento material sino ante un servicio”*.

12. TRANSMISIÓN DE EMPLEADOS Y SUCESIÓN DE PLANTILLAS

La transmisión de empleados juega un doble papel cuando se trata de la sucesión de empresa: por un lado, es uno de los elementos a valorar conjuntamente para verificar si estamos ante una sucesión de empresas legal del artículo 44 ET o de la Directiva 2001/23CE; y, por otro, en actividades que descansan esencialmente en la mano de obra, el conjunto de empleados puede ser considerado como una unidad productiva y, por tanto, su transmisión puede conllevar una sucesión de empresa por la vía de la doctrina judicial de la sucesión de plantillas acuñada por el TJUE y recibida por nuestra Sala Cuarta.

12.1 TRANSMISIÓN DE EMPLEADOS COMO SIGNO ADICIONAL PARA VALORAR SI EXISTE SUCESIÓN DE EMPRESA

Al analizar el conjunto de signos para determinar si existe o no una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET, entre las cuestiones a analizar se incluye también *el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores*, lo que supone un elemento más que juega un papel para determinar si existe o no sucesión de empresa en toda actividad, aunque no descansa esencialmente en la mano de obra.

Pueden citarse muchos supuestos en los que esto ocurre. Por ejemplo, y centrándonos en una actividad de prestación de servicios algo más novedosa, pero que requiere de elementos tangibles, intangibles y personales, se cita la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en las transmisiones

de empresa que constituyeron la externalización de las plataformas de recuperación de crédito contencioso en el sector de la banca conocidos como *servicers* —Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, núm. recurso 224/2015 y de 20 de diciembre de 2017, núm. recurso 165/2016—. En esos casos, los bancos transmiten un elenco variado de activos tangibles, intangibles y personales que permiten la continuación del negocio; esto es, mobiliario, ordenadores, contratos de arrendamiento, contratos con los bancos en los que se proporciona a los *servicers* crédito contencioso a recuperar e inmuebles para gestionar y vender y, por supuesto, el grupo de personas que, como conjunto, venían realizando esta actividad desde hacía años y bajo la supervisión de una misma jefatura con conocimiento amplio del negocio —son muy ilustrativos a este respecto, los hechos probados de la STS de 20 de diciembre de 2017—³⁷⁸.

12.2 LA DOCTRINA DE LA SUCESIÓN EN LA PLANTILLA COMO VARIANTE DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA LEGAL

12.2.1 Gestación de la doctrina en el TJUE

Como se ha anticipado, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo emplea un pensamiento binario: (a) si la actividad descansa en la industria, en elementos materiales o inmateriales, se aplica el “conjunto de elementos” para determinar si existe sucesión de empresa; y (b) si la actividad descansa en el factor humano de manera esencial, entonces revisa si es aplicable la doctrina de la sucesión de plantillas y si se ha transmitido parte relevante del factor humano “*en términos de número y competencias*”.

Conviene conocer esta doctrina y su génesis para comprender su aplicación, pues en las relaciones laborales del último cuarto del siglo XX, y por supuesto del siglo XXI, cada vez existe un mayor número de actividades que descansan fundamentalmente en los empleados. Es obvio que ello es así en la medida en que se deja atrás la sociedad industrial, y la empresa objeto de transmisión ya no solo es la industrial, generadora de bienes, sino que se reproduce cada vez más el modelo de empresa prestadora de servicios, en el que la plantilla se postula como su elemento esencial. Empieza a darse cuenta de ello el TJUE, por ejemplo, en la STJUE de 14 de abril de 1994, asunto *Schmidt*³⁷⁹, en cuyo apartado 16 se rechaza el argumento de que la falta de elementos de activo inmaterial impida declarar una transmisión de empresa, porque “*la circunstancia de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cite la transmisión de dichos elementos [materiales] entre los distintos criterios que ha de tener en cuenta el Juez nacional para apreciar, en el marco de la evaluación de conjunto de una operación compleja, la realidad de una transmisión de empresa no permite concluir que la falta de dichos elementos excluya la existencia de una transmisión. En efecto, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores que, según su propio título, es el objeto de la Directiva, no puede depender sólo de que se tome en consideración un factor a propósito del cual el Tribunal de Justicia ya ha señalado que no es, en sí mismo, determinante*”.

La doctrina de la sucesión de plantillas del TJUE supuso en su momento una auténtica ruptura en la configuración tradicional de la figura de la sucesión de empresas, dando lugar a un nuevo concepto de esta institución, una nueva fuente de la sucesión de empresa legal (tanto del artículo 44 ET como de la

³⁷⁸ Un análisis muy detallado de estos supuestos se recoge en el siguiente trabajo: MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Sector bancario. Las plataformas de recuperación de créditos y de gestión y venta de inmuebles”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa, op. cit.*, pág. 198.

³⁷⁹ Por primera vez se concluye que la falta de transmisión de medios es baladí en el sector de la limpieza, que podía basarse en el personal y, en concreto, en la única persona de personal de limpieza que lo ejercía. La STJUE de 14 de abril de 1994, asunto *Schmidt*, es, probablemente y aunque no proporcione con precisión la doctrina de la sucesión de plantilla, el primer supuesto en el que, *de facto*, se aplica.

Directiva 2001/23 CE), nacida de una variante jurisprudencial que se emplea de manera recurrente y consolidada tanto en España como en Europa. Fundamentalmente, la ruptura se produjo porque esta doctrina dejó atrás el modelo anterior, en el que, para que tuviera lugar la sucesión de empresas, se exigía, siempre y en todo caso, la transmisión de elementos patrimoniales, tangibles o activos, es decir, la clásica industria generaba que su transmisión conllevara una sucesión de empresa clásica. La mutación de la empresa objeto de transmisión provocó la necesidad de que la jurisprudencia adaptase sus pronunciamientos a las nuevas formas empresariales y, como ocurre de manera muy clara en materia de transmisión de empresa, fue el TJUE el precursor del cambio.

Esta doctrina de la sucesión en la plantilla fue, por tanto, una adaptación a las nuevas formas de empresa. Se ha dicho que “a la sucesión de empresa [clásica o tradicional] le han salido una serie de hijos”³⁸⁰, y esta variante podría considerarse, en efecto, uno de ellos. Se forjó cuando llegaron al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales que trataban sobre supuestos de sucesión de contratos *intensivos en mano de obra*, en las que los elementos materiales carecían de relevancia para el ejercicio de la actividad³⁸¹. El TJUE evolucionó su doctrina para asegurar el fin de la Directiva 2001/23 (mantenimiento del empleo en caso de transmisión de empresas) y evitar que en un buen número de supuestos los empleados quedaran desprotegidos. Estos pronunciamientos se centraron en actividades en las que la mano de obra resulta preponderante, como la limpieza, la vigilancia y la seguridad, o también en la atención a domicilio de personas mayores. En todas esas actividades, centradas en la prestación de servicios, los elementos materiales carecían de relevancia, pues lo realmente importante era el personal, que conformaba la unidad productiva autónoma. Por tanto, la doctrina de la sucesión de plantillas (también denominada sucesión en la plantilla) requiere, en primer lugar, que la actividad sea “*intensiva en mano de obra*”, que pueda funcionar “*sin elementos significativos de activo material o inmaterial*” (por ejemplo, apartado 25, STJUE de 24 de enero de 2002, asunto *Temco* [TJCE 2002,29]).

En segundo lugar, precisa que se produzca una transmisión cuantitativa y cualitativamente relevante del personal. En palabras del propio TJUE, “*el cesionario debe hacerse cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que el antecesor dedicaba a esa tarea*” (por ejemplo, apartado 26 de la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto *Temco* [TJCE 2002, 29]). Se valora aquí la asunción no solo de una parte importante en número de trabajadores (con la indefinición que ello conlleva), sino también si se asumen los mandos y personal directivo, en definitiva, para que ese conjunto de personas en las que descansa la actividad sean capaces de continuarla por sí mismos.

Por tanto, los requisitos para la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas son los siguientes: (i) la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, sin ser necesarios activos materiales o inmateriales relevantes; y (ii) el cesionario asume una parte cualitativa y cuantitativamente relevante de empleados del cedente, asunción de parte esencial en términos de número y competencias. La

³⁸⁰ GODINO REYES, Martín: “La sucesión de empresa, en especial, con la sucesión de plantillas. Cuestiones controvertidas”, *Foro Social Aranzadi*, Madrid, 15 de noviembre de 2022.

³⁸¹ Se citan, por todas, las STJUE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, STJCE 1997, 45; STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto C-173/96 y 247/96, Sánchez Hidalgo TJCE 1998, 309; y STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal. Aunque la pionera que empieza a aplicar la idea de que la actividad empresarial de la limpieza podía basarse en el personal y, en concreto, en la única persona de personal de limpieza que lo ejercía es la STJUE de 14 de abril de 1994, asunto Schmidt.

consecuencia jurídica, cuando se cumplen ambos requisitos, es la aplicación de la Directiva 2001/23, esto es, la existencia de sucesión de empresa.

Ya se ha dicho que la sentencia pionera del TJUE fue la STJUE 14 de abril de 1994, asunto *Schmidt* (TJCE 1994, 54), a la que siguió la importante STJUE 11 de marzo de 1997, asunto *Süzen* (TJCE 1997, 45). En esta segunda, el TJUE (apartados 18 a 21) se planteaba si existía sucesión de empresas en 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 este y celebra, para la ejecución de trabajos similares, una nueva contrata con un segundo empresario sin que la operación vaya acompañada de una cesión de elementos de activo material o inmaterial entre ambos. El TJUE concluía 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 independientemente de la operación de que es objeto, no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos”*. El TJUE afirmó que *“en los 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”*. Por ello, *“ha de admitirse que dicha entidad pueda 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 a dicha tarea. En ese supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”*.

En la STJUE 10 de diciembre de 1998, asunto *Sánchez Hidalgo* (STJCE 1998, 309) —sobre atención a domicilio de personas necesitadas—, se añadía que la entidad económica *“si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos 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”*. El TJUE concluyó en este caso que existía sucesión de empresa cuando un organismo público, que había adjudicado a una primera empresa el servicio de ayuda a domicilio a personas necesitadas, posteriormente se lo adjudica a una segunda empresa, precisamente por efecto de la sucesión de plantillas.

Resulta también de interés comprobar cómo la sucesión de la plantilla opera no solo al externalizar la actividad intensiva en mano de obra, sino también cuando esa actividad se internaliza. Esta cuestión juega un papel importante en las remunicipalizaciones³⁸². Así lo confirma la STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto *Hernández Vidal* (TJCE 1998, 308), apartados 24 y 25, al afirmar que la sucesión en la plantilla opera en “ambas direcciones”, refiriéndose a la externalización y la internalización. Como ejemplo de esto segundo, se cita el supuesto en el que una empresa fabricante de golosinas resuelve el

³⁸² Véanse MARTÍNEZ SALDAÑA David y MADRIGAL ESTEBAN, María Jesús: “La sucesión de empresa desde el punto de vista de la contratación pública”, en MARTÍNEZ SALDAÑA David (coord.): *La sucesión de empresa, op. cit.*, pág. 133 y ss.; y MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Especificidades de la figura de la sucesión de empresa en el marco de las remunicipalizaciones”, en TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos, op. cit.*, pág. 117 y ss.

contrato de limpieza con la contratista e internaliza la contrata, llevando a cabo ahora la empresa principal la actividad de limpieza que antes tenía externalizada. Se producía, en ese caso, una sucesión de empresa y disertaba el TJUE que esta doctrina no solo se aplica cuando una empresa externaliza la actividad de limpieza (*Schmidt*), o cuando se mantiene como empresa principal, viendo cómo cambian las adjudicatarias del servicio (*Süzen*), sino que también “*debe poder aplicarse la Directiva en el supuesto de que, como en los asuntos principales, una empresa que se servía de otra empresa para la limpieza de sus locales decide poner fin al contrato que la vinculaba a aquella y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas* (Hernández Vidal) [internalización o reversión]”.

Además de lo anterior, la STJUE de 10 de diciembre de 1998, asunto *Hernández Vidal*, aclaraba que a los efectos de la sucesión de empresa no resulta relevante que la actividad de limpieza que se revierte a la fábrica de golosinas sea una actividad accesoria y no principal (apartado 33), ya que esto “*no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva (véanse las Sentencias de 132 de noviembre de 1992 [TJCE 1992, 184], Watson Rask y Christensen, C-209/91, Rec. pg. I-5755, apartado 17 y Schmidt [TJCE 1994, 54], antes citada, apartado 14)*”.

Finalmente, se cita la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto *Temco* (TJCE 2002, 29), en la que, confirmándose toda la doctrina anterior (apartados 25 y 26), se analiza un cambio de contratistas de limpieza, en el que la segunda contrata se hace cargo de una parte importante de empleados despedidos por la primera en virtud del convenio colectivo aplicable (apartado 20). Hay que señalar que el hecho de que la cesionaria contrate los empleados de la cedente por mor del convenio colectivo aplicable “*carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica*” (apartado 27). Esta doctrina resultará muy relevante en la posterior doctrina *Somoza* que acuñará el TJUE, según la cual no importa el hecho por el que se asuman los trabajadores de manera relevante en términos de número y competencias por haber cumplido con un convenio colectivo, porque ello igualmente comportará la existencia de una sucesión de plantillas y, por tanto, de las consecuencias de una sucesión de empresa legal (de la Directiva 2001/23 CE y del artículo 44 ET)³⁸³.

12.2.2 Asunción de la doctrina por la Sala Cuarta

La doctrina comunitaria fue asumida en España por la Sala de lo Social del TS en Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7162 y RJ 2004, 7202) y confirmada posteriormente por muchas otras, como la STS de 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 2997) y 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 106) (estos últimos son los conocidos casos del cambio de adjudicataria en la contrata de reactivos de cáncer en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud).

La Sala de lo Social del TS ha señalado —STS de 27 de abril de 2015 (RJ 2015/1714)— como supuesto arquetípico de sucesión de plantillas “*el encargo o adjudicación sucesiva de contratos o concesiones de servicios a distintas empresas contratistas o concesionarias, cuando concurren determinados requisitos o condiciones para, a su vez, entender aplicable la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 ET*”.

Se ha mantenido ya en otros lugares³⁸⁴ que esta doctrina fue de muy difícil asunción por la Sala de lo Social del TS, a través de las SSTS de 20 de octubre de 2004 y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7162

³⁸³ La doctrina *Somoza*, así como su aplicación por la jurisprudencia española, se analiza con detalle en el capítulo 4.

³⁸⁴ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa del artículo 44 ET: principales similitudes y diferencias con el sistema alemán”, *INF, Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr, Revista Jurídica Hispano-Alemana*, n.º 1, 2008, pág. 4.

y RJ 2004, 7202). De hecho, en la primera de estas sentencias, el ponente, DESDENTADO BONETE, se mostró especialmente crítico con ese criterio y realizó interesantes reflexiones en las que venía a decir que la doctrina de la sucesión de plantillas entrañaba un “efecto perverso”, en la medida en que la confusión de la causa con el efecto podían llevar al absurdo de que la figura de la sucesión de plantillas era fácilmente evitable. Bastaba con no contratar a trabajador alguno procedente de la cedente, lo que, en definitiva, era contrario al fin de la Directiva 2011/23 y del propio artículo 44 ET.

No pocas veces, en la práctica, recuerda uno ese efecto pernicioso o perverso al que se refería DESDENTADO BONETE³⁸⁵ (por ejemplo, cuando la empresa principal de una actividad que descansa esencialmente en mano de obra internaliza la actividad sin asumir a un solo trabajador de la última adjudicataria y deja a la contratista en una situación complicada para poder mantener la existencia de una sucesión en la plantilla, pues el supuesto de hecho para que se active esa fuente de la obligación de subrogación queda bloqueado por la cesionaria). Considerando que, en la práctica, el efecto perverso se cumple, quizá convendría establecer mecanismos para dotar de mayor seguridad jurídica a esas situaciones y evitar dejar la aplicación de la sucesión de plantillas al arbitrio de una de las partes, probablemente a través de una reforma legislativa del artículo 44 ET que previera estos supuestos desde la perspectiva de la sucesión de empresa legal clásica, dado que en la práctica es muy complicada la aplicación de la subrogación convencional a la empresa principal en las reversiones (y absolutamente inviable en caso de reversiones a la Administración pública). Por ejemplo, quizá pudiera prever el artículo 44 ET que, en la medida en que existen actividades esencialmente basadas en la mano de obra, excepcionalmente, en los casos en los que se acredite esa esencialidad del factor humano, la transmisión de la actividad o del cliente, sea en cambio de adjudicataria o en reversión, conllevarán *ex lege* la obligación de subrogar a los empleados adscritos a la misma, independientemente de que el cesionario de esa actividad rechace la contratación de empleados en términos cuantitativos o cualitativos. Es decir, podría esta regla suponer una excepción al criterio jurisprudencial conforme la mera transmisión de la actividad no constituye jamás una transmisión de empresa y flexibilizar ese criterio cuando se transmite el cliente y la actividad, tratándose de una actividad intensiva en mano de obra.

Según el TS, en esa sentencia de 20 de octubre de 2004, la razón de ser de la doctrina de la sucesión de plantillas se encuentra en la dificultad de incardinar los supuestos de sucesión de contratistas en el artículo 44 del ET. No obstante, se vaticinó que la consecuencia más probable de la asunción de ese criterio, según DESDENTADO BONETE en la misma sentencia, “*no será una mejora en 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, ya que paradójicamente basta con no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de esta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario*”.

³⁸⁵ Conviene recordar aquí ese razonamiento sobre el “efecto perverso” que la doctrina de la sucesión de plantillas produce sobre la finalidad del mantenimiento del empleo que pretende el 44 ET, en los términos literales expuestos por DESDENTADO BONETE: “*Difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en el ordenamiento jurídico. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión*”.

Un buen ejemplo del “efecto perverso” y de la “desincentivación” puede verse en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2021 (núm. recurso 3004/2018), en la que se deniega la existencia de sucesión de empresa en un supuesto de un hotel que revierte el servicio de limpieza de habitaciones. Este servicio claramente descansa de manera esencial en la mano de obra. Por tanto, dado que el hotel revirtió la actividad y contrató a su propio personal sin incorporar a empleados de la última adjudicataria, no existió sucesión de plantillas y, en consecuencia, tampoco se aplicó el artículo 44 ET.

Pese a estos recelos iniciales, en virtud del principio de vinculación de la doctrina comunitaria³⁸⁶, la Sala de lo Social del TS asumió la doctrina de la sucesión de plantillas (ya la emplea, de hecho, en la STS de 27 de octubre de 2004). Actualmente, esta doctrina de la sucesión de plantillas la viene aplicando con mayor naturalidad la Sala hasta nuestros días. La doctrina³⁸⁷ ha expuesto que las SSTS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 106), 27 de febrero de 2012 (RJ 2014, 4023), 15 de julio de 2013 (RJ 2013, 6759), 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4637 y RJ 2014, 4774) y 27 de enero de 2015 (RJ 2014, 471) “resumen la jurisprudencia del TS sobre sucesión de plantillas”.

Uno de los supuestos en los que la doctrina de la sucesión en la plantilla aparece con mayor habitualidad es en los cambios de adjudicataria o empresa contratista. Precisamente, en sede de cambios de adjudicataria en contrata, resulta de interés la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3649), que se refiere al “test de la sucesión de plantillas” y lo desarrolla con mayor detalle. Expone la Sala en esa sentencia que las sucesiones de contrata en las que tiene lugar la sucesión de plantillas se caracterizan por una serie de circunstancias. En concreto: “(...) (a) una empresa contratista o adjudicataria de servicios sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios por cuenta o a favor de un tercero; (b) la sucesión de contrata o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación con la empresa saliente, encargando a la entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; (c) la empresa entrante ha incorporado al desempeño de la contrata una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente³⁸⁸; y (d) el activo principal para el desempeño de los servicios es la mano de obra organizada u organización en el trabajo”. Pues bien, como consecuencia de dicho test de la sucesión de plantillas, la Sala declara la existencia de sucesión de empresas al contratarse a 14 de los 19 empleados, al haberse traspasado la actividad, sin que la organización del trabajo experimentara una variación sustancial y sin que los servicios prestados fueran sustancialmente distintos. También es reseñable la STS de 27 de abril de 2015 (RJ 2015, 1714), en la que se declara la existencia de sucesión de plantilla por un cambio de adjudicataria en la contrata de auxiliares técnicos informáticos en los centros de urgencias del SAS, habiendo contratado la entrante a 70 trabajadores de 87.

De gran interés resulta también la STS de 12 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1312), que expone que “La sucesión de plantillas en los supuestos de contrata de servicios opera por centros de actividad”. La importancia de esta sentencia reside en que declara que la sucesión de plantillas debía analizarse centro por centro, en cada uno de los 71 centros de la cedente para comprobar si se daba la sucesión de

³⁸⁶ En virtud de la cual, la doctrina del TJUE al resolver cuestiones prejudiciales es vinculante para los Estados miembros.

³⁸⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 617.

³⁸⁸ La STS 40/2022 de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 457) incide en el concepto de la transmisión de parte cuantitativa y cualitativamente relevante de la plantilla. Y precisa que “tratándose de la denominada sucesión de plantillas, en doctrina ya cristalizada de la Sala se han integrado las expresiones «número relevante o significativo» de trabajadores asumidos, «asunción de personas cuantitativa y cualitativa» o «parte esencial, en términos de número y competencias”.

plantillas por transmisión cuantitativa y cualitativamente relevante de empleados, pero realizando el análisis en cada uno de esos centros. Sin embargo, la STS 929/2021, de 22 de septiembre de 2021 (núm. recurso 106/2021), declara la existencia de sucesión de plantillas del personal de limpieza del Parador de Alcalá de Henares, aunque para ello analiza el cómputo no por el centro de actividad del Parador de Alcalá de Henares, sino por el del Lote de Paradores a los que se postula el nuevo adjudicatario, que comprendía numerosos centros de trabajo. En su fundamento de derecho cuarto, párrafo quinto, esta sentencia razona que la nueva adjudicataria *“ha asumido una parte relevante de la plantilla que venía adscrita precedentemente a la limpieza del Lote de Paradores configurado como unidad económica susceptible de explotación”*. Se reprocha a la entrante que *“prescinde de examinar la identidad de la unidad económica transmitida (el “Lote 1” de Paradores) y, de manera comprensible pero errónea, la minimiza para aislar una parte de ella (la limpieza del Parador Complutense). Examinada en su verdadero alcance, la situación muestra una contrata de limpieza en la que la empresa entrante asume un porcentaje muy significativo de las personas que venían estando adscritas a ella”*. Por tanto, *“habiendo asumido voluntariamente una parte cuantitativa del personal de limpieza en una actividad productiva que descansa fundamentalmente en la mano de obra, se activa ex lege, como afirma la sentencia, la aplicación del artículo 44 del ET, con prioridad sobre lo establecido en el convenio colectivo”*.

Conviene en este punto preguntarse cuál es el número de trabajadores a partir del cual debería razonablemente aplicarse la doctrina de la sucesión de plantillas. La respuesta es complicada, pues dependerá de las circunstancias concretas del caso, de si con los empleados asumidos (gracias a su *know-how*, conocimientos, competencias, rango, experiencia, etc.) es posible proseguir con la actividad, pues el aspecto cuantitativo de los trabajadores que ha recontratado la nueva adjudicataria es relevante, pero también lo es el aspecto cualitativo (si se transmiten los más cualificados, los jefes y los mandos que permiten la continuación del servicio).

Se detecta en todo caso que, en la práctica, existe cierta tendencia a pensar que cuando se asume al menos la mitad de los empleados de la cesionaria podríamos estar en ese supuesto³⁸⁹, pero, como se ha dicho, es francamente aventurado poner una cifra o límite³⁹⁰. De hecho, GARCÍA-PERROTE ha recordado que *“no existe una solución matemática”* para poder concluir si existe o no sucesión de plantillas³⁹¹. La transmisión de tres trabajadores de nueve puede llevar a la conclusión de que no existe

³⁸⁹ Se citan como sentencias que estiman la sucesión de plantillas con más de un 49 % de asunción de plantilla por el entrante las siguientes: STS de 27 de abril de 2015 (RJ 2015, 1714), STS de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3649), STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 106), STSJ Cantabria de 23 diciembre de 2008 (AS 2009, 99), STSJ Islas Canarias, de 28 de febrero de 2007 (AS 2007, 2718), STSJ Galicia de 28 de septiembre de 2005 (AS 2006,356), STSJ Castilla y León de 11 de julio de 2007 (AS 2007, 2718), STSJ Madrid de 14 de enero de 2009 (AS 2009, 847), STSJ Madrid de 22 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 263837), STSJ Canarias de 16 de enero de 2009 (AS 2009, 855) y la STSJ Castilla y León de 4 de julio de 2007 (AS 2007, 2710). En cambio, se citan como sentencias que rechazan la existencia de sucesión de plantillas por haberse asumido menos de un 42 % de empleados de la anterior adjudicataria la STSJ Aragón, de 14 de julio de 2004 (AS 2004, 2565), STSJ Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 2006 (AS 2007, 901) y STSJ Castilla y León de 5 de diciembre de 2005 (AS 2006, 53). Conviene recordar, en todo caso, que el aspecto cuantitativo de los trabajadores que ha recontratado la nueva adjudicataria es relevante, pero también el aspecto cualitativo (si se transmiten los más cualificados, los jefes y los mandos que permiten la continuación del servicio).

³⁹⁰ Por citar dos supuestos recientes, la STS de 23 de marzo de 2022 (recurso 3117/2020) entiende que es parte esencial de la plantilla la asunción de un 75 % de la misma. La STS de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 457) en cambio, considera que no es parte esencial de la plantilla la asunción de 3 trabajadores de 9.

³⁹¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, conferencia en ASNALA. Escuela de Práctica Jurídica. Madrid 18 de marzo de 2022.

sucesión de plantillas, mientras que la transmisión de dos sobre cinco puede conducir a la conclusión contraria. Lo fundamental es analizar si se transmite parte cualitativa o cuantitativamente relevante de empleados. Hay que analizar con detenimiento el grupo de empleados que se transmite y verificar si los mandos, los directivos, los empleados clave, con conocimientos técnicos, son traspasados o no, pues pueden influir en la ecuación.

Muestra de la necesidad de analizar y verificar caso por caso el supuesto de hecho para poder concluir si existe o no una sucesión de plantillas la constituye la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 40/2022 de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 457). Analiza la actividad de auxiliares de información, atención al público y control de entradas en los centros culturales del Ayuntamiento de Madrid que cambió de empresa adjudicataria, la cual se subrogó solo en tres de los nueve contratos (pues les resultaba aplicable el convenio de centros y servicios de personas con discapacidad, que prevé obligación de subrogación, mientras a los seis restantes se les aplicaba oficinas y despachos, que no prevé la subrogación convencional). Es una sentencia relevante porque incide en la cuestión de cuál es el porcentaje umbral a partir del cual *habemus* sucesión de plantilla, y precisa que *“respecto del de índole cuantitativa, nos encontramos con pronunciamientos de esta Sala IV que integran unas u otras de aquellas locuciones sin anudar ninguna cuantía o porcentajes concretos, o bien se afirma la relevancia del factor cuando se supera con creces la cifra del 50%, mientras que también hemos llegado a considerar esencial un porcentaje inferior —acogimiento de tres trabajadores, de los 7 u 8 que prestaban el servicio—, argumentando al respecto (STS 9.04.2013, rcud 1435/2012 (RJ 2013, 5127)) que el número de personas “no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la contrata si nos atenemos a las condiciones en que la misma se lleva a cabo: un auxiliar de Servicios 24 horas, todos los días del año; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas de lunes a sábados laborables; un auxiliar de Servicios de las 10 a las 22 horas los domingos y festivos de apertura”*. La doctrina de la Sala Cuarta insiste en que debe realizarse el doble análisis del criterio cuantitativo y del cualitativo, porque es insuficiente *“examinar de manera aislada el quantum personal objeto de asunción, salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias”*. Y resuelve el caso concreto denegando la sucesión de empresa y de plantillas por no cumplirse el elemento numérico (3 de 6), pero tampoco el cuantitativo, pues no se probó que las funciones fueran de significativa relevancia.

Por último, debe extraerse la siguiente conclusión mediante un razonamiento *a sensu contrario* sobre la sucesión de plantillas: *“Corolario de lo anterior es que si, por el contrario, «la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos necesarios para el ejercicio de la actividad»”*³⁹². Por supuesto, debe recordarse también que, en aquellas actividades que no descansan fundamentalmente en la mano de obra, la asunción de trabajadores es solo un signo de sucesión de empresa del conjunto de elementos a valorar, y que si no se contrata a los empleados, pero se asumen elementos esenciales (por ejemplo la infraestructura material imprescindible), podrá existir igualmente la sucesión de empresa (recuérdese, por ejemplo, que esto es lo que ocurría en la sentencia del TJUE en el asunto ADIF, en la que no se revierten los

³⁹² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo, op. cit.*, pág. 617 y ss.

trabajadores, pero sí el equipamiento e instalaciones en los que descansaba esencialmente la actividad, motivo por el que se declara la existencia de sucesión de empresas).

En todo caso, en materia de sucesión de plantillas, se arrastra siempre el “pecado original” en la gestación de esta figura jurisprudencial, el “efecto perverso” al que se refirió DESDENTADO BONETE al modificar la doctrina de la Sala Cuarta para adaptarla a la jurisprudencia comunitaria: la confusión de la causa con el efecto. Evidentemente, si la sucesión de empresa legal por la vía de la sucesión de la plantilla se activa, al asumir parte cuantitativa y cualitativamente relevante de la mano de obra (la parte relevante “*en términos de número y competencias*” a la que se refiere el TJUE), entonces, para evitarla, será tan sencillo como no contratar a ninguno de los trabajadores que configuran la esencia y base del negocio, algo que se podrá hacer salvo que se incumpla el convenio colectivo que imponga esa obligación. En este orden de cosas, se plantea el interrogante de cómo es posible que en las actividades desmaterializadas, aquellas que descansan en la plantilla, cuando existe un cambio de adjudicataria en la prestadora del servicio, pues así lo decide el cliente final, sea tan sencillo desvincularse de las obligaciones del artículo 44 ET, con la simple decisión de no contratar a nadie.

Una solución al problema sería la que se ha anticipado: una modificación del artículo 44 del ET que prevea que, en las sucesiones de contrata y reversiones de actividades en las que se ha probado que descansan esencialmente en la mano de obra, la sucesión en la actividad y en el servicio comportase la obligación de subrogación en todos los empleados adscritos, independientemente de si se asumió previamente parte esencial en términos de número y competencia (por tanto, exceptuando este caso a la idea de que la transmisión de la actividad nunca conlleva la sucesión de empresa y considerando también la continuidad en la actividad sin interrupción, la analogía en las actividades y la transmisión del cliente principal). Igualmente, considerando esos mismos mimbres, no puede descartarse que esta doctrina de la sucesión de la plantilla sea en algún momento modificada, porque la confusión entre la causa y el efecto lleva a este absurdo. Si la causa es la contratación de parte cuantitativa y cualitativamente relevante de empleados que conforman el servicio y el efecto es la asunción de todos ellos, basta con no asumir a ninguno para no activar la Directiva 2001/23 CE o el artículo 44 ET. Y es en este punto en el que, con la jurisprudencia actualmente vigente, quizá en algún supuesto concreto, pueda concluirse, pese a la no contratación de empleados, que existe transmisión de empresa cuando lo esencial, más allá incluso de la plantilla en esas actividades inmaterializadas, es (i) la transmisión del cliente; (ii) la no interrupción en la prestación del servicio; y (iii) la analogía en la prestación del servicio. Que esto sea posible es muy discutible, pero nos permitimos apuntar que existe este camino, todavía lleno de zarzas y por desbrozar, en el que algún trabajo prospectivo se ha hecho ya, con la STJUE *Dodic* que se acaba de analizar y la conclusión de que lo más relevante en algunas actividades puede ser la clientela.

Se debe ser extremadamente prudente y cauteloso en la resolución de este punto en la jurisprudencia (el binomio sucesión de plantillas y sucesión de clientela como posible resolución al conflicto), pues no debe olvidarse que la Directiva 2001/23 CE y el artículo 44 ET tienen por objeto no solo la salvaguarda de los intereses de los trabajadores, sino también la de los intereses del cesionario (como recuerda la STJUE *ISS Facility Services* que se analiza en el capítulo 5). Y es que el interés empresarial y la seguridad jurídica de la empresa entrante es importante que estén delimitados y aclarados si es que queremos que las normas laborales contribuyan a mejorar la economía y no a perjudicarla.

13. EL GRADO DE ANALOGÍA ENTRE LA ACTIVIDAD DEL CEDENTE Y CESIONARIO (Y LA FALTA DE RELEVANCIA EN LA TRANSMISIÓN DE “BIENES INDISPONIBLES”)

13.1 EL GRADO DE ANALOGÍA EN LAS ACTIVIDADES

El grado de analogía entre la actividad de la empresa cedente y la cesionaria es un elemento más que se toma en consideración para la verificación de la existencia de sucesión de empresa. No es un elemento decisivo, pero puede resultar relevante acreditar que las actividades se prestan de distinto modo a como se prestaban con anterioridad a la pretendida sucesión, y ello puede resultar un argumento relevante para concluir que existe o no existe sucesión.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el caso del cambio de adjudicataria de los centros de atención al drogodependiente de Móstoles y del barrio de Tetuán, en Madrid.

Estos casos se resolvieron en las Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 486/2011, de 2 de junio de 2011 (JUR 2011, 267267), núm. 224/2011, de 24 de marzo de 2011 (JUR 2011, 178216), y núm. 812/2010, de 7 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 63108).

En estos pleitos, la última adjudicataria alegaba la existencia de una sucesión de empresas del artículo 44 ET, y lo hacía argumentando que (i) le habían transmitido los pacientes del centro de atención al drogodependiente de la Comunidad de Madrid conocidos como CAID, de modo que asimilaba a esos pacientes y usuarios de los CAID (los drogodependientes) a la clientela; (ii) el CAID había continuado con la actividad, sin solución de continuidad —es un servicio que, por su naturaleza asistencial imprescindible, no puede dejar de prestarse o interrumpirse—; (iii) se habían transmitido elementos, tanto materiales como inmateriales: historias clínicas, protocolos, *stock* de fármacos, metadona, libros, bases de datos e informes; (iv) la actividad desarrollada por la anterior y la nueva adjudicataria eran, a su entender, análogas —este elemento resultó de especial análisis y debate en esos procedimientos—; y (v) la nueva adjudicataria se había hecho cargo de algunos empleados de la anterior.

La razón principal por la que se desestiman las demandas en las que se solicitaba la aplicación de una sucesión de empresa legal se basó en que lo transmitido fue una mera actividad e instalaciones, que debían considerarse como “bienes indisponibles”, no susceptibles de ser explotados económicamente (los centros de atención al drogodependiente o CAID no son unidades productivas susceptible de explotarse económicamente). No obstante, resulta de interés detenerse en una reflexión. Antes de aplicar la doctrina de los bienes indisponibles, las Sentencias del TSJ de Madrid 486/2011, 224/2011 y 812/2010 habían considerado acreditado que los signos expuestos en el párrafo anterior (incluyendo la cuestión de la analogía de las actividades de atención al drogodependiente en los CAID) no habían concurrido en la manera en que eran esgrimidos por la última adjudicataria. Precisamente, la sentencia de instancia del segundo de esos procedimientos (que era la Sentencia 222/2010 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, de 22 de abril de 2010, posteriormente confirmada por la STSJ de Madrid 224/2011) había aclarado las anteriores cuestiones con detalle. Argumentó en ese punto las siguientes cuestiones:

- (i) Para la puesta en marcha del CAID, la nueva adjudicataria había efectuado una inversión y gastos.
- (ii) El proyecto de gestión clínica del centro (planteamiento sobre cómo se van a tratar los pacientes) no se transmitió, sino que fue elaborado *ex novo* por la nueva adjudicataria, existiendo además un distinto enfoque en el tipo de servicios que se van a prestar. Esa diferencia en el modo de plantear la actividad resultó decisiva. Se plasmaba de inicio en los propios pliegos para la nueva adjudicación del servicio, en los servicios que se demandaban y en el tipo de plantilla requerida (se abandona el enfoque meramente social de la atención a la drogodependencia y se trata la drogadicción como enfermedad, con

planteamiento médico: “los pliegos correspondientes a 2006 primaban programas de carácter social, mientras que a partir de 2009, tal y como ha manifestado el testigo funcionaria y se recoge en la documentación aportada a tal efecto, el programa a seguir es de naturaleza clínico-sanitario con tratamiento y diagnóstico de la drogadicción como una enfermedad”).

(iii) Los expedientes médicos son titularidad de los propios pacientes bajo la tutela y supervisión de la comunidad.

(iv) Había servicios que se dejaban de prestar y otros nuevos que se prestaban (por ejemplo, valoración, diagnóstico y plan terapéutico, requerimiento y control terapéutico y atención domiciliaria de drogodependientes).

(v) “En cuanto a la plantilla en sí, a partir del año 2009 se produce una eliminación de algunos componentes como el psiquiatra, el trabajador social y dos conserjes, pasando por otro lado a requerirse que los psicólogos estén provistos de la cualificación de «clínicos»”. Estos cambios en el tipo de plantilla que se requiere se deben al nuevo enfoque y prestación de servicios del CAID y a la esencial diferencia en los enfoques de la actividad. Siendo una misma actividad (atención al drogodependiente), el enfoque es totalmente distinto y esa falta de analogía en la actividad resultó aquí decisiva. A efectos probatorios, esos cambios en los pliegos se recogen con detalle, pues se transcribe el objeto de los servicios de 2006 y el de 2009 tanto en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid como en la STSJ de Madrid 224/2011.

(vi) Además, los empleados contratados de la anterior adjudicataria fueron un porcentaje menor (solo alcanzó a tres trabajadores).

Además de los anteriores hechos probados y argumentos que contrarrestaban los puntos en los que la anterior adjudicataria se basaba para construir la existencia de sucesión de empresas, la STSJ de Madrid 224/2011 y, en términos casi idénticos, las SSTSJ de Madrid 486/2011 y 812/2010 declararon años antes la inexistencia de sucesión de empresas argumentando, en esencia, que la mera transmisión de actividad sin transmisión de elementos patrimoniales organizados necesarios, en sede de cambio de adjudicatarias de una contrata, no constituye una sucesión de empresas y que resulta, además, aplicable al caso de los CAID la doctrina de los “bienes indisponibles”. Aunque esta doctrina no es muy conocida, sigue vigente y conviene retenerla, pues condiciona el análisis de existencia o inexistencia de transmisión de empresa en determinados supuestos como el que se ha analizado³⁹³.

³⁹³ Conviene señalar que en el momento en que se produce este litigio no estaba vigente, por haber sido anulado, el convenio colectivo sectorial estatal de intervención social de aquella época. El actual prevé la obligación de subrogación para este tipo de supuestos, por imperativo del convenio colectivo, si bien no por ello (i) la doctrina de los bienes indisponibles deja de tener interés, pues sigue siendo relevante para determinar si existe una sucesión de empresa legal; así como (ii) continúa siendo relevante retener cómo la doctrina judicial valora en estos pronunciamientos las diferencias en el planteamiento de la continuación de una misma actividad, que puede haber una distinto “grado de analogía entre las actividades” pues unos pliegos y planteamiento hacían un tratamiento de la actividad de atención al drogodependiente desde una perspectiva más social y, otros, de una perspectiva médica, de modo que el servicio pasaba a prestarse con diferencias relevantes en cuanto a objeto y a plantilla necesaria para acometerlo. Lo importante es comprobar cómo la atención a los drogodependientes se plantea en otros términos, tras la consideración por la OMS de la drogadicción como una enfermedad, y el planteamiento de la gestión de los centros se modifica, precisándose de otro tipo de personal más centrado en la vertiente médica. Por tanto, ha de subrayarse la diferencia en el modo de prestar una misma actividad. Las propias sentencias de instancia recogían en sus hechos probados la diferencia en el enfoque de los propios pliegos y la comparativa entre los mismos (su acreditación en sede de prueba es relevante, tal y como revelan los hechos probados).

13.2 LA DOCTRINA DE LOS “BIENES INDISPONIBLES”

La argumentación esencial de la doctrina de los bienes indisponibles consta en los últimos incisos de la STSJ de Madrid 224/2011 y podría resumirse del siguiente modo:

Con carácter general “(...) *no existe 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”*”.

En el supuesto concreto de los centros de atención al drogodependiente (CAIDS), “*el hecho de que el servicio objeto de adjudicación por concurso, esto es, el servicio de gestión del CAID, se siga desarrollando en las instalaciones y con el equipamiento necesario para el funcionamiento del CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL DE DROGODEPENDIENTES (CAID), perteneciente a la AGENCIA ANTIDROGA, y el hecho de que se hayan entregado y devuelto por reversión a la AGENCIA ANTIDROGA todos los informes médico-clínicos de los pacientes que se gestionan en el citado servicio de atención integral a drogodependientes, no es suficiente para estimar concurrente la pretendida transmisión*”. Se considera que con aquella aportación no se produce transmisión patrimonial alguna. Lo que existe es “*simplemente la puesta a disposición a favor de la empresa adjudicataria del servicio de los «medios materiales imprescindibles e indispensables» para poder llevar a cabo la actividad encomendada al CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL DE DROGODEPENDIENTES (CAID), pero conservando la AGENCIA ANTIDROGA la infraestructura y organización empresarial básicas para desarrollar su actividad, con una u otra adjudicataria, que se limita a su gestión aportando los medios humanos necesarios para ello*”.

En este contexto se descarta también la relevancia de que las actividades realizadas por la anterior y la nueva adjudicataria (atención a los drogodependientes) sean análogas. Por tanto, no importa “*que la actividad que se ha desarrollado por parte de (...), anterior adjudicataria del servicio, y la que desarrolla (...), la nueva adjudicataria del servicio, sean análogas, puesto que, como ya hemos dicho, el servicio objeto de adjudicación por concurso, consiste precisamente en la gestión del CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL DE DROGODEPENDIENTES (CAID) y así se ha pronunciado esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sus Sentencias nº 209/2007, de fecha 07/03/2007, recaída en el Recurso nº 167/2007, y nº 202/2000, de fecha 18/05/2000, recaída en el Recurso nº 1551/2000*”.

Por último, conviene citar un interesante supuesto en el que una residencia tuvo consideración de bien indispensable o indisponible por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 10 de febrero de 2000 (N.º de recurso 5609/1999).

14. LA INTERRUPCIÓN DE LA ACTIVIDAD

La interrupción de la actividad es otro elemento que podríamos considerar secundario para determinar si existe o no sucesión de empresa, aunque parece haber cobrado mayor importancia en los últimos tiempos. En algunas ocasiones, la interrupción del servicio no es una opción, porque implica dejar a pacientes desatendidos, población desabastecida de un servicio, etc., y, por tanto, jugará un papel en el sentido de que concurre esa sucesión.

Al contrario, los recientes casos de reversiones en el servicio de cafetería del ISHT de Madrid³⁹⁴ o del servicio de restauración del Ministerio de Presidencia³⁹⁵, en los que se declaró la inexistencia de sucesión de empresa, tuvieron especialmente en cuenta la interrupción del servicio (en el primer caso, de cuatro meses y por un posible problema de salud pública que hacía imposible su apertura y, en el segundo, por interrumpirse el servicio de comedor del Ministerio y llevarse a cabo a través de la distribución interina de comidas envasadas que los empleados del Ministerio debían calentar ellos mismos, por tanto, con interrupción del servicio y prestación interina en otros términos³⁹⁶.

15. LA PREEXISTENCIA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA COMO REQUISITO ADICIONAL DE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA (DOCTRINA AMATORI)

Ya se ha expuesto que una unidad productiva autónoma debe comprender todos los elementos materiales, inmateriales y personales que permitan la continuación del negocio tras su transmisión; pero existe un requisito adicional para que pueda considerarse que existe una sucesión de empresa, y es que esa unidad productiva autónoma debe “preexistir” al momento de la transmisión.

Es decir, no es posible encapsular artificiosamente varios activos sin conexión entre sí, “ponerles un lazo” y transmitirlos aduciendo que conforman una unidad productiva, sino que la unidad productiva debía resultar previamente identificable en el seno de la cedente. Antes de que se produzca la transmisión, debía haberse conformado ya esa unidad productiva autónoma o, en palabras del TJUE, debe “preexistir” a su transmisión. La importantísima doctrina que forjó la TJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12 (TJCE 2014, 60), asunto *Amatori*, fue la pionera en exigir este requisito, de especial importancia en operaciones mercantiles en las que se crea una nueva sociedad (*newco*) a la que se transfieren los distintos elementos que configuran la unidad productiva y que, en ocasiones, pueden encontrarse dispersos o distribuidos en distintas empresas del grupo. Pese a estar dispersos en varias empresas del grupo, es perfectamente posible que constituyan una verdadera unidad productiva y unidad de negocio (*business unit*), un negocio disgregado en varias sociedades, pero perfectamente identificable.

Esta doctrina es relevante en la sucesión de empresa del futuro, en la medida en que no son pocas las operaciones mercantiles que se gestan a partir de estructuras de este tipo, en las que se identifica una unidad productiva, se realiza un *carve out* y se vuelca en una nueva sociedad. La riqueza de grupos empresariales y la transición de la empresa pirámide y la segmentación del trabajo a las redes empresariales posibilitaron esa descomposición de la empresa, del negocio en distintas sociedades (con frecuencia, de un mismo grupo), por lo que su identificación y volcado a una nueva empresa suponen recomponer ese negocio disgregado y reagruparlo. Ahora bien, este tipo de supuestos no deben albergar

³⁹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 42/2021, de 22 de abril de 2021 (recurso 148/2020).

³⁹⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 565/2021, de 24 de mayo de 2021 (recurso 155/2020).

³⁹⁶ Sobre estos supuestos véase GOERLICH PESET, José María y PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Sucesión de contratos o concesiones: ¿qué responsabilidad incumbe a la empresa principal?”, *El Foro de Labos*, 20 de mayo de 2014. Disponible online: <https://www.elforodelabos.es/2021/05/sucesion-de-contratos-o-concesiones-que-responsabilidad-incumbe-a-la-empresa-principal/>. Fecha de consulta: 8/03/2023. Igualmente resulta de interés la reflexión que realiza BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Cambio de adjudicataria, traspaso en dos fases e irresponsabilidad de la administración?”, en *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, 7 de junio de 2021. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2021/06/07/cambio-de-adjudicataria-traspaso-en-dos-fases-e-irresponsabilidad-de-la-administracion/>. Fecha de consulta 8/03/2023. Por último, los supuestos y el valor de la interrupción en la prestación de servicios se valora en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Reversión de unidades productivas...”, *op. cit.*

maniobras fraudulentas en las que, bajo una aparente transmisión de empresa, de lo que se trate sea de reunir activos que no conforman una unidad productiva para tratar de conseguir, con el efecto subrogatorio, desprenderse de la plantilla, con elusión de un despido colectivo³⁹⁷.

Con ese propósito antifraude, el TJUE explica en *Amatori* (apartado 32)³⁹⁸, que esa “*unidad económica de que se trate debe, con anterioridad a la transmisión, en particular, gozar de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (sentencia Scattolon, antes citada, apartado 51 y jurisprudencia citada)*”.

El TJUE requiere que la unidad productiva autónoma que se transmite fuera ya autónoma antes de la sucesión, es decir, “*(...) el término "conserva" implica que la autonomía de la unidad cedida debe, en todo caso, preexistir a la transmisión*” (STJUE *Amatori* apartado 34).

Si esto no se cumple y “*resultara que la unidad transferida de que se trata no disponía, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23. En tales circunstancias, no existiría la obligación que se deriva de dicha Directiva de mantener los derechos de los trabajadores transmitidos*” (STJUE *Amatori*, apartado 35).

Por tanto, para determinar si existe sucesión de empresas, la doctrina del TJUE, que debe seguirse en España por el principio de interpretación conforme, requiere que la unidad productiva autónoma *preexista a la transmisión* y debe tener *una autonomía funcional suficiente*.

En la sucesión de empresa del siglo XXI, esta doctrina juega un papel relevante. Se trata de un razonamiento que aparece con cierta frecuencia cuando los trabajadores o sus representantes impugnan, en pleitos de conflicto colectivo, que exista una verdadera sucesión de empresa por considerar que las unidades productivas autónomas que se transmiten han sido encapsuladas o artificialmente generadas *ad hoc* justo antes de la transmisión para ser transmitidas vía sucesión de empresa (con ello pretenden que se “deshaga” la sucesión y que puedan volver a ser reincorporados en la cedente). Por tanto, aunque la ley española no haya provisto a los trabajadores de un “*derecho de oposición (Widerspruchsrecht)*” como sí ocurre en otros países, como en Alemania³⁹⁹, esta es, sin duda, la vía

³⁹⁷ Por supuesto que lo que no es admisible es que se empleen este tipo de operaciones “*(...) como mecanismo para adelgazar las plantillas de las empresas y poner en riesgo la estabilidad en el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores afectados*”, pero, a su vez, “*(...) también es cierto que el derecho a la libertad de empresa que garantiza el art. 38 CE (RCL 1978, 2836), permite la modificación de las estructuras empresariales para adaptarlas a las cambiantes circunstancias del mercado en la legítima búsqueda de la mayor rentabilidad del negocio, lo que en sí mismo no ha de ser necesariamente perjudicial para los trabajadores, bien al contrario, puede incluso generar nuevas necesidades de empleo, como así se evidencia en el supuesto de autos con el importante incremento de la plantilla de la empresa tras la sucesión. La actuación judicial debe sin duda supervisar y controlar los posibles abusos de derecho que pudieren detectarse por parte de las empresas, y poner coto a actuaciones fraudulentas con las que se pretenda utilizar subterfugios, en apariencia legales, en perjuicio de los derechos de los trabajadores de las empresas cedentes*” (STS de 20 de diciembre de 2017, apartado 5.4).

³⁹⁸ TJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12 (TJCE 2014, 60), asunto *Amatori*.

³⁹⁹ Sobre el *Widerspruchsrecht* o derecho de oposición previsto en el 613.a) del *Bürgerliches Gesetzbuch* (artículo del Código Civil alemán que regula la sucesión de empresa) y sobre la comparativa del sistema español y el alemán de la sucesión de

elegida en la práctica para intentar ese regreso a la cedente cuando no se transmite una genuina unidad productiva autónoma, sino que ha tenido lugar un encapsulado artificial de elementos que no llegan a ser una empresa objeto de transmisión (la interposición de reclamaciones de derechos para regresar a la empresa cedente, si se plantean en la vía individual, o bien, las acciones de conflicto colectivo cuestionando que se esté ante una verdadera sucesión de empresa). Precisamente sobre esta segunda cuestión, en España existen algunos conocidos pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que emplean la doctrina *Amatori* para analizar, en pleitos de conflicto colectivo, si hubo verdadera sucesión de empresa en la transmisión o fue simplemente la transmisión de elementos patrimoniales aislados, o de un subterfugio para tratar de “deshacerse” de empleados encapsulados en una falsa unidad productiva que no preexistía. Estos pleitos surgieron en los conocidos casos de entidades bancarias que externalizaron la actividad de recobros, recuperación del crédito contencioso y gestión y venta de inmuebles derivados de la ejecución hipotecaria (*servicers*)⁴⁰⁰, como también en supuestos de transmisiones del negocio de servicios compartidos que se desgajaron del seno de grupos privados de radiotelevisión.

Conviene detenerse en estos casos para comprender cómo juega la doctrina *Amatori* en esos pleitos de conflicto colectivo y los razonamientos empleados por los tribunales. La doctrina también se ha referido a la preexistencia como una “escurridiza noción” y se han detenido a analizar estos dos casos con detalle, ya que son dos supuestos que “ayudan a entender” este concepto de preexistencia de la unidad productiva⁴⁰¹.

Así, en el caso de los *servicers*, que he analizado con detalle anteriormente⁴⁰², en efecto, puede observarse el debate al tratarse de pleitos de conflicto colectivo en que los empleados de la plataforma de recuperación de créditos transmitida por el banco a una nueva sociedad de capital riesgo solicitan que se declare que no existe una verdadera sucesión de empresa y que pretenden volver a la entidad bancaria. Se produce este supuesto en dos entidades bancarias distintas. El primero de ellos lo resuelve la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (RJ 2016/4407), caso Lindorff. Se concluye en este caso que se está ante la transmisión de una unidad productiva autónoma con identidad económica propia, organizada y estructurada como un departamento específico dentro de la entidad bancaria, al que se ha adscrito una infraestructura material y personal individualizable para la realización de la singular actividad de gestión del recobro de deudas e impagados, lo que llevaba a efecto el banco de forma expresamente ordenada y organizada. Aisladamente considerada, tiene un elevado valor de mercado propio, al ser idónea para generar por sí misma una importante actividad económica que puede ser objeto de explotación mercantil individualizada y separable. La actividad llevada a cabo es estable y permanente en el tiempo, no una mera obra o servicio determinado. También goza de

empresa, nos remitimos al trabajo siguiente: MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa del artículo 44 del ET..., *op. cit.*”

⁴⁰⁰ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Sector bancario. Las plataformas de recuperación de créditos y de gestión y venta de inmuebles”, *op. cit.*, pág. 198.

⁴⁰¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús: “La difusa noción de “unidad productiva autónoma” como objeto de transmisión: apuntes al hilo de algunos pronunciamientos recientes”, *Revista de Información Laboral*, n.º 9, 2017 (BIB 2017\13136).

⁴⁰² MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Sector bancario. Las plataformas de recuperación de créditos y de gestión y venta de inmuebles”, *op. cit.*, pág. 198.

autonomía suficiente dentro de la organización del banco, a la que está adscrita una determinada infraestructura productiva, que es igualmente objeto de transmisión.

De manera prácticamente coetánea (se produce en esos años una irrupción de operaciones mercantiles en el sector del *servicing*), otra entidad financiera transmitió su plataforma de recuperación de crédito contencioso o *servicer* disgregado en varias unidades y volcado en una sociedad de nueva creación —caso Altamira—. Diversas sentencias trataron este supuesto y alcanzaron la conclusión de que existía una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de que preexistía la unidad productiva —por ejemplo, las Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en la antes mencionada STSJ de Canarias de 27 de agosto de 2015 y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 65/16, de 29 de enero de 2016 (JUR 2016, 41346), resolvieron pleitos individuales en los que algunos empleados solicitaban que se reconociera su derecho a regresar a la cedente, por no existir, en su opinión, una genuina sucesión de empresa—.

La misma operación mercantil, pero en forma de conflicto colectivo, lo analizó la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 1043/2017 de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5937). Su fundamento jurídico quinto, apartado segundo, expone por qué, aunque se encontrara disgregada en diversas sociedades, la unidad productiva autónoma preexistía. El TS consideró que su *naturaleza* era “*estable y permanente en el tiempo, que no una mera obra o servicio determinado cuya ejecución estuviere constreñida a plazo o término, y que goza de autonomía suficiente dentro de la organización del global negocio bancario a la que está adscrita*”. Una de las cuestiones esenciales para probar su existencia fue el hecho de que se pagara un elevado precio por algo que debía ser un negocio, pues el “*volumen e importancia económica de esa unidad autónoma de negocio queda perfectamente reflejado en el valor de 720 millones de euros*”, que fue el coste de adquisición de la plataforma, “*(...) a lo que se añade la transmisión de todos los contratos relativos a proveedores, alquiler de oficinas, bienes inmateriales de gestión, signos distintivos, dominios de internet, aplicaciones informáticas, etc..*”. Valoró también la evolución de empleo y la capacidad de crecimiento de la unidad productiva al transcurrir un año de su transmisión, dado que “*(...) son 272 el total de contratos de trabajo de las diferentes empresas del grupo objeto de subrogación en el mes diciembre de 2013, y a fecha 31-12-2015 la nueva empresa ya tiene una plantilla de 619 trabajadores, de los cuales 455 son fijos, en número muy superior por lo tanto a los subrogados con tal carácter apenas un año antes*”.

No obstante, el elemento más reseñable fue, probablemente, su capacidad de facturar de manera autónoma como negocio, su potencial para prestar servicios desde el primer minuto, lo que se plasmó tanto en la “*velocidad de crucero*” en la facturación del negocio transmitido en diciembre de 2013, puesto que “*(...) en fecha 31-1-2014 ya había tenido ingresos superiores a 14 millones de euros, y al término de esa anualidad el resultado de explotación supera los 63 millones, siendo que en 2015 presenta un EBIDTA de 160 millones de euros, con beneficio neto de 23 millones*”. Y, adicionalmente, era claro que se trataba de un negocio, porque consiguió adjudicarse importantes contratos como licitadora, porque aquello transmitido “*(...) no se limita a la gestión de los créditos impagados del grupo [bancario cedente], sino que suscribe contratos con otras entidades ajenas al mismo para prestar ese mismo tipo de servicios, e incluso resulta adjudicataria del concurso promovido por la SAREB que afecta a una cartera de 44.000 inmuebles y préstamos por 14.000 millones de euros*”. Se concluye, por tanto, que “*(...) la magnitud de estas cifras es claramente reveladora de la importancia económica, autonomía y sustantividad de la que goza esa parte del negocio, organizada como una unidad productiva diferenciada y susceptible de poder disgregarse de las empresas a las que anteriormente pertenecía*”.

No enerva esta solución, por cierto, el hecho de que algún personal directivo contara con la posibilidad de volver a la entidad bancaria (cartas de retorno). Sobre este particular, ha razonado el TS que “(...) tampoco es óbice el que a algún mando directivo de la entidad subrogada se le hubieren reconocidos ciertas garantías para retornar [a la entidad financiera cedente], lo que tampoco desdice la realidad de la existencia de una infraestructura organizada como unidad productiva autónoma sobre la que puede operar la sucesión en términos del art. 44 ET. “Distinto sería de haberse extendido esa decisión a la mayor parte de la plantilla asignada a ese departamento, lo que podría abonar el desmantelamiento de esa estructura organizada y apuntar a la aislada transmisión de elementos patrimoniales, lo que no es el caso” (STS 8-6-2016, rec.224/2015)”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo también analizó la aplicación de la doctrina *Amatori* en el caso PRISA, en el que se transmitieron las actividades financieras, de gestión y de administración de cada una de las empresas del Grupo Prisa Radio, así como los bienes materiales y los trabajadores que prestaban servicios en dichas áreas. En este caso, analizado en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 19/2019, de 10 enero de 2019 (RJ 2019, 518), el sindicato demandante en conflicto colectivo aducía un quebranto del artículo 44 ET al entender que no se había transmitido una entidad económica organizada y funcionalmente conectada entre toda ella, bajo una organización común, sino que se trataba de una pluralidad de actividades, sin que entre ellas exista una estructura organizativa común ni un funcionamiento conectado inexorablemente entre todas ellas. Señala que la sentencia no ha identificado esta unidad productiva autónoma como elemento objetivo esencial, sino que ha constatado que, en virtud de diversas aportaciones de trabajadores y de algunos medios patrimoniales irrelevantes, como mesas, sillas, etc., desde Prisa Radio a PGS se va a configurar en PGS una nueva unidad de negocio para todo el grupo mercantil, de conformidad con el contenido del informe pericial, con ahorros de costes económicos y con medidas laborales de salida o extinción.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluye en este caso que sí aconteció sucesión de empresa por concurrir el conjunto de elementos requerido a tal efecto por el TJUE y por la propia doctrina del TS. Así, (i) se produce una transmisión por PRISA Radio y por el resto de las empresas del grupo a través de un contrato de compraventa y por un precio global de más de 250.000 euros; (ii) se transmiten “(...) una serie de servicios, que venían realizándose descentralizadamente en cada una de las empresas del Grupo -recursos humanos (selección de personal, planificación de la selección, captación de candidatos, formación...), control de gestión (presupuestación y planificación estratégica, cuenta de resultados financiera y analítica...) funciones de administración y finanzas/tráfico (gestión de maestro de proveedores SAP, creación/modificación de datos maestros de proveedores, recepción de facturas...)”; (iii) se transmiten elementos materiales (mesas, sillas, cajoneras, archivadores) e inmateriales (contratos sobre proyecto formativo en prácticas, contrato de puesta a disposición, contrato de servicios administrativos); (iv) los elementos personales —trabajadores que venían prestando su actividad en los servicios transferidos, teniendo la cesionaria aproximadamente trescientos trabajadores, de los cuales el 50 % provienen de Prisa Radio—, así como los “elementos personales dotados de una organización ya que se han transferido los trabajadores que ocupaban puestos de jefatura en dichos servicios”, al margen de que se considera que la actividad descansaba “fundamentalmente en la mano de obra” —actividades de gestión, recursos humanos y administración—. Por todo ello, se considera existente la sucesión de empresa y de una unidad productiva que preexistía.

16. CONCLUSIÓN

La evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión ya propició la necesidad de que la jurisprudencia clásica tuviera que acomodarse a los cambios experimentados por la concepción de lo que debe entenderse por un negocio a transmitir. De este modo, se migró de la idea de que la empresa se basaba en los activos tangibles (propia de la sociedad industrial) al evolucionado concepto de que un negocio de la sociedad posindustrial, más centrado en la prestación de servicios, puede asentarse de manera esencial en las personas que lo llevan a cabo, de modo que si se transmite una parte relevante de esas personas en términos de número y competencias, se transmite el negocio (doctrina del TJUE en los asuntos *Süzen* y, previamente, *Schmidt*).

El siguiente paso en este proceso es el de bascular de la sociedad posindustrial a la empresa ingravida, en la que el negocio progresa hasta basarse en algo todavía más etéreo que la prestación de servicios basada en el factor humano, pues entra ahora en juego la tecnología y la inmaterialidad como piedra angular del negocio. Observándose esa clara transición que, en determinadas actividades, ya revela que aquello intangible y tecnológico es la base del negocio, será preciso concluir que la jurisprudencia deberá realizar el siguiente paso en su actualización e ir adaptándose a esa nueva realidad. Así lo ha apuntado claramente, el TJUE, en las doctrinas recientes en las que se señala que una actividad puede descansar esencialmente en la clientela (doctrina *Dodic*) o que la falta de transmisión de los activos tangibles obsoletos cuando la actividad requiere de elementos materiales importantes, no enerva la sucesión de empresa (doctrina *Grafe/Pohle*). Los pronunciamientos judiciales españoles también se han hecho eco de la relevancia de los elementos inmateriales y cómo tienen la virtualidad de poner patas arriba las instituciones clásicas del derecho del trabajo, como se advirtió en la doctrina del Tribunal Supremo en el caso *Glovo*⁴⁰³ y se advierte muy recientemente en el caso *Amazon Flex*⁴⁰⁴, ambos centrados en la idea de que la puesta a disposición de una aplicación y algoritmos insertos en ella son capaces de revelar la existencia de dependencia y ajenidad en los frutos y en los bienes, de modo que es preciso categorizar a los raiders o repartidores de paquetería como personal laboral. Las propias acciones legislativas (como la nueva Ley 28/2022 conocida como Ley de Start-ups⁴⁰⁵ se orientan en la misma línea e incluso aluden al concepto de “empresa de base tecnológica”.

El contexto económico, social y jurídico y la propia evolución fáctica de aquello que hoy entendemos por negocio, conduce a pensar que esto último puede ser algo distinto y que emplea otros componentes diferenciados de lo que veníamos conociendo hasta la fecha. Este cambio de mentalidad obliga, a nuestro entender, a alcanzar una primera conclusión acerca de la sucesión de empresa legal: es necesaria la introducción de nuevos criterios interpretativos que analicen la empresa objeto de transmisión desde esta nueva perspectiva en la que aquello intangible e inmaterial, puede ser lo preponderante, de modo que, si por sí mismo es esencialmente capaz de generar bienes y servicios, su transmisión, puede desencadenar la existencia de sucesión de empresa, o bien, su aportación por parte de la cesionaria, la puede enervar. Esto último, se ha demostrado en los supuestos de agencias de viajes

⁴⁰³ Sentencia 805/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020.

⁴⁰⁴ La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023, aplica la doctrina *Glovo* y sigue la línea de enseñar que esa misma importancia de una app y unos algoritmos para determinar la existencia de una relación laboral, puede extrapolarse en el plano de la transmisión de empresas, precisamente para concluir que se ha transmitido el activo (en este caso inmaterial) esencial que encierra el negocio.

⁴⁰⁵ Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento de las empresas emergentes.

en los que pese a la transmisión de oficinas y personal, se demuestra que la actividad no puede realizarse sin licencias, tecnología, producto y crédito del proveedor⁴⁰⁶.

La segunda conclusión que se alcanza reside en recordar que ese análisis sobre la existencia de sucesión de empresa se compondrá, evidentemente de dos fases. En primer lugar, se deberá determinar sobre qué activos esenciales descansa la industria (tradicionalmente, elementos patrimoniales vs. factor humano y, a partir de ahora, debiere contemplarse que la industria pueda descansar en el factor tecnológico o inmaterial). Por tanto, esa primera parte del análisis requiere de una tercerización en la que ya no solo estamos ante la dicotomía elementos materiales contra elementos personales. Se añaden también ahora los intangibles, inmateriales y tecnológicos. En segundo lugar, ello no descarta el imprescindible análisis del conjunto de elementos que debe realizarse caso por caso al que tradicionalmente alude el TJUE desde la doctrina *Spijkers*⁴⁰⁷ y que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y la jurisdicción social al completo asumieron hace mucho como propio⁴⁰⁸). La novedad se encuentra en que, en el seno de ese análisis del conjunto de elementos, aunque se concluya previamente que la actividad no descansa esencialmente en la tecnología, su concurrencia en la transmisión puede contribuir a la declaración de sucesión de empresa. Es decir, cuando la actividad no descansa esencialmente en aquello inmaterial, su transmisión, sumada a otros signos que pueden aparecer (transmisión de materiales, falta de interrupción del servicio, analogía de las actividades, transmisión de empleados, o transmisión de clientela, etc.) puede facilitar la activación de la maquinaria subrogatoria por concurrencia de la sucesión legal de empresa⁴⁰⁹. Esto ya venía siendo así en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo, al valorar que no existía sucesión en la plantilla por no ser actividad que descansara esencialmente en la mano de obra, si bien, a su vez se tenía en cuenta la transmisión de parte de los empleados.

La tercera conclusión que se alcanza pivota sobre los dos últimos pronunciamientos del TJUE que consideramos más relevantes en materia de determinación de sucesión de empresa, y que marcan la línea clara de tendencia sobre esta figura, que va a ir asumiéndose paulatinamente por nuestra jurisdicción social. Se trata de dos ejes doctrinales esenciales. Por una parte, la doctrina *Dodic* (sobre la transmisión de clientela y elementos inmateriales) y, por otra, la doctrina *Grafe/Pohle* (sobre la irrelevancia de la falta de transmisión de medios materiales obsoletos).

A la doctrina *Dodic* se le ha llamado la doctrina de la “sucesión sin sucesión”, la que puede contestar afirmativamente a la pregunta de si “¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”⁴¹⁰. Debemos concluir que es un pronunciamiento crucial y que marca tendencia, porque muestra la vanguardia del camino actual de la jurisprudencia y, de hecho, nos atreveríamos a decir que podría

⁴⁰⁶ Apartado 10.3.

⁴⁰⁷ STJUE de 18 de marzo de 1986, asunto C-24/85, *Spijkers*.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 2997) y de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 106) entre muchas otras.

⁴⁰⁹ La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de noviembre de 2021, acoge la doctrina *Dodic* y destaca ese doble papel de la clientela o del activo inmaterial para determinar la sucesión de empresa (por un lado, en el seno del conjunto de signos o elementos, analizado conjuntamente con la transmisión de plantilla, tangibles, interrupción o analogía de la actividad y, por otro, por su potencia y peso específico que puede ser suficiente para desencadenar la sucesión).

⁴¹⁰ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *op. cit.*

constituir un hito similar al que un día supuso la doctrina *Süzen* para la sucesión de plantillas al adecuar el concepto de empresa transmisible al contexto de la sociedad posindustrial prestadora de servicios. *Dodic* tiene potencialidad para suponer la misma revolución pero aplicada a la empresa ingravida en los albores de la cuarta revolución industrial en el que el modelo de empresa puede asentarse sobre la inmaterialidad y, dentro de esta, está también, por supuesto, la clientela (que era el activo esencial en la transmisión de carteras masiva que se producía en *Dodic*). Aunque en ese caso se refiriese muy principalmente a la clientela (junto con instrumentos financieros y demás activos de los clientes que gestionaba, la contabilidad de títulos inmateriales de sus clientes y resto de servicios de inversión), el supuesto es relevante porque revela que el análisis de las situaciones de sucesión de empresa se va a centrar, cada vez más, en el tipo de medios inmateriales y su importancia para la continuidad del negocio. En ese marco, como se expone en el apartado 11.4, van proliferando los pronunciamientos en los que ya se empieza a aplicar la doctrina *Dodic*, tanto confirmando la transmisión de clientela⁴¹¹, como su inexistencia⁴¹².

Por otra parte, los cambios y modulaciones a los que se somete el concepto de empresa como objeto de transmisión, también tienen incidencia en actividades materializadas, en concreto, algo está cambiando en aquellas actividades fuertemente materializadas, en las que se atisba un inicio de cierta revolución en la jurisprudencia. Así, la doctrina *Grafe/Pohle* va a forjar el criterio de que, aunque una actividad se encuentre basada en la materialidad, si esos activos tangibles se encuentran obsoletos, y, por tanto, existen obstáculos legales, medioambientales, jurídicos o técnicos relevantes para que sean adquiridos por la cesionaria, su falta de transmisión podría implicar que, en realidad, no tienen un valor económico decisivo y, por tanto, no enerva la existencia de sucesión de empresa.

El TJUE va a apartarse de su anterior doctrina (STJUE *Liikenne*), y lo va a hacer basándose en dos argumentos esenciales: (i) el conjunto de elementos que configuran la sucesión de empresa debe analizarse “no aisladamente”, sino considerando todos los elementos concurrentes y el distinto peso específico de cada uno de ellos; y (ii) la obsolescencia de los medios por “imperativos externos” sobre los elementos materiales (en este caso, los autobuses) puede provocar que su falta de transmisión no enerve la sucesión de empresa, porque los autobuses “no son el único factor determinante de una transmisión de empresa cuya actividad consiste en el transporte de autobús” (apartado 30).

Por supuesto, la necesidad de realizar el análisis del “conjunto de elementos” y de apreciarlos globalmente siempre ha resultado importante para determinar si existe sucesión de empresa, pero esta sentencia muestra que esa valoración conjunta puede llegar al extremo de justificar que existe sucesión cuando un elemento clásicamente considerado como esencial, como es la transmisión de los elementos materiales en una contrata de autobuses que tiene componente tangible relevante, no se transmite y, en cambio, sí concurren otros requisitos (analogía de la actividad, falta de interrupción, contratación de personal —aunque la actividad no descansa esencialmente en mano de obra— y transmisión de clientela —líneas y pasajeros—).

Respecto de la obsolescencia de los medios, la STJUE *Grafe/Pohle* es muy relevante porque introduce la idea de que, en esa valoración conjunta de medios, es posible que en una actividad claramente

⁴¹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de enero de 2021 y de 8 de septiembre de 2020 o Andalucía de 18 de noviembre de 2021.

⁴¹² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2021 o Galicia de 6 de marzo de 2018.

necesitada de medios materiales (autobuses), cuando esos medios no se transmitan porque se encuentran obsoletos, porque haya requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, pueda existir sucesión de empresa si otra serie de elementos concurren (como la transmisión de los empleados, de la clientela, la analogía de la actividad y la falta de interrupción).

Por tanto, debe concluirse que la idea de la obsolescencia de los medios podría llegar a suponer la viga maestra de una nueva doctrina judicial que matizara el valor de los elementos materiales en este tipo de casos, pues el hecho de estar obsoletos implica de algún modo que no carecen de valor económico. Así las cosas, la interpretación judicial en los casos de actividades fuertemente materializadas, debería incorporar un nuevo elemento al análisis en caso de que no se transmitan esos medios materiales. En concreto, en el análisis de la falta de transmisión de medios, se debiere incorporar un nuevo filtro acerca de si la falta de transmisión se produce por la obsolescencia impuesta externamente (el obstáculo legal, técnico o medioambiental impuesto por el poder adjudicador) o no, que va a ser uno de los puntos claves en la nueva doctrina en construcción —la Sala Cuarta lo denomina *premisa fundamental* de esta doctrina— y que debe llevar a la conclusión que la falta de elementos materiales transmitidos “*carece de cualquier valor económico*”.

La cuestión no es baladí y va a jugar un papel notorio en un futuro en que la sostenibilidad aparece como un valor a proteger y claramente en alza, que afecta también al derecho del trabajo. Y ello, sin duda, cuando se trate de la adquisición de actividades materializadas con activos obsoletos. Ahora se abre la puerta a que el rechazo a la adquisición de esos elementos materiales antiguos no impida la sucesión de empresa cuando el resto de signos del análisis apunten a su existencia (pese a la falta de transmisión de tangibles obsoletos, se transmiten empleados, clientela, inmateriales, licencias, se produce la misma actividad y sin interrupción). Hay que analizarlo con toda prudencia y caso por caso, pero puede concluirse que, en esos contextos, la falta de transmisión de elementos tangibles no eficientes en su consumo energético, basados en fuentes de energía contaminantes, que no cumplan normativas de distinta índole (incluyendo de acceso a personas discapacitadas) y que impliquen la necesidad de que sea el cesionario quien adquiera unos medios materiales nuevos y adaptados, no impiden la existencia de sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, cuando el resto de elementos apuntan a su existencia.

CAPÍTULO IV: SUCESIÓN CONVENCIONAL Y OTRAS FORMAS DE SUCESIÓN DE EMPRESA

“Frente a lo que suele imaginar el progresismo ingenuo no siempre la sucesión es la solución más favorable a los trabajadores”⁴¹³

1. SUCESIÓN CONVENCIONAL

La empresa objeto de transmisión evolucionada del siglo XXI sigue siendo susceptible de verse afectada por las distintas fuentes de sucesión de empresa (la legal clásica, la sucesión de plantillas, la sucesión convencional y la sucesión por pliegos cuando se trata de entidades privadas). Algunas de estas fuentes han tenido cambios verdaderamente significativos en su régimen jurídico en los últimos años, precisamente como consecuencia de su alineación con las nuevas formas empresariales. En concreto, la empresa objeto de transmisión de la sociedad posindustrial, la prestadora de servicios, se podía sustentar en la plantilla, lo que conllevó al alumbramiento de la doctrina de la sucesión en la plantilla antes explicada. Ahora, el siguiente paso en esa evolución ha provocado una modificación en la propia fuente de la sucesión convencional. Como se explicará, anteriormente los efectos de la sucesión convencional quedaban estrictamente limitados a lo dispuesto en el convenio (por ejemplo, configurar la unidad solo con un 90 % de los empleados, subrogar solo a empleados que lleven al menos cuatro meses empleados), pero a partir de la nueva doctrina *Somoza*, la sucesión convencional de efectos limitados podrá alcanzar la consideración de sucesión legal de empresas por la vía de la sucesión de plantilla, cuando se asuma parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias, independientemente de que esa asunción se produzca por efecto del cumplimiento del convenio colectivo por la cesionaria y eso conllevará que sus efectos sean plenos, completos, todos los asociados a una sucesión legal de empresa. Por tanto, podría decirse que la evolución de la empresa como objeto de transmisión llega al punto de redefinir el propio contorno de las fuentes de la sucesión de empresa, convirtiendo a la sucesión convencional, limitada, en sucesión legal plena, por la vía de la aplicación de la sucesión en la plantilla.

Por tanto, esos cambios significativos en las fuentes de la sucesión han sido de profundo calado en los últimos años. Es claramente el caso de la sucesión de empresa convencional (como consecuencia de la doctrina *Somoza* que aquí se expondrá), pero también de la sucesión *ex pliegos* (que experimenta un cambio esencial desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (“**LCSP**”))⁴¹⁴. En el presente capítulo

⁴¹³ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 251. Como se expondrá en este capítulo, el “efecto perverso” de la doctrina de la sucesión en la plantilla, fruto de la evolución del concepto de empresa como objeto transmisión, más basado en el factor humano, nos revisita de nuevo con la muy relevante doctrina del TJUE *Somoza Hermo*. Comoquiera que la antigua subrogación convencional puede ahora tornarse en una sucesión legal, por efecto de la sucesión de plantillas, esto podría llegar a desincentivar la inclusión de cláusulas de subrogación convencional en la negociación colectiva, de ahí que la afirmación de DESDENTADO BONETE recupere su plena vigencia en la actualidad.

⁴¹⁴ Aunque, con carácter general, el fenómeno de las remunicipalizaciones y la sucesión de empresa en el ámbito público se han excluido del alcance de este trabajo, para explicar las distintas fuentes de la sucesión de empresa (y, en concreto, de la subrogación *ex pliegos*), es preciso hacer alusión a los cambios experimentados desde la nueva LCSP. Igualmente, las dificultades de aplicación de la subrogación convencional desde la perspectiva del convenio colectivo aplicable a la nueva adjudicataria o entidad principal requieren de una alusión en este punto (que, especialmente, afectan a las Administraciones,

se analizan esos cambios en el contexto del nuevo concepto de empresa como objeto transmisivo, se estudian algunos de los problemas identificados en la práctica y se explican las soluciones halladas.

1.1 CONCEPTO DE LA SUCESIÓN CONVENCIONAL

La doctrina científica ya vaticinaba a finales de los años ochenta que los cambios de los que estaba siendo objeto la empresa, como objeto de transmisión, iban a implicar nuevas necesidades de protección para los trabajadores, con clara referencia a la descentralización productiva —“*estrategias descentralizadoras*”—. La progresiva transición de la sociedad industrial a la sociedad de servicios, como se ha expuesto en los capítulos 1 y 2, abonó el terreno para la evolución de la gran empresa unitaria a las redes de empresas y, muy señaladamente, en ese marco se generan numerosas situaciones problemáticas anudadas a los cambios de adjudicataria de las empresas contratistas. En concreto, la doctrina científica sostenía que “(...) *los nuevos sistemas de organización de las estructuras empresariales, tendientes a mejorar la productividad y lograr una mayor claridad de los beneficios dentro de aquellos, los que se refieren a estrategias descentralizadores, han planteado nuevos problemas en la tutela de los trabajadores (...)*”⁴¹⁵.

Esos “*nuevos problemas en la tutela de los trabajadores*” eran resueltos, por aquel entonces, por “*determinadas ordenanzas laborales*” y “*algunos convenios colectivos*”. En términos similares, también señalaba la doctrina que “*es posible que ciertas normas sectoriales incluyan una regulación protectora de la estabilidad en el empleo para estos casos, estableciendo la subrogación en supuestos en los que no hay propiamente transmisión de empresa*”⁴¹⁶, y citaba en este punto el artículo 59 de la Ordenanza de Recaudaciones de Impuestos y Exacciones Municipales y demás no Estatales, de 7 de febrero de 1975.

En este marco, una vez más, atendiendo a la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión y de fenómenos como la subcontratación de servicios de la empresa principal en favor de empresas adjudicatarias que se suceden unas a otras, surgió la necesidad de la figura de la subrogación convencional, que pasaría a atender esos supuestos de cambio de adjudicataria en la prestadora de servicio cuando se está huérfano de la aplicación de la sucesión de empresa legal del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 (en esencia, porque no se produzca una transmisión de un negocio, de los elementos materiales, inmateriales y personales que lo conforman). La sucesión convencional —también conocida como sucesión de contratas— es una institución ya muy asentada en nuestro ordenamiento, proveniente ya a estas alturas de la negociación colectiva y que “*desde hace años, con el fin de favorecer la continuidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, algunos convenios colectivos —significativamente los sectoriales— han previsto que, en los supuestos de sucesión de contratas, el nuevo empresario deberá hacerse cargo de los trabajadores que la empresa cedente destinaba al desarrollo de la correspondiente contrata*”⁴¹⁷.

incluyendo ayuntamientos o sociedades mercantiles de capital público). Un análisis actualizado de las distintas fuentes de sucesión de empresa no puede obviar estos apartados, independientemente de que este trabajo esté centrado en la sucesión de empresa desde la perspectiva del derecho privado y no tanto desde la perspectiva pública.

⁴¹⁵ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del trabajo*, op. cit., págs. 113 y 114.

⁴¹⁶ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, op. cit., pág. 122.

⁴¹⁷ SERRANO GARCÍA, María José: “¿Puede entenderse como transmisión de empresa la mera sucesión de contratas?”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 183.

En efecto, la subrogación convencional o ex convenio se produce cuando el convenio colectivo aplicable a la cedente (anterior adjudicataria o saliente) y a la cesionaria (nueva adjudicataria o entrante) impone a esta última la obligación de subrogarse en los empleados adscritos a la contrata. Esta obligación se activará si se cumplen los presupuestos de aplicación y requisitos del convenio, y si la empresa cesionaria está afectada por su ámbito de aplicación. Tradicionalmente, y hasta la doctrina Somoza, se producía esta obligación en los términos limitados que marcara el convenio colectivo.

Esta figura está pensada para garantizar la subrogación a los empleados cuando no va a existir (o es muy dudoso que vaya a existir) una sucesión de empresas del artículo 44 ET (por ejemplo, porque no se vayan a transmitir elementos relevantes entre la anterior y la nueva adjudicataria, es decir, porque no se transmita la “industria”, los bienes materiales o inmateriales o personales que la configuran). Se ha dicho que “*su función es evitar que la continuidad de los contratos quede al albur de la voluntad del nuevo contratista, imponiéndole el peso de subrogar a todos o parte de los empleados utilizados por el anterior titular de la contrata, de modo que se favorece con ello la estabilidad en el empleo, el aseguramiento de sus condiciones laborales y la protección frente a la rotación y precariedad inherente a la prestación de servicios laborales en contratas y subcontratas*”⁴¹⁸.

Tradicionalmente, la subrogación convencional se ha contemplado para actividades desmaterializadas en las que el factor humano era el elemento esencial de la actividad. Se trata de una segunda red de seguridad (distinta al artículo 44 ET y a la Directiva 2001/23 CE, por debajo de esta) y que se activa, en los sectores en el que así lo ha contemplado la negociación colectiva, para otorgar protección a los trabajadores. Y, en la medida en que nace del convenio colectivo, se trata también de una obligación de subrogación nacida de una fuente distinta del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, salvo cuando, por cumplimiento de ese convenio colectivo, se asuma parte esencial —en términos de número y competencias— de los empleados de la cedente y se incurra en el supuesto de hecho de la transmisión de plantillas.

Este tipo de obligación de subrogación juega un papel especialmente relevante en los cambios de adjudicataria de empresas contratistas. La doctrina ha definido la sucesión convencional del siguiente modo: “*En determinados sectores productivos en los que es habitual la prestación de servicios en régimen de contratas —tales como limpieza de edificios y locales, empresas de seguridad, hostelería, asistencia domiciliaria...—, los convenios colectivos incorporan con frecuencia cláusulas de subrogación conforme a las cuales el nuevo contratista asume la obligación de subrogarse como empleador de los trabajadores que prestan servicios en la contrata. Se trata, en estos casos, de una subrogación convencional y no legal, a la que se aplican, por tanto, las condiciones y los efectos previstos en el propio convenio colectivo y no los establecidos en el artículo 44 ET*”.⁴¹⁹ Esto último ha sido así hasta la irrupción de la doctrina Somoza que se comenta más adelante.

Una de las situaciones paradigmáticas que pretende proteger la sucesión convencional es la continuación de las relaciones laborales de los empleados de las distintas empresas contratistas cuando se producen los cambios de adjudicataria en el servicio (sea en sucesiones de contratas de obras y servicios privadas o en sucesión de concesiones administrativas, incluyendo los casos en los que la anterior contratista

⁴¹⁸ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “El problema de las cláusulas subrogatorias”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (investigador principal); CERRUTI BUENDÍA, Daniel y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo (coords.): *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2022, pág. 244.

⁴¹⁹ MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 619.

reverte el servicio a la principal para, a continuación, adjudicarlo a una nueva contratista —las denominadas remunicipalizaciones—).

Para todos aquellos casos en los que el artículo 44 ET no se va a poder aplicar (por ejemplo, porque no exista una transmisión de elementos materiales o inmateriales significativos entre la anterior y la nueva adjudicataria), los convenios colectivos prevén, por tanto, una mejora del régimen estatutario a efectos de ofrecer esa protección y cubrir ese vacío al que no llega a cubrir el ET (si bien esa obligación de subrogación convencional se prevé que tenga un alcance limitado y se produce si se cumplen determinados requisitos y formalidades, como se ha expuesto, y con la relevante excepción de la doctrina Somoza).

La doctrina también ha recordado que *“la no transmisión de ese conjunto organizado empresarial es lo que normalmente ocurre en la sucesión de contratistas (...) razón por la que no se produce la sucesión de empresa establecida en el artículo 44 ET [con la salvedad de los supuestos que se ocasionan cuando se activa una sucesión de plantillas al cumplir el convenio colectivo, como dicta la doctrina Somoza]”*. Esa falta de transmisión de industria es, pues, la que genera la necesidad de la subrogación convencional que cubra ese espacio, *“de ahí que, precisamente por no producirse la subrogación «legal», la subrogación haya tratado de implantarse por otras vías, como [es] la negociación colectiva (...) estableciendo la subrogación en unos supuestos que quedaban —y siguen quedando, en los términos y matices que se expondrán— fuera de la protección del artículo 44 ET”*⁴²⁰. Así lo razonaba tanto la STS de 28 de julio de 2003 como la STS de 20 de octubre de 2004.

1.2 TIPO DE CONVENIO APTO PARA ESTABLECER SUCESIÓN CONVENCIONAL

Como regla general, no todos los convenios colectivos son hábiles para incluir la obligación de subrogación. Es preciso estar al rango y naturaleza del convenio, siendo el convenio sectorial estatal, de comunidad autónoma o provincial el que puede llevarlo a cabo.

1.2.1 Convenio de empresa

Como se ha mantenido en otros lugares, la materia de la subrogación convencional no puede incluirse en un convenio colectivo de empresa⁴²¹, con la excepción que a continuación se dirá. El convenio colectivo de empresa no puede imponer la obligación de subrogación a terceros, pues su ámbito de aplicación no puede afectar más allá del ámbito que le es propio, que es el de la empresa a la que se refiere el ámbito funcional del convenio. Por tanto, difícilmente puede afectar a personal de terceras empresas que no ha estado representado en la elaboración del convenio de empresa. El principio de correspondencia impide su aplicación a terceros extramuros del ámbito de aplicación del convenio, porque las partes que negociaron el convenio colectivo de empresa no tienen legitimación para pactar un convenio colectivo que afecte a terceros, ya que no han estado representados en el proceso de negociación. Por ello, el convenio no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas no incluidas en su ámbito de aplicación (por todas, STS de 28 de octubre de 1996). Esta cuestión, por cierto,

⁴²⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 11.ª edición, Valencia, 2021, pág. 655 y ss.

⁴²¹ MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 83.

se ha planteado en supuestos de reversión de contratos en las que se trataba de aplicar el convenio colectivo de la última concesionaria a la Administración o ente público principal que la asume⁴²².

Por tanto, es claro que, con carácter general, la subrogación convencional no puede incluirse en un convenio colectivo de empresa. En este sentido, como ha recordado la doctrina, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7797) lo manifestó expresamente: *“El convenio colectivo que «imponga» la subrogación tiene que ser sectorial y no puede ser un convenio colectivo de empresa”*. Lógicamente, como decimos, por su propio ámbito de aplicación no podría imponerse a la nueva adjudicataria, fuera de su alcance, pues el principio de correspondencia lo va a impedir⁴²³. Otro sector de la doctrina señala, a este respecto, que *“(…) la doctrina más cualificada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, ha venido declarando que el convenio colectivo ha de ser sectorial, puesto que el de empresa superaría su propio ámbito de aplicación (por todas, SSTs de 12 de febrero de 2013 y de 19 de septiembre de 2012)”*⁴²⁴.

Se ha recordado, para sostener este criterio, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha partido de la premisa de que *“(…) los negociadores gozan de libertad para fijar el ámbito de aplicación y el contenido del convenio con sujeción a la unidad de negociación y a la representatividad de las partes negociadoras, y establecer la regla, a veces implícita [con cita de las SSTs de 8 de julio de 1987 —RJ 1987, 5111—, 9 de mayo de 1990 —RJ 1990, 2069— y 9 de febrero de 1998 —RJ 1998, 1644—] y otras explícita [STS 28 de octubre de 1996 —RJ 1996, 7797—], de que los convenios no pueden contener ni cláusulas obligacionales dirigidas a quienes no fueron partes en la negociación ni cláusulas normativas que impongan condiciones de trabajo a empresas no integradas en el ámbito aplicativo del convenio (...), descartándose que el convenio de empresa sea instrumento negociado válido para incluir este tipo de cláusulas por cuanto sería atribuir eficacia a una cláusula convencional respecto de un sujeto, el empresario que asume la actividad, que no ha participado en el proceso de negociación y, además, supondría imponerle una cláusula de un convenio en el que no resulta integrado”*⁴²⁵.

Por otra parte, la subrogación en el personal no se encuentra entre las materias sobre las que el artículo 84.2 del ET establece la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, por lo que los convenios colectivos de empresa claramente no pueden contrariar lo que establecen los convenios colectivos de ámbitos superiores en esta materia. Esta es una razón adicional para concluir que el convenio de empresa no va a poder tener eficacia para vincular a terceras partes fuera de su ámbito de aplicación (que es la empresa) y que trascienda más allá de la legitimación de las partes que lo negociaron, salvo que lo que contenga sea una remisión a *“un convenio sectorial que sí la [contemple] (...) en tanto que se remite a un convenio estatal que (...) sí es aplicable a la empresa cedente y a la empresa entrante en la prestación de la actividad [STS 17 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11069)]”*⁴²⁶. No obstante, no se trata de una verdadera excepción, pues no sería aquí el convenio colectivo de empresa el que impondría la

⁴²² GOERLICH, José María, NORES TORRES, Luis Enrique: “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesionarios administrativos: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Relaciones Laborales*, 42, págs. 104-113.

⁴²³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 615.

⁴²⁴ IGLESIAS CABRERO, Manuel: *Sucesión de empresas paso a paso. Guía práctica sobre sucesión de empresas en el ámbito laboral*, COLEX, 2019, pág. 20 y ss.

⁴²⁵ GIL PLANA, Juan: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, op. cit., pág. 215 y ss.

⁴²⁶ *Idem*, pág. 216.

subrogación convencional, sino el convenio sectorial negociado con legitimidad para vincular a cedente y cesionaria, cubiertas por el ámbito de aplicación de este último. Sobre esta cuestión, la STS de 18 de octubre de 2022 ha señalado que *“ni siquiera cabe que el convenio de empresa establezca dicha norma [subrogatoria] por remisión al convenio del sector ya que el aplicable a las empresas del sector que no son las del convenio de empresa es el convenio sectorial y no el convenio de una empresa ajena a aquella a la que pretende imponer determinadas obligaciones”*, lo que la doctrina ha recordado como un claro ejemplo de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo *“cierra la puerta, una vez más, a que los convenios de empresa establezcan, directamente o por remisión, cláusulas de subrogación convencional”*⁴²⁷.

Expuesto lo anterior, parece que —si bien se piensa— podría haber algún otro supuesto en el que el convenio de empresa (sin excederse de su ámbito de aplicación) previera algún tipo de obligación en este sentido. Por ejemplo, que la empresa que negocia el convenio colectivo se obligara a futuro, para el caso de que sucediera a otra, a subrogarse en los trabajadores que mantenía aquella con los suyos. Es decir, una suerte de auto imposición futura a la empresa, en el convenio de empresa que contemplara que, en caso de concurrir a una contrata y suceder a otra contratista en el cambio de titularidad, se compromete a asumir a los empleados adscritos al servicio que se le acaba de adjudicar. Eso sí, los empleados de esa anterior contratista deberían estar conformes (porque, de nuevo, el convenio de empresa no puede afectar a terceros ajenos a su ámbito de aplicación y que no se han visto representados en la negociación del convenio). Este supuesto se lo ha planteado recientemente la doctrina⁴²⁸, y es de interés y a retener como una posible herramienta de negociación colectiva que podría cubrir algunas situaciones específicas en las que no hubiera convenio colectivo de sector que impusiera la subrogación y la transmisión de elementos materiales no fuera relevante en el cambio de adjudicataria, de modo que tampoco la sucesión de empresa clásica pudiera operar. Por tanto, es una herramienta de interés para actividades desmaterializadas, prestaciones de servicios en las que quizá el factor humano o los activos intangibles pudieran ser la clave y no fuera claro que su transmisión desencadenase la sucesión legal de empresa. Tal vez fuera esta una solución para dotar de mayor estabilidad en el empleo en esos supuestos, en ausencia de previsión por la negociación colectiva sectorial (en el sentido de que la negociación colectiva a nivel de empresa, de este tipo de sectores, promoviese cláusulas de compromisos futuros de subrogación en caso de que se concudiese a una contrata, de modo que la plantilla de la anterior adjudicataria pudiera plantear la obligación de subrogación). Por otra parte, se ha identificado también la posibilidad de introducir cláusulas de subrogación en convenios de empresa en el contexto de grupos de empresa, con el fin de garantizar su subrogación por otras empresas del grupo en supuestos de reordenación societaria y reorganizaciones empresariales tan típicos en las redes de empresa (como es el caso del Acuerdo Marco de Garantías del Grupo Endesa)⁴²⁹.

1.2.2 Acuerdo marco y el ejemplo de V ALEH

La subrogación convencional no puede activarse por cualquier tipo de convenio. El convenio colectivo de empresa no es el único caso de convenio al que no compete la obligación de subrogación. Algunos convenios, como los “acuerdos marco”, también son inhábiles para imponer de manera directa la

⁴²⁷ MERCADER UGUINA, Jesús: “¿Pueden incluir los Convenios de empresa cláusulas de subrogación convencional?”, *El Foro de Labos*, 17 de noviembre de 2022 Disponible online: <https://www.elforodelabos.es/2022/11/pueden-incluir-los-convenios-de-empresa-clausulas-de-subrogacion-convencional/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

⁴²⁸ *Idem*.

⁴²⁹ *Idem*.

subrogación (resumidamente, porque requieren “indefectiblemente” de subconvenios que inserten esta obligación, como ahora se expondrá). Por tanto, es preciso verificar ante qué tipo de convenio se está para poder determinar si puede contener obligación de subrogación o si, de contenerla, es directamente aplicable por contar con eficacia jurídica (o si requiere otro vehículo para que esto suceda), pues es posible que se esté aduciendo la obligación de subrogación convencional sobre la base de un convenio (como el acuerdo marco) que no puede imponerla —como se analiza en los supuestos relativos al V ALEH que se mencionan a continuación—. Y es que los acuerdos marco no tienen virtualidad para imponer la subrogación convencional y requieren de otros verdaderos convenios colectivos que la instrumenten. Nos explicamos:

El régimen jurídico de los acuerdos marco se encuentra en los artículos 83.2 y 3 del ET, en los que se precisa que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma “*podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito*”. Esto mismo puede pactarse por “*aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria*” en “*convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico*”. Además, dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente “*elaborar acuerdos sobre materias concretas*” que tendrán “*el tratamiento de esta ley para los convenios colectivos*”.

Pues bien, los acuerdos marco constituyen una suerte de “convenios de convenios” o “«supernormas» colectivas”, y conviene detenerse en analizar su naturaleza jurídica, porque juega un papel relevante para comprender su falta de eficacia jurídica directa sobre las relaciones laborales individuales (y, por tanto, su falta de vigor para poder obligar la aplicación de la subrogación convencional si no existe un convenio colectivo inferior al acuerdo marco). Estas normas no poseen eficacia directa e inmediata sobre las relaciones individuales de trabajo, sino que necesitan de un vehículo adicional (un convenio colectivo) para articular esa obligación. Requieren de un convenio colectivo distinto al acuerdo marco que reciba y despliegue las condiciones laborales previstas en él para que la subrogación convencional establecida en el acuerdo marco perfeccione su eficacia jurídica, y esto lo considera la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como un requisito “indefectible”. Por tanto, su eficacia jurídica se encuentra limitada a los convenios colectivos incluidos en su ámbito de aplicación, pero sus mandatos no producen efectos fuera de ellos.

Los acuerdos marco definidos en el artículo 83.2 y 3 del ET proyectan exclusivamente sus efectos sobre los ámbitos de negociación que articulan, sin que estos acuerdos marco posean eficacia directa e inmediata sobre las relaciones individuales de trabajo o, si se prefiere, su contenido regulador solo cobra vigor jurídico a través de los convenios colectivos sobre los que se proyecta, pero carece de esa fuerza jurídica aislado de ellos.

Es concluyente en este sentido la interpretación que de los acuerdos marco realiza la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1989 (RJ 8086, 1989), que explica que la normatividad o fuerza normativa de los acuerdos marco “*(...) es una normatividad dirigida a los negociadores situados en el ámbito del Acuerdo Marco y no una vinculatoriedad o fuerza normativa con operatividad automática sobre las relaciones individuales de trabajo comprendidas en dicho ámbito. El hecho de que se niegue a los agentes negociadores de los convenios más reducidos capacidad para la «negociación» de esta cláusula quiere decir que la inserción de las mismas es indefectible y ha de producirse en los mismos términos previstos en el Acuerdo Marco; si bien, como es lógico, tal inserción*

tiene lugar en un contexto negociador más reducido en el que la inserción o recepción de la cláusula predeterminada por el Acuerdo Marco podrá dar lugar, eventualmente, a unas u otras contrapartidas". También la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1991 RJ (6293, 1991) aplica y reitera esa misma doctrina y señala que el efecto normativo de los acuerdos marco "no es directo, siendo necesaria la inserción de (las) cláusulas en los convenios colectivos en su ámbito de aplicación".

Es claro que, para que estos acuerdos perfeccionen su eficacia jurídica deben ser incorporados por otros convenios colectivos incluidos en su espectro aplicativo. La recepción de las condiciones establecidas en los primeros resulta —insistimos— "indefectible" (SSTS 16 de junio y 16 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 4593 y 8086]) para que cobren plena efectividad y eficacia jurídica, debiendo efectuarse dicha recepción en los mismos términos que los establecidos en el convenio marco o, en todo caso, respetando su contenido esencial. Por tanto, los acuerdos marco necesitan de ese vehículo o de ese convenio colectivo que lo reciba e implemente para lograr su eficacia jurídica en los contratos de trabajo. Trasladada esta doctrina a la cuestión de la subrogación convencional, nos lleva a la conclusión de que si se incluye en el acuerdo marco, pero no en los subconvenios, esa obligación de subrogación convencional no se podrá aducir⁴³⁰.

Ejemplo de lo anterior sería el V Acuerdo Laboral Estatal de la Hostelería ("**V ALEH**"). Es un acuerdo marco, un convenio de convenios o "superconvenio". Contiene la subrogación convencional en el artículo 59 y subsiguientes, pero requiere de subconvenios que lo incorporen (en referencia a un genuino convenio colectivo sectorial estatal, de comunidad autónoma o provincial). En este caso, el V ALEH impone la subrogación convencional tan solo en el "subsector de colectividades", de modo que requiere al convenio colectivo sectorial estatal de restauración colectiva o colectividades (el "Convenio Colectivo de Restauración Colectiva")⁴³¹ para que incluya una remisión al V ALEH. De hecho, recuerda el artículo 10.3 del V ALEH que "los textos articulados de los convenios colectivos de ámbito inferior o específico no podrán en ningún caso reproducir literalmente los contenidos del presente Acuerdo cuando se trate de artículos o materias regulados en el mismo, debiendo limitarse los otorgantes de tales acuerdos a hacer, en su caso, remisión al mismo". Y el artículo 10.7 del V ALEH impide que se negocie en otro ámbito "la subrogación empresarial en el subsector de colectividades". Así ocurre exactamente en este

⁴³⁰ Conviene señalar que algún sector de la doctrina científica ha introducido algunas matizaciones para los supuestos de acuerdos de interés profesional del artículo 83.2 ET, aunque sea a modo de "banco de pruebas" y con la necesidad de enfrentarse a las "dudas sobre su eficacia directa o su necesidad de desarrollo". Así, se ha concluido que el Acuerdo sobre materias concretas para la mejora de la economía y el empleo de la Comunidad Valenciana 2021-2022 (conocido como AMCCV y publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 21 de mayo de 2021) "tiene carácter interprofesional y se impone sin necesidad de recepción posterior por un convenio colectivo ulterior de ámbito reducido, ni aceptación por las empresas adjudicatarias para las que es de obligado cumplimiento. De este modo, la subrogación tendrá carácter obligatorio para los trabajadores y empresas incluidos en su ámbito de aplicación, que viene referida a la contratación pública en el ámbito de la comunidad autónoma. La fuerza de obligar del convenio se proyecta sobre los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación". Véase, en ese sentido ESTEVE SEGARRA, Amparo: "El acuerdo de materias concretas de subrogación de trabajadores en las adjudicaciones de contratos públicos de la Comunidad Valenciana: reflexiones y problemas aplicativos", RVAP, núm. 123, mayo-agosto 2022, págs. 253 a 274. En todo caso este interesante y útil planteamiento para buscar soluciones a los problemas de subrogación en el marco del sector público parece ser un ejemplo bastante distinto a un auténtico acuerdo marco como el que constituye el V ALEH.

⁴³¹ Resolución de 26 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE de 14 de mayo de 2021).

caso, al incluirlo la disposición adicional cuarta del Convenio Colectivo de Restauración Colectiva y reproducirlo.

Cabe preguntarse aquí si puede aplicarse la subrogación convencional cuando estemos ante actividades distintas a las previstas en el ámbito de aplicación establecido en el artículo segundo del Convenio Colectivo de Restauración Colectiva (por ejemplo, el *catering* aéreo, o la hostelería tradicional que se presta en espacios destinados al transporte —aeropuertos, estaciones de autobuses, estaciones ferroviarias—, que son expresamente excluidas). La respuesta es claramente negativa. Si no están esas actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio que “indefectiblemente” tiene que transportar su contenido regulador, no es posible. Y ello, en tanto en cuanto el V ALEH, como acuerdo marco, no tiene eficacia jurídica directa sobre las empresas de *catering* aéreo ni sobre las de hostelería tradicional en espacios destinados al transporte. En efecto, la subrogación convencional regulada en el capítulo XII del V ALEH carece de autonomía normativa al margen de lo establecido en el Convenio Colectivo de Colectividades al que, además, expresamente se remite el V ALEH (que regula la subrogación convencional con el título “*subrogación empresarial en el subsector de colectividades*”), de modo que única y exclusivamente las actividades incluidas en el ámbito funcional del Convenio Colectivo de Colectividades quedarán afectadas por la regla subrogatoria.

Este debate sobre la posibilidad de aplicar de manera directa el V ALEH para activar la subrogación convencional a los trabajadores del *catering* aéreo se suscitó ya en el año 2020, como muestra la Sentencia 170/2020 del Juzgado de lo Social n.º 8 de Barcelona de 29 de julio de 2020, posteriormente confirmada por la importante Sentencia 2227/2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de abril de 2021 (recurso 383/2021)⁴³². Aunque el pleito se resuelve por cuestiones procesales y no acaba de entrar en el fondo del asunto, sus hechos probados reflejan el debate conexo con la aplicación directa del V ALEH a efectos subrogatorios a los empleados de *catering* aéreo ante un cambio de adjudicataria del servicio de *catering* que se prestaba en favor de una aerolínea en el aeropuerto de Barcelona.

Su fundamento de derecho tercero hace hincapié en la naturaleza de acuerdo marco del V ALEH, que, como tal, “*establece la estructura de la negociación colectiva del sector, procediendo a reservar materias al ámbito sectorial estatal, que no podrán ser negociadas ni objeto de regulación, en otros ámbitos o unidades de negociación*”.

Finalmente, el acuerdo marco no puede asumir una función de supletoriedad normativa u obligacional a falta de convenio colectivo. Es decir, en el ejemplo que se ha propuesto, el V ALEH necesita del Convenio de Restauración Colectiva para que la subrogación convencional despliegue efectos sobre los empleados. El hecho de que el Convenio de Restauración Colectiva excluya determinadas actividades, como el *catering* aéreo o los espacios destinados al transporte, no implica que los empleados pertenecientes a esas actividades puedan, supletoriamente, invocar la subrogación convencional directamente con base en el propio acuerdo marco (del V ALEH). Y ello porque pretender una suerte de supletoriedad —o, si se prefiere, considerar al acuerdo marco como un instrumento de cobertura de

⁴³² Un análisis detallado de ese caso puede encontrarse en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Inexistencia de subrogación convencional en el cambio de empresa adjudicataria del servicio de *catering* aéreo (comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de abril de 2021)”, *Anuario Laboral para abogados 2023*, Wolters Kluwer, en prensa.

vacíos convencionales— no es posible, como ha recordado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia de 16 de junio de 1989 (RL 1989, 4593) al señalar que la inexistencia de un convenio de ámbito inferior que desarrolle los dictados del acuerdo marco tampoco permite su aplicación automática, por cuanto “no corresponde a aquél asumir una función de supletoriedad normativa u obligacional a falta de Convenio colectivo que es, en cambio, al que por imperativo de los artículos 37 CE y 82 del Estatuto de los Trabajadores corresponde en exclusiva a la regulación autonómica de la relación laboral”.

1.3 INCIDENCIA DE LA ULTRAATIVIDAD Y LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

Como enseguida se verá, para poder aplicar la subrogación convencional, es preciso verificar si se cumplen los requisitos que marca el convenio colectivo para activar tal concurrencia jurídica. No obstante, existe un análisis previo que se debe realizar. Y ese análisis es el de cuál es el convenio colectivo aplicable a la actividad en cada caso y momento determinado, pues puede ocurrir perfectamente que el convenio colectivo sectorial estatal no prevea la obligación de subrogación (o la excluya para determinada actividad) y el convenio colectivo sectorial de la comunidad autónoma sí la prevea (o no excluya esa actividad en su ámbito de aplicación), encontrándonos en una contradicción previa a resolver y con una concurrencia de convenios. O también que, en ese escenario, el convenio sectorial estatal sea posterior en el tiempo, mientras el sectorial de comunidad autónoma sea anterior, pero se encuentre ultraactivo.

El debate puede estar centrado, en tales casos, en qué convenio colectivo es el aplicable (el sectorial estatal posterior en el tiempo, que no prevé subrogación, o el sectorial de comunidad autónoma anterior en el tiempo, que sí la establece). Por tanto, antes siquiera de ver si se cumplen los requisitos de aplicación de la obligación de subrogación, hay que llamar la atención acerca de que, en muchas ocasiones, es preciso desentrañar previamente cuál es el convenio colectivo aplicable. Un buen ejemplo de esto lo ha ofrecido el supuesto del cambio de adjudicataria en el *catering* aéreo al que nos venimos refiriendo.

En efecto, en el supuesto de cambios de adjudicataria de empresas prestadoras del servicio de *catering* aéreo, esta compleja situación se puso de manifiesto al producirse un conflicto existente entre el II Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (2019) publicado en BOE de 18 de junio de 2019 (el “**Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva**”), que excluye al *catering* aéreo de su ámbito de aplicación (por tanto, esta actividad no está cubierta por la obligación de subrogación convencional), y el Convenio colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña (DOGC de 9 de noviembre de 2015) (“**Convenio de Colectividades de Cataluña**”), que no excluye al *catering* aéreo de su ámbito de aplicación.

Basándose en esto último —el Convenio de Colectividades de Cataluña no excluye el *catering* aéreo en su ámbito de aplicación—, el comité de empresa de los trabajadores de la empresa adjudicataria del *catering* aéreo que se prestaba en favor de una aerolínea en el aeropuerto de Barcelona planteó que la nueva empresa adjudicataria debía subrogarse porque el Convenio de Colectividades de Cataluña no excluía la actividad de *catering* de su ámbito de aplicación, y lo hizo en el marco de un pleito de despido colectivo (la última adjudicataria realizó un despido colectivo al finalizar la contrata, si bien a su vez aducía

la aplicación directa del V ALEH y la obligación de subrogación convencional⁴³³, mientras que el comité de empresa adujo en la demanda de despido colectivo que debía aplicar la subrogación convencional por efecto del Convenio de Colectividades de Cataluña). Se argumentaba en concreto que debía aplicarse la subrogación convencional prevista en el Convenio de Colectividades de Cataluña en tanto en cuanto no se había firmado una nueva edición del mismo y la actual se encontraba ultraactiva. Por eso, el comité de empresa entendía en esa demanda de despido colectivo que, en la posible situación de concurrencia entre el Convenio de Colectividades de Cataluña y el Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva, sería el autonómico el que debiera resultar preferentemente aplicable, pues cuando se publicó el estatal ya se encontraba vigente el de Cataluña, y el mismo se habría mantenido en prórroga ultraactiva más allá de su ámbito inicial de vigencia.

Sin embargo, esta conclusión no sería correcta⁴³⁴ en la medida en que obviaba la actual composición de la estructura de la negociación colectiva que marca el Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva. Este convenio tiene naturaleza de acuerdo marco y, “*en desarrollo de los artículos 83 y 84 del ET*”, lo que realiza es estructurar la negociación colectiva del sector y lo dota de las reglas de concurrencia (artículo 9 del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva).

¿Y cómo lo hace? Pues estableciendo que “*será de aplicación a todo el territorio del Estado, con independencia de que se hallen o no cubiertos los ámbitos de negociación colectiva territorial en las comunidades autónomas*”. Lo que dispone, por tanto, es la vertebración de la estructura convencional del sector, y para ello establece un programa para sincronizar la vigencia del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva con el de aquellos convenios territoriales autonómicos preexistentes. Y esto lo puede hacer perfectamente porque esta facultad la ha confirmado la STS 269/2018 de 13 de marzo, que así lo ha interpretado. Así, su disposición adicional segunda establece que el Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva será “*prioritario y excluyente*”, y ello a partir de la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios colectivos de aplicación anteriores (en referencia a los convenios colectivos sectoriales de comunidad autónoma, incluyendo el Convenio de Colectividades de Cataluña). En concreto, se establece que se va a ir aplicando en cada territorio conforme se vaya produciendo la finalización de la vigencia inicial originaria de los convenios autonómicos anteriores (la vigencia prorrogada no impide, por tanto, la aplicación del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva). De este modo, el Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva irá entrando en vigor de manera progresiva, mientras, a su expiración, los autonómicos irán dejando de regular el ámbito de las colectividades y el convenio sectorial estatal irá deviniendo prioritario y excluyente a partir de esa entrada en vigor progresiva⁴³⁵. De hecho, su disposición final completa ese programa de racionalización

⁴³³ Ya se ha expuesto que este argumento no es viable jurídicamente (apartado 1.2.2).

⁴³⁴ De hecho, finalmente, se desiste de la demanda contra la nueva adjudicataria en Decreto núm. 23/2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de diciembre de 2021.

⁴³⁵ “*El presente acuerdo se suscribe al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 ET respecto del ámbito sectorial de colectividades descrito en el artículo 1 del presente Convenio. (...) se aplicará en cada territorio (y dentro de él en cada ámbito funcional) a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anteriores. Teniendo en cuenta, a tal efecto, la fecha de constitución de la mesa de negociación del presente Convenio. A partir de cada concreta entrada en vigor del presente convenio, los convenios que estuvieran aplicándose, dejarán de regular el ámbito de colectividades aunque no modifiquen la descripción de su ámbito funcional sectorial con denominaciones genéricas de hostelería o cualquier otra denominación similar comprensiva del presente ámbito funcional de los puestos de trabajo del sector de colectividades. En consecuencia, será prioritario y excluyente este convenio desde su entrada en vigor respecto de cualquier otro posible a excepción de lo recogido en el artículo 84.2 del ET; aplicándose el presente criterio junto con el de la pérdida de vigencia natural y la fecha de constitución de la mesa negociadora del presente convenio para la resolución de cualquier conflicto de concurrencia entre convenios de distintos ámbitos*”.

o sincronización, estableciendo su concreta coordinación con Cataluña en su disposición final segunda, en la que establece que “(...) respecto a los de hostelería o de colectividades, entrará en vigor cuando pierdan cada uno de ellos su vigencia inicial ordinaria, que a título enunciativo se detalla a continuación: (...) d) Territorios donde entrará en vigor el día 1/1/2018: Catalunya/Catalunya (...)”.

Este modelo transitorio o de sincronización de la vigencia del convenio sectorial estatal con los autonómicos en el que el Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva ha ido entrando en vigor progresivamente y apagando el resto de convenios autonómicos como si de velas se tratasen ha sido expresamente avalado por la STS 645/2019 de 19 de septiembre (recurso 76/2018). El “apagado” de los convenios colectivos autonómicos se ha producido en los momentos determinados por su disposición final segunda, como así ha ocurrido con el Convenio Colectivo el Convenio de Colectividades de Cataluña, que se apagó el 1 de enero de 2018, momento en que fue sustituido por el convenio estatal. Por estas razones, es incuestionable la preferencia aplicativa del Convenio Colectivo Sectorial Estatal de Restauración Colectiva sobre el Convenio colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña. Y, por tanto, es inviable sostener que exista subrogación convencional porque el Colectivo el Convenio de Colectividades de Cataluña no excluya expresamente el *catering* aéreo, como sí hace el Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva, que es el aplicable en el momento temporal del cambio de adjudicataria de la contrata, y al que hay que estar.

Adicionalmente, tampoco resultaría ajustado a derecho apelar a la ultraactividad del Convenio Colectivo el Convenio de Colectividades de Cataluña, para apuntalar la obligación de subrogación en el sector del *catering* aéreo en Cataluña. Y ello porque la Sala de lo Social del Tribunal Supremo lo ha declarado en diversas ocasiones, interpretando la disposición adicional segunda del Convenio Colectivo de Colectividades (STS 855/2018 de 24 de septiembre, recurso 173/2017), en la medida en que la disposición adicional segunda del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva es clara al afirmar que “*el mismo se aplicará a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anterior*”. Al apelar a la finalización de esa vigencia inicial del convenio, queda claro que el propósito de los negociadores del convenio estatal ha sido evitar la petrificación y dejar de ligo a aquellos convenios ultraactivos, que no se libran del apagón. Se mantendrán los convenios que no hayan agotado su ámbito temporal inicial de duración o “vigencia inicial ordinaria”. Al alcanzar esa fecha se cumplirá el límite de duración de ese convenio colectivo autonómico y entrará en vigor el estatal, que le apagará al autonómico.

Por otra parte, tampoco cabría salvaguardar la obligación de subrogación convencional a través de pactos que extendieran la vigencia más allá de la inicialmente pactada (como se intentó, por ejemplo, en Baleares). Se ha producido y analizado, igualmente, esta situación y se ha zanjado con la conclusión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de que son nulos los acuerdos que establezcan prórrogas adicionales que contradigan el régimen transitorio de la disposición adicional segunda y disposición final del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva, porque vulneran el 84.1 ET. Así lo ha sentado con claridad la STS de 13 de enero de 2021 (recurso 191/2019) en un supuesto en el que se intentó ampliar la vigencia temporal del Convenio Colectivo de Colectividades de Baleares. Conviene recordar que, en el caso de Cataluña, se intentó en términos similares una ampliación del ámbito temporal del Convenio de Colectividades de Cataluña, aunque fue declarada nula por dejar fuera

a una patronal legitimada para negociar. Así lo declaró la STSJ de Cataluña 18/2018, de 25 de mayo (recurso 2/2018), que luego confirmó la Sala Cuarta en STS 706/2020 de 23 de julio.

Por tanto, el régimen legal del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva y su funcionamiento ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. De todo lo anterior se concluye que las reglas del propio Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva (disposición adicional segunda y disposición final) deben aplicarse, y que este convenio tiene prioridad sobre el Convenio de Colectividades de Cataluña en la fecha en la que se produce el cambio de adjudicataria de empresa contratista (pues se produce más allá del 1 de enero de 2018). Por tanto, su ámbito de aplicación, en el que declaraba que el *catering* aéreo se encuentra excluido del convenio, debe imperar, pues ese es el convenio colectivo vigente para regular la subrogación convencional y no el Convenio de Colectividades de Cataluña, pues así lo dispone la disposición final del Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva al sincronizar la vigencia de este convenio sobre el autonómico a partir de 1 de enero de 2018.

En todo caso, este complejo supuesto convenía traerlo a colación para comprobar que, en el plano de la subrogación convencional, antes siquiera de plantearse su aplicación, es posible que haya que despejar otras importantes dudas jurídicas que puede plantear su régimen de ultraactividad o la posible concurrencia, debiéndose estar a las reglas de solución de conflictos de los convenios y a su interpretación por la jurisprudencia, como tuvo que realizarse en el caso aquí señalado como ejemplo.

1.4 PRIORIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL ESTATAL EN CASO DE CONTRADICCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL PREVISTA EN CONVENIO SECTORIAL ESTATAL Y DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

En todo caso, y a mayor abundamiento, para estos supuestos de conflicto en la aplicación de la subrogación convencional entre el convenio sectorial estatal y convenios de ámbitos inferiores, conviene recordar que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 569/2020, de 28 de enero de 2020, ha establecido que cuando existe contradicción entre lo establecido en el convenio de la comunidad autónoma y el sectorial estatal —por ejemplo, en materia de obligaciones de entrega de documentación en subrogación convencional—, hay que estar al convenio sectorial estatal. Como aclara esta sentencia: *“La concurrencia y preferente aplicación del convenio sectorial viene recogida en los artículos 82-2, 83 (2-3), 84 y 85, entre otros, de los que se deriva la fuerza vinculante de los convenios colectivos sectoriales y su preferente aplicación (...)”*. Con base en este argumento se concluye que *“las normas del Convenio Colectivo autonómico de la demandada sobre subrogación deben ser completados por las que sobre ese particular se contienen en el Convenio Estatal sobre la materia antes comentado”*.

La doctrina ha analizado este supuesto en el que se trataba de determinar si es aplicable o no la subrogación convencional en un cambio de adjudicataria del servicio de limpieza en el que se producía *“contradicción entre lo establecido en el convenio de empresa, el de comunidad autónoma y en el convenio Estatal de sector (habiendo en este último mayores exigencias en la subrogación incluido obligaciones de entrega de información)”*⁴³⁶.

⁴³⁶ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “Para la Subrogación convencional hay que tener en cuenta el convenio del sector (aunque la empresa tenga un convenio propio o haya convenio autonómico”, *Argumentos en Derecho Laboral*, 2 de julio de 2020. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2020/07/02/para-la-subrogacion-convencional-hay-que-tener-en-cuenta-el-convenio-de-sector-aunque-la-empresa-tenga-un-convenio-propio-o-haya-convenio-autonomico/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

La solución alcanzada es resumida en el sentido de que “(...) *el artículo 84-3 del ET permite que durante la vigencia o antes de un convenio colectivo de empresa, se negocie un convenio sectorial que tenga preferencia en su aplicación por su carácter general y unificador*”. Por tanto, según esta sentencia, con independencia del momento en el que se negocie el convenio sectorial [estatal], en materia de subrogación este tendrá preferencia, salvo que el propio convenio sectorial estableciera otra cosa distinta. En concreto, en materia de requisitos a cumplir para que opere la subrogación convencional, se concluye que las normas del convenio colectivo autonómico “*deben ser completadas sobre las que sobre ese particular se contienen en el Convenio Estatal*”. En este punto, aunque la sentencia no lo aclara con precisión, entendemos que posiblemente se está pronunciando en este sentido de que el estatal debe prevalecer al entender que establecía un mayor grado de protección al exigir mayor intensidad en las obligaciones de entrega de documentación, aunque quizá en sede de negociación colectiva convenga, al fijar la estructura de la negociación aclarar si el convenio colectivo sectorial estatal debe mantener la prevalencia o reserva de determinados aspectos relativos a la subrogación (por ejemplo, la intensidad de información a proporcionar). No obstante, tampoco pueda descartarse que el Tribunal Supremo esté entendiendo que en materia de subrogación convencional, es el convenio colectivo sectorial estatal el que debe prevalecer en todo caso.

2. LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL ANTES DE LA DOCTRINA SOMOZA

El alcance de la subrogación convencional ha sido limitado tradicionalmente a las coberturas que establecía el convenio colectivo. Se ha resumido esta situación de manera muy acertada en el sentido de que “(...) *ciertamente, las garantías que establecen los convenios son distintas de las que prevé la ley y la propia Directiva comunitaria, llegando incluso a prever formas más restrictivas a las establecidas por el estatuto y esta última*”⁴³⁷. Y es que ocurre que “(...) *Los efectos no tienen por qué ser los mismos cuando nos encontramos ante un supuesto de subrogación convencional, antes bien, al contrario, pueden ser incluso más limitados y, de hecho, suelen serlo*”⁴³⁸.

En efecto, antes de que irrumpiera la doctrina *Somoza*, podía mantenerse que la obligación de subrogación convencional tiene unos límites muy marcados⁴³⁹. Como la sucesión convencional nació como “segunda red”, distinta de la sucesión de empresa legal, ocurría que (i) solo se aplicaba en determinados supuestos, imponiendo restricciones y condicionantes a su aplicación; y (ii), en caso de aplicarse, conllevaba solo unos efectos limitados y no plenos y absolutos.

Así, por ejemplo, la subrogación convencional era de aplicación únicamente a trabajadores con cierta antigüedad —al menos 4 meses en la empresa, como sucede en el convenio colectivo de hostelería— o con determinada antigüedad como asignados al servicio objeto de la contrata —convenio colectivo nacional para empresas de vigilancia y seguridad, o limpieza en el País Vasco, o limpieza de edificios y locales en Santa Cruz de Tenerife— o únicamente cuando se había entregado toda la documentación

⁴³⁷ LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: “Sucesión de contratas. Garantías laborales”, en MONEREO PÉREZ, José Luis y PERÁN QUESADA, Salvador: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018, pág. 322.

⁴³⁸ NORES TORRES, Luis Enrique: *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 86 y ss.

⁴³⁹ MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa, op. cit.*, pág. 83 y ss.

que prevé el convenio colectivo aplicable⁴⁴⁰. En otras ocasiones, el convenio establecía limitaciones en los términos de la subrogación, por ejemplo, porque conllevaba solo la obligación de configurar el personal del servicio con el 90 % del personal de la anterior, tras un proceso de selección —como ocurre en el convenio de *contact center*—⁴⁴¹ pero no la de subrogar a todo el personal adscrito al servicio. Además, en ese mismo convenio tampoco se reconocía la antigüedad a efectos indemnizatorios. En otros casos, se excluía de su aplicación a familiares del empresario —V ALEH—. O, por ejemplo, se preveía que la entrante no estaba obligada a subrogarse en la relación laboral de los trabajadores de la cesante que carecieran de la habilitación administrativa exigida legalmente para prestar la actividad (convenio colectivo nacional de vigilancia y seguridad). O que no existe obligación de subrogación, en ese convenio, en relación con las deudas laborales de la cedente, lo que establecía también ese convenio colectivo nacional de vigilancia y seguridad. Todo ello va a cambiar de manera radical tras la doctrina *Somoza*, que va a hacer saltar por los aires cualquier limitación convencional a la subrogación cuando se asuma una empresa basada en el factor humano, es decir, cuando se produzca una sucesión de plantillas.

La idea que resumiría el estatus y configuración de la subrogación convencional antes de la irrupción de la doctrina *Somoza* es la siguiente: Estaba asentado en nuestro sistema que esos dos distintos orígenes (legal *versus* convencional) justificaban distintas consecuencias jurídicas. Cuando no había sucesión legal del artículo 44 ET, los convenios podían intervenir con requisitos de aplicación adicionales, presupuestos a cumplir para que se activase la segunda red de sucesión convencional, y las condiciones en las que la segunda red ofrecía seguridad eran limitadas y distintas a las de la primera red (la de la sucesión legal). Acerca de la validez de estas cláusulas, se argumentó que “(...) *la validez de estas cláusulas no ha venido admitiendo duda alguna, porque si el supuesto de hecho a que se refieren queda excluido del artículo 44 del ET, resulta perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la*

⁴⁴⁰ Respecto de la entrega de la documentación, se debe subrayar que es un requisito persistente tras la Doctrina *Somoza*, como se expone en el apartado 4.1.3 La obligación de subrogación convencional para la nueva adjudicataria solo resulta aplicable cuando la empresa saliente ha cumplido con los requisitos previstos en el convenio (la entrega de abundante documentación a la entrante, cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por la saliente, acreditación de abono de salarios hasta la fecha de subrogación, etc.). Si la empresa saliente incumple estas obligaciones, no se producirá la subrogación convencional, y la empresa saliente será la responsable de las extinciones, de modo que la empresa entrante quedará exonerada. Sobre esta última cuestión, conviene traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2014 (RJ 2014, 950), en la que un ayuntamiento rescata las competencias relativas a los servicios que integran el ciclo integral del agua (abastecimiento, alcantarillado y depuración) de la mancomunidad de municipios que las realizaba (empresa saliente) y, posteriormente, las adjudica a una nueva concesionaria (empresa entrante). En aquel supuesto, ante el incumplimiento de la entrega de toda la documentación establecida en el convenio por la mancomunidad de municipios, esta fue condenada a las consecuencias de los despidos, y el ayuntamiento y la nueva concesionaria fueron absueltas, y ello con base en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Debemos citar, por todas, la Sentencia de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9985), que enseña: “(...) *hemos indicado con reiteración que si la empresa saliente no hubiera incumplido de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente»*”.

⁴⁴¹ Sobre la situación concreta que se plantea en el sector de *contact center* y la obligación limitada a los términos que plantea el convenio (configuración del nuevo *call center* con determinado porcentaje de trabajadores de la anterior adjudicataria) puede verse el análisis que, pre-*Somoza*, se realizó en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cambio de adjudicataria en el servicio de atención telefónica de un ayuntamiento: inexistencia de sucesión de empresa y sucesión de plantillas y correcta aplicación del artículo 18 del convenio colectivo de *contact center* (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2010, 25 de marzo de 2010, 15 de abril de 2010, 19 de julio de 2020 y 11 de octubre de 2010)”, en *2011 Anuario laboral para abogados*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pág. 819 y ss.

*continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece y que ese favorecimiento se realice en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva*⁴⁴². También se describió esta situación en el sentido de que “(...) antes de la doctrina Somoza la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había aceptado que se aceptaran los efectos de la subrogación convencional y que no existiera, por ejemplo, responsabilidad solidaria, pues el TS consideró razonable que la subrogación convencional fuera limitada”⁴⁴³.

La doctrina de la Sala Cuarta, en efecto, entendió que la subrogación convencional operaba en un plano distinto del de la sucesión de empresa legal. En España, se estaba cumpliendo la Directiva 2001/23 CE “con buena nota”, pues se establecieron en la normativa estatal unos efectos más allá de los dispuestos en la norma comunitaria, que solo impone la obligación de subrogarse en el personal (artículo 3.1, apartado primero, de la Directiva 2001/ 23CE) y deja como potestativa la responsabilidad solidaria (artículo 3.1, apartado segundo, de la Directiva 2001/23 CE). Así, el apartado primero del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 CE establece 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*”. No hay alternativa a esta cuestión: hay que subrogar al personal en caso de una transmisión de empresa. Esta es la primera consecuencia jurídica aplicable a todos los Estados miembros por imperativo de la Directiva (traspuesta en España en el artículo 44.1 ET).

No obstante, la Directiva prevé una segunda consecuencia jurídica para la sucesión de empresa legal que es potestativa para los Estados miembros. En concreto, establece que los Estados miembros “(...) *podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso*”.

En efecto, nuestro artículo 44.3 ET impone esa responsabilidad solidaria. Por eso la Directiva cumple, con nota, aplicando esa segunda consecuencia jurídica que es la responsabilidad solidaria. Y esa fue la razón por la que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entendió que en el plano de la subrogación convencional podrían admitirse determinadas limitaciones. En esta lógica de diversos planos (un plano es la sucesión de empresa legal, que constituye la principal red de seguridad; pero hay otro plano, la convencional, con alcance limitado, que solo protege respecto de la obligación de subrogación allí donde no hay sucesión legal de empresa), era correcto que la subrogación convencional pudiera tener efectos limitados. Esta línea interpretativa era acogida y estaba completamente vigente en la doctrina de la Sala Cuarta antes de publicarse la STJUE Somoza, y se recogía en un grupo de sentencias, liderado por la STS de 7 de abril de 2016 (JUR 2016, 95806), que alcanzó esta conclusión⁴⁴⁴.

⁴⁴² IGLESIAS CABRERO, Manuel: *Sucesión de empresas paso a paso...*, op. cit., pág. 20 y ss.

⁴⁴³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, op. cit. En este punto concreto, recuerda que “(...) *tradicionalmente, en el caso de que la sucesión de empresa tuviera lugar, no por el artículo 44 del ET (“subrogación legal”), sino por disponerlo así el convenio colectivo sectorial aplicable, la subrogación se producía en los términos y condiciones establecidos en el correspondiente convenio colectivo. Los convenios colectivos establecían la subrogación, pero excluyendo normalmente las responsabilidades solidarias legalmente impuestas en el supuesto de subrogación “legal” del art. 44 ET*”.

⁴⁴⁴ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Criterios jurisprudenciales generales para determinar la existencia de una sucesión de empresa y últimos pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, op. cit., págs. 100 y 101.

La sentencia resolvía el debate sobre la posible exención de responsabilidad solidaria de la empresa entrante en la deuda salarial contraída por la anterior contrata en supuestos de sucesión de contratas de vigilancia y seguridad sujetas al convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, cuyo artículo 14.3 establece expresamente que solo la saliente responde por tales deudas. El pleno de la Sala argumentó en esta relevante sentencia que se trataba de una sucesión convencional. Es decir, ni de una sucesión de plantillas ni una legal del artículo 44 del ET. Por eso, lo que procedía es aplicar la subrogación en los términos estrictos y limitados establecidos por el convenio colectivo y, por tanto, se debía aplicar la exoneración contenida en el propio convenio y no extender la responsabilidad solidaria salarial.

La Sala aclaraba específicamente que no existía sucesión de empresa legal ni de plantillas “(...) y que, por tanto, la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del convenio colectivo [de empresas de seguridad], lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa”.

El argumento principal de la Sala se basaba en que, no teniendo lugar una sucesión de empresa ni de plantillas, es el convenio colectivo el que ha impuesto la obligación de subrogación, y que tiene plena libertad para fijar las condiciones de esa subrogación en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y remataba la Sala el argumento con el siguiente razonamiento: “(...) Y es que la relación entre el artículo 44 ET y el artículo 14 del Convenio Estatal para las Empresas de Seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación” (fundamento de derecho cuarto, *in fine*, de la STS de 7 de abril de 2016⁴⁴⁵). Esta línea jurisprudencial sobre la complementariedad o concurrencia no conflictiva se asentaba en esa lógica de doble plano. Por un lado, la sucesión de empresa legal con todos sus efectos; por otro, la sucesión convencional con una “realidad diferente” (la inexistencia de sucesión de empresa legal, sino de la convencional) para la que contempla “uno de los efectos” del artículo 44 ET, esto es, la obligación de subrogación. Pero no los dos efectos (obligación de subrogación y responsabilidad solidaria), puesto que este último efecto (la responsabilidad solidaria) estaba limitado a la sucesión legal, sin ser aplicable a la convencional.

Como resume con precisión GARCÍA-PERROTE⁴⁴⁶, esta doctrina rechazó que la STJUE de 24 de enero de 2002 (C-51/00, *Temco*) —que ya apuntó que el hecho de activarse la sucesión de empresa por sucesión de plantillas por cumplimiento del convenio no eximía de la aplicación de esa sucesión legal—, debiera llevar a otra conclusión, porque se debe partir de la diferencia en el origen de ambas figuras: que es distinta la subrogación legal del artículo 44 ET y la subrogación convencional (aplicable cuando la

⁴⁴⁵ La STJUE Somoza resume esta doctrina en los siguientes términos en su apartado 21: “El Tribunal Supremo consideró que la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 24 de enero de 2002, *Temco* (C-51/00, EU:C:2002:48) no se opone a esta conclusión, dado que la subrogación impuesta por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad no se deriva de una situación comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 o del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Estimó así que la relación entre el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación”.

⁴⁴⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, *op. cit.*

legal no existe). Por tanto, “(...) la STS 7 de abril de 2016 aceptó que por convenio colectivo (i) se excluyera la responsabilidad de la empresa entrante por las deudas salariales contraídas por la saliente con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa, y (ii) se exigiera determinada antigüedad a los trabajadores para que se produjera la subrogación”.

Esta doctrina fue la imperante en diversos pronunciamientos de la Sala Cuarta entre el 7 de abril de 2016 y septiembre de 2018. Por ejemplo, se citan la STS 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2854) (rec. 3165/2014); 10 mayo 2016 (RJ 2016, 3251) (rec. 2957/2014); 1 junio 2016 (RJ 2016, 3745) (rec. 2468/2014); 13 julio 2017 (RJ 2017, 3470) (rec. 2883/2016); 20 diciembre 2017 (RJ 2017, 6129) (rec. 335/2016); 10 abril 2018 (RJ 2018, 1976) (rec. 3684/2016) y 9 mayo 2018 (RJ 2018, 2328) (rec. 3065/2016). Podría resumirse que, en esencia, la Sala Cuarta “se ha resistido a dejar de reconocer virtualidad a las limitaciones de responsabilidad que pudieran haberse pactado en el correspondiente convenio colectivo, incluso en sectores y supuestos en los que operaba —y se reconocía indiscutidamente en las propias sentencias— la doctrina de la sucesión de plantilla”⁴⁴⁷. La razón de esta limitación de responsabilidad de la sucesión convencional residía en que, este tipo de sucesión se sitúa en otro nivel, pensada para el caso en que la continuidad y subrogación del personal no se produce por imperativo legal porque no hay sucesión de empresa. Por eso, la sucesión convencional establecía otra obligación de subrogación, podríamos decir “de segunda división” o en términos no tan completos como la sucesión legal. En el momento en que la sucesión convencional, si se produce una sucesión de plantillas, se transforma en una sucesión legal, los efectos pasan a ser plenos y esa subrogación convencional ya no puede establecer tales limitaciones. Ha pasado a ser “de primera división”.⁴⁴⁸

Este régimen limitado de la subrogación convencional tal y como se conocía antes de Somoza tenía el problema de su intersección con la sucesión legal de empresa, pues cabía la posibilidad de que, al cumplir el convenio colectivo, en actividades intensivas en mano de obra, al contratar a parte esencial en término de número y competencias, se activase el régimen de la sucesión de empresa legal (por completo, sin limitaciones). Así lo pusimos de manifiesto en 2016⁴⁴⁹. En buena medida, la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, *Temco*, ya planteó en sus apartados 22, 27 y 33 que esa era su línea de pensamiento y que la subrogación de empresas legal podría activarse aunque fuera como consecuencia del cumplimiento del convenio colectivo, pues el TJUE ya avisó de que “(...) si bien *Temco* sostuvo en la vista que un convenio colectivo sectorial (CCT de 5 de mayo de 1993), le obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC, dicha circunstancia, en todo caso, carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica” (apartado 27)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ RODRIGO SANBARTOLOMÉ, Francisco Agustín: “Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratas”, *Trabajo y Seguridad Social*, CEF, vol. 2021, Madrid: Centro de Estudios Financieros (CEF), 2021, págs. 17-45.

⁴⁴⁸ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “El problema de las cláusulas subrogatorias”, *op. cit.*, pág. 245.

⁴⁴⁹ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: *La sucesión de empresa*, *op. cit.*, pág. 85: “(...) debe recordarse que la sucesión convencional tiene, como regla general, la única consecuencia de la obligación de subrogación por parte de la entrante en los trabajadores de la saliente. No obstante, debe tenerse en cuenta que muchas veces la subrogación convencional puede ocasionar la existencia de una sucesión de empresas legal, del artículo 44 ET, y ello por la vía de la sucesión en la plantilla. Así, cuando la cesionaria, al cumplir el convenio colectivo, contrata a una parte cuantitativa y cualitativamente relevante de empleados de la cedente, si esa actividad descansa esencialmente en la mano de obra, podrá tener lugar una sucesión de plantillas. Consecuencia de lo anterior es que la cesionaria tendría no sólo que subrogarse en los empleados en los términos previstos en el artículo 44 ET (esto es, sin las limitaciones del convenio colectivo), sino también que será responsable solidaria de las obligaciones laborales y de seguridad social nacidas antes de la transmisión”.

⁴⁵⁰ En ese sentido tuve ocasión de pronunciarme en las Jornadas de la Universidad de Valencia de 9 de febrero de 2018.

Reiteró tal cuestión esta sentencia sobre el asunto *Temco* en el fallo (apartado 33), donde dejó claro que se producía una sucesión de la Directiva 2001/23CE en caso de cambio de adjudicataria “(...) *cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato*”.

La doctrina también detectó la falta de encaje entre la subrogación convencional de efectos limitados en España y la doctrina del TJUE. Por ejemplo, DULANTO SCOTT⁴⁵¹ razonó sobre la divergencia existente en la subrogación obligada por convenio colectivo en España y en el marco del derecho de la Unión Europea argumentando en favor de la solución que luego otorgaría la doctrina *Somoza*, pues no existía en ese momento. Se expuso, con cita del caso *Temco*, que “(...) *para el Derecho de la Unión es indiferente el motivo por el cual la identidad de la entidad económica se mantiene al seguir el cesionario haciéndose cargo de los empleados, ya sea por acuerdo entre parte, por el convenio colectivo de aplicación, por voluntad del empleador entrante, porque así se estableciera en el contrato de servicios, en el pliego público etc. Si hay transferencia aplica la Directiva al 100% (...) en el asunto Temco se sostuvo en la vista que, el convenio colectivo sectorial, era el que obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC (el proveedor anterior). Esta circunstancia, para el Tribunal, carecía de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica*”.

En términos similares, NORES TORRES apuntó que este sistema de limitación de responsabilidades en el marco de la subrogación convencional “*podría plantear dudas sobre la legalidad de este tipo de previsiones convencionales desde la perspectiva de la naturaleza del art. 44 ET como un mínimo de derecho necesario (...). Este conjunto de afirmaciones, seguramente, deberán ser objeto de reconsideración como consecuencia de la asunción por parte del TS del criterio de la “sucesión de plantilla”; procedente de la jurisprudencia comunitaria*”⁴⁵².

Y, en efecto, esta doctrina instaurada por la STS de 7 de abril de 2016 y siguientes, que aceptaba y permitía que en la sucesión convencional las consecuencias jurídicas fueran distintas de la sucesión de empresa legal, saltará por los aires desde el momento en que el TJUE emite la doctrina *Somoza*, de acuerdo con la cual, si por cumplimiento del convenio colectivo se contrata a una parte relevante —en término de número y competencias— de trabajadores de la empresa cedente, se producirá una sucesión de empresa legal, de la Directiva, en todo su vigor (lo que en España implica la aplicación de la consecuencia jurídica del artículo 44.1 ET —subrogación de los empleados—, pero también la del 44.3 ET —responsabilidad solidaria—).

Precisamente, como hemos visto, el ordenamiento español mejoraba la Directiva porque establecía la obligación de responsabilidad solidaria del 3.1, apartado segundo de la Directiva, y en ocasiones ocurre que “*cuando mejoras, te puedes ver perjudicado*”, puesto que en este punto el ordenamiento jurídico

⁴⁵¹ DULANTO SCOTT, Ricardo: *La sucesión de empresa. Incorrecciones del artículo 44 ET*, Punto Rojo Libros, 2018, pág. 95.

⁴⁵² NORES TORRES, Luis Enrique: *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, op. cit., pág. 87.

español, al ampliar esos efectos jurídicos de la sucesión de empresa e incluir la responsabilidad solidaria, “ha sido prisionero de esa mejora”⁴⁵³.

3. LA DOCTRINA SOMOZA

3.1 STJUE SOMOZA

En cuanto se publicó la importante sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, asunto *Somoza*, que resolvió una de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se puso de manifiesto que ello marcaría un antes y un después en el plano de la subrogación convencional⁴⁵⁴. Las cuestiones prejudiciales que se planteaban ante el TJUE en ese caso precisamente incidían en el difícil encaje de la obligación de subrogación convencional en aquellos supuestos en los que la asunción de empleados por cumplimiento del convenio podían acarrear una sucesión de plantillas, por tanto, con todas las consecuencias de la sucesión de empresa del artículo 44 del ET y sin las limitaciones que imponen los convenios colectivos. El supuesto planteaba la divergencia entre el artículo 14 del Convenio colectivo de empresas de seguridad⁴⁵⁵ y la Directiva 2001/23 CE.

En concreto, el ya famoso Sr. Somoza Hermo era un vigilante de seguridad que prestaba servicios por cuenta de la empresa adjudicataria del servicio de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela, dependiente de la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia. Al cambiar de adjudicataria, la empresa entrante se subrogó en el personal adscrito a ese centro, incluyendo al Sr. Somoza Hermo, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo, pero no asumió las diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias concedidas por la anterior adjudicataria correspondientes a los años 2010 a 2012 y pendientes de cobro. El Sr. Somoza planteó un pleito de reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, que estimó la demanda y declaró la responsabilidad solidaria de las empresas saliente y entrante al amparo del artículo 44 del ET, por tanto, sin considerar la limitación que imponía el convenio colectivo de empresas de seguridad. La nueva adjudicataria recurrió dicha sentencia en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, alegando que la disposición aplicable no es el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad, que obliga a la empresa adjudicataria a subrogarse en los derechos y obligaciones de la sociedad cedente derivados de los contratos de trabajo. Estaba en cuestión ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia si esta subrogación la obligaba únicamente a asumir las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo a partir de la fecha de la adjudicación y la eximía de las obligaciones anteriores a ella (con la clara referencia de la STS de 7 de abril de 2016 antes expuesta y que era vigente en ese momento). Por esta razón, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia planteó dos cuestiones

⁴⁵³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, *op. cit.*

⁴⁵⁴ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cuando la sucesión convencional activa la sucesión de plantillas: comentario de urgencia a la STJUE de 11 de julio de 2018 -asunto Somoza”, *LegalToday*, 18/07/2018. Disponible *online*: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/cuando-la-sucesion-convencional-activa-la-sucesion-de-plantillas-comentario-de-urgencia-a-la-stjue-de-11-de-julio-de-2018-asunto-somoza-2018-07-18/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

⁴⁵⁵ Resolución de 19 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (BOE de 19 de febrero de 2018).

prejudiciales: (i) si era aplicable la sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE cuando se producía una sucesión de plantillas por efecto del cumplimiento del convenio colectivo que imponía la subrogación; y (ii) si era admisible que, habiendo previsto la legislación del Estado miembro la responsabilidad solidaria en la normativa de transposición de la Directiva 2001/23 CE, el convenio colectivo estableciese la limitación a la responsabilidad solidaria cuando se estaba ante una sucesión convencional⁴⁵⁶.

Ambas cuestiones fueron resueltas por la STJUE 11-7-2018 (C-60/17, *Somoza Hermo*)⁴⁵⁷.

A la primera cuestión prejudicial, el TJUE respondió que, cuando una empresa sucede a otra como adjudicataria de un contrato de servicios de vigilancia de un museo (actividad que descansa esencialmente en la plantilla) y, como consecuencia de las previsiones del convenio colectivo aplicable, asume al personal, se produce igualmente una sucesión en la plantilla y, por tanto, una sucesión de empresa a la vista de la Directiva 2001/23 CE, con todos sus efectos. El TJUE reitera su doctrina en este punto, ya anunciada en la STJUE *Temco*, apartado 23, en el sentido de que el hecho de que la subrogación se produzca por el cumplimiento del convenio no enerva la existencia de una sucesión de empresa prevista en la Directiva (en términos muy similares se había pronunciado el TJUE en el asunto *Securitas*). El TJUE argumenta a este respecto lo siguiente: *“Si bien el Gobierno español sostiene en sus observaciones escritas que [la nueva adjudicataria] se vio obligada a hacerse cargo del personal de [la anterior adjudicataria] en virtud de un convenio colectivo, dicha circunstancia no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este Convenio colectivo regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, EU:C:2002:48, apartado 27)”*.

Por tanto, dejaba de importar, a partir de ese momento, si el cesionario activaba la sucesión de empresa legal por el hecho de haber cumplido el convenio colectivo. Si a resultas del cumplimiento del convenio el cesionario asumía, en actividades desmaterializadas, parte relevante en términos de número y competencias de los empleados (es decir, si asumía una unidad productiva autónoma que descansa en los empleados, produciéndose una sucesión de plantillas), habría una sucesión de empresa legal. No obstaba a ello que ese resultado (el recibir a ese personal que conforma la unidad productiva) se

⁴⁵⁶ “1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 [...] cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo [de las empresas de seguridad]?”

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva [2001/23], que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?”

⁴⁵⁷ La Sentencia núm. 873/2018 de 27 septiembre (RJ 2018\4619) que se señala en el apartado siguiente asumirá esta doctrina. En su fundamento de derecho sexto, resume y analiza esta STJUE 11-7-2018 (C-60/17, *Somoza Hermo*).

produjese por efecto de haber cumplido el convenio colectivo. Este es el gran cambio que impone la nueva doctrina *Somoza*.

A la segunda cuestión prejudicial, acerca de si cabe en este caso la responsabilidad solidaria salarial y la exoneración del cesionario por preverlo el convenio, el TJUE se declaró incompetente acogiendo la excepción planteada por el Reino de España. Por tanto, se remitió a la jurisdicción nacional para resolver este punto, al entender que se trataba de un conflicto de normas nacionales (artículo 44 ET y convenio colectivo) que debía resolverse de manera interna. Esta cuestión la solucionó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 873/2018, de 27 de septiembre de 2018.

3.2 ASUNCIÓN, DE LA DOCTRINA SOMOZA POR LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como ocurrió en su día con la sucesión de plantillas, se vio obligada a rectificar su doctrina anterior, pues la doctrina *Somoza* le obligaba a superar su doctrina acuñada por la STS de 7 de abril de 2016 y siguientes, para adecuarse a la STJUE 11-7-2018 (C-60/17, *Somoza Hermo*). Por tanto, como había ocurrido en 2004 cuando se tuvo que asumir la doctrina de la sucesión de la plantilla, catorce años después, la Sala Cuarta tuvo que volver a rectificar su doctrina para acompasarse a lo establecido por el TJUE en materia de subrogación y, de nuevo, con un papel relevante de la siempre problemática y muy disruptiva doctrina de la sucesión en la plantilla. La evolución del concepto de empresa objeto de transmisión no solo hizo evolucionar aquello que entendemos por esta (incluyendo la noción de que un grupo de empleados que pueden tener consideración de empresa) sino que también afectaría a la lógica del sistema de fuentes de la obligación de subrogación, posibilitando que la fuente de subrogación convencional, en determinados supuestos pudiera desencadenar una sucesión de plantillas. Por tanto, los nuevos contornos del concepto de empresa transmisible adquirirían virtualidad incluso para modificar el propio esquema de funcionamiento de la obligación de subrogación, alterando el patrón de fuentes que la activan, y posibilitando que la fuente convencional derivara en la aplicación de la fuente legal.

Esto ocurrió en la Sentencia 873/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, en la que rectificó su doctrina anterior y determinó que, en el ámbito de la subrogación convencional, cuando se produce una sucesión de empresa por la vía de la sucesión en la plantilla, el convenio colectivo no puede excluir los efectos que prevé el artículo 44 ET (como la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social el artículo 44.3 ET). Conviene que nos detengamos en esta importante sentencia.

Se enjuicia en este caso una subrogación empresarial por sucesión en contrata de limpieza operada por mandato convencional. El servicio de limpieza se llevaba a cabo en un aeródromo militar, donde cambió la empresa adjudicataria del servicio. Se debate si la empresa que se hizo cargo del servicio y del personal encargado de su ejecución debía responder solidariamente con su antecesora de las deudas salariales contraídas por esta con sus trabajadores. El convenio colectivo de limpieza aplicable⁴⁵⁸ establecía la responsabilidad exclusiva de la empresa saliente sobre las deudas salariales anteriores a la finalización de la contrata. El TS razona y justifica su anterior doctrina sobre la base de que (i) *“tiempo atrás el Tribunal de Luxemburgo ya había sentado una doctrina similar a la del caso Somoza Hermo (TJCE 2018, 142) ([en concreto la] STJUE 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29), Temco, C-51/00), conocida y tenida en cuenta por nuestras sentencias”*; (ii) el distinto origen de la sucesión legal y de la

⁴⁵⁸ Art. 10 del [Convenio colectivo provincial de limpiezas de León \(LEG 2015, 9112\)](#).

sucesión convencional, los distintos planos y esa mejora de la sucesión convencional que alcanzaba a los supuestos en los que no había sucesión de empresa legal justificaban la posibilidad de que las consecuencias de la subrogación convencional tuvieran un alcance limitado⁴⁵⁹.

La Sala rectifica la doctrina y, a partir de Somoza y de su asunción, si al cumplir con el convenio colectivo se entra de lleno en la sucesión de empresa por la vía de la sucesión en la plantilla, no podrán aplicarse los efectos jurídicos limitados del convenio. A partir de ahora, no podrá aceptarse, por tanto, que las deudas salariales deban ser asumidas solo por la cedente (la sentencia condenará a la cesionaria a la responsabilidad solidaria en esos salarios) ni se aceptarán los alcances limitados de la subrogación convencional si uno se ha adentrado en la sucesión legal (no importa que lo haya hecho en cumplimiento de la obligación de subrogación convencional). Por tanto, al haberse activado el artículo 44 ET por vía de sucesión de plantillas por cumplirse el convenio, se aplicará la sucesión de empresa legal con todas sus consecuencias, lo que incluye la responsabilidad solidaria laboral y, desde luego, la cesionaria deberá asumir las deudas salariales de la cedente de manera solidaria⁴⁶⁰.

En conclusión, a partir de ahora *“lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa”* (fundamento de derecho séptimo, apartado 2.A). Se vuelve sobre este razonamiento con posterioridad, para remarcar que *“se trata de doctrina que debemos abandonar. El origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente)”* (fundamento de derecho octavo, apartado primero. A).

Esta conclusión marca un antes y un después en el estudio y aplicación de la subrogación convencional. La Sala es consciente de ello, y subraya que *“el giro doctrinal que imprimimos es lo más relevante de nuestra sentencia (y lo que justifica su deliberación en Pleno por esta Sala; art. 227.2 LRJS (RCL 2011, 1845))”*. GARCÍA-PERROTE ha incidido también en la importancia de esta afirmación⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Reflexiona la Sala Cuarta y explica la lógica de su anterior doctrina basándose en que la fuente de la subrogación convencional tenía efectos limitados porque de lo que se trataba es de cubrir con estabilidad en el empleo aquellos casos en los que no se producía una transmisión de empresas del 44 ET y de la Directiva, y eso justificaba aceptar que la negociación colectiva gobernara un subnivel de efectos limitados en el que mejoraba el nivel de la subrogación legal: *“nos habían llevado a pensar que la misma no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (arts. 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las previsiones heterónomas. Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23”*.

⁴⁶⁰ La Sala Cuarta resume el cambio de doctrina en estos términos: *“A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica”* (fundamento de derecho séptimo, apartado 2.A) de la Sentencia núm. 873/2018 de 27 septiembre. RJ 2018\4619).

⁴⁶¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, *op. cit.*

Por fin, el apartado segundo del fundamento de derecho octavo resume en los siguientes términos la doctrina que debe aplicarse a partir de ahora, y añade un apartado cuarto a la doctrina anterior. En esencia, la nueva doctrina implica analizar la cuestión de la siguiente manera: (i) en primer lugar, hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante; (ii) en segundo lugar, en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET; (iii) en tercer lugar, cuando lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal; y (iv) en cuarto lugar —y aquí se encuentra el verdadero cambio— *“el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina”*⁴⁶².

4. SUCESIÓN CONVENCIONAL DESPUÉS DE SOMOZA

4.1 APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOMOZA POR PARTE DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desde que se dictó la Sentencia 873/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, la Sala Cuarta ha venido aplicando la doctrina *Somoza* en sus pronunciamientos y ha resuelto ya algunas cuestiones controvertidas que se analizan a continuación.

4.1.1 Subrogación convencional tras disminución del alcance del servicio (lo que procede es subrogar y, posteriormente, despedir por causas objetivas)

La Sentencia núm. 269 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022 (recurso 1062/2020) ha analizado si la doctrina *Somoza* puede aplicarse a un supuesto de despido que tiene lugar en fechas anteriores a la STJUE *Somoza*. El supuesto trata sobre el cambio de adjudicataria de los servicios de vigilancia y seguridad de diversos edificios del Ayuntamiento de Granada. La nueva adjudicataria que sucede en la contrata a la anterior contratista, como consecuencia de la reducción de horas operada en los servicios objeto de adjudicación, rechaza la subrogación de seis de los dieciséis trabajadores que componían el servicio (por tanto, subroga a un 62,5 % del personal)⁴⁶³. Cuatro de estos seis trabajadores demandaron por despido tanto al Ayuntamiento de Granada como a las empresas cedente y cesionaria. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechaza que pueda aplicarse la posibilidad de que la empresa entrante pueda ajustar el número de trabajadores objeto de subrogación a las características del servicio reducido y recuerda que las SSTS 4/2019, de 8 de enero de 2019 (rcud 2833/2016) y 163/2019, de 5 de marzo de 2019 (rcud 2892/2017) ya se plantearon la cuestión. Se llegó a la conclusión de que, *“si bien la doctrina de la STS 21 de septiembre (rcud 2247/2011) conduciría a la estimación del recurso, tras la doctrina de la STJUE 11 de julio 2018 (c-60/17, Somoza Hermo) asumida por nuestra STS, dictada por el pleno de la Sala, 873/2018, de 27 de septiembre de 2018 (rcud*

⁴⁶² Esta misma doctrina se ha venido aplicando en sentencias posteriores y es la actualmente vigente. Véanse, por ejemplo, la STS 931/2018, de 24 de octubre de 2018, rec. 935/2018; la STS de 25 de octubre de 2018, recurso 937/2018; la STS de 26 de octubre de 2018, rec. 764/2019; la STS de 8 de enero de 2019, rec. 2833/2016; y la STS de 12 de noviembre de 2019, recurso 873/2018.

⁴⁶³ Se basa para ello en el argumento de la reducción del número de horas de la contrata, criterio que se basa en anterior doctrina (STS 21 de septiembre de 2012, rcud 2247/2011) que la Sala va a casar.

2747/2016), la solución tenía que ser precisamente la contraria y procederse a la desestimación del recurso”.

Es claro que la solución debe ser, en aplicación de la doctrina Somoza, la obligación de subrogación de todos los empleados, pues, siendo una actividad que descansa en mano de obra y habiendo contratado a diez de dieciséis empleados, “se ha producido una transmisión de la entidad económica que mantiene esencialmente su identidad entre las dos empresas afectadas, con independencia de que se haya producido una disminución de las horas contratadas (...) a pesar [de lo cual] (...) mantiene su identidad esencial”. La Sala recuerda que lo que procede en estos casos es subrogar y luego acudir a un despido por causas objetivas, como razona la STS 4/2017, de 10 de enero de 2017 (rcud 1077/2015) que se cita expresamente.

Por último, como se expone en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia núm. 269 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022 (recurso 1062/2020), no existe infracción alguna del artículo 9.3 de la CE, pues el canon de irretroactividad exigible a las leyes no es aplicable al cambio de jurisprudencia (STS 271/2017, 30 de marzo de 2017, núm. de recurso 961/2015; Auto del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2019; y STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*, apartado 74 y 38), y es que “la evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (...)”.

4.1.2 Subrogación convencional tras Somoza y carga de la prueba de quien aduce la inexistencia de subrogación legal

GARCÍA-PERROTE ha destacado que la cuestión de la determinación de existencia o no de una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET cuando esta se produce como consecuencia del cumplimiento del convenio y de la aplicación de la doctrina Somoza, en términos probatorios, requiere por supuesto que quien aduce la inexistencia de subrogación así lo acredite y colme esa carga de la prueba: “(...) Para saber si hay transmisión de una entidad económica lo importante son los hechos y su prueba (no es algo abstracto o dogmático); dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, la carga de la prueba es para quien esgrima que no se ha producido la subrogación (artículo 217 LEC)”⁴⁶⁴.

La STS de 27 de septiembre de 2018 deja clara la idea de que la Sala Cuarta solo exige que la parte demandante pruebe que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra. O como expone con claridad DE LA PUEBLA PINILLA⁴⁶⁵, que “una vez acreditado por el interesado que la actividad es intensiva en mano de obra, se activa el juego de la carga probatoria de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes para neutralizar la eficacia jurídica de los hechos constitutivos (art. 217.3 LEC)”. Por tanto, la carga de la prueba de si la actividad es materializada o desmaterializada recae en el demandante, que tendrá que probar que la actividad es intensiva en mano de obra (STS de 8 de septiembre de 2021, núm. de recurso 1866/2020).

La STS 3381/2021 del mismo 8 de septiembre de 2021 (recurso 2543/2020) abunda en esta idea, aunque aporta algún matiz de interés en un caso en el que se discute si existe una sucesión de empresa legal

⁴⁶⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 657.

⁴⁶⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “La subrogación convencional tras la doctrina Somoza Hermo. Aspectos conflictivos”, *Labos*, vol. 2, n.º 3, pág. 7.

en el marco de un cambio de adjudicataria del servicio de ambulancias en el que se ha cumplido el convenio y se produjo subrogación convencional. El debate casacional versaba en aclarar si, producida una subrogación convencional, corresponde al demandante acreditar que se transmitió una unidad productiva autónoma —bien porque se transmitieron los medios materiales necesarios para el despliegue de su actividad, o bien que la actividad empresarial pivota esencialmente sobre mano de obra, y que la empresa entrante se subrogó en la mayor parte de la plantilla de la saliente— o que, por el contrario, corresponde a la empresa demostrar la situación inversa⁴⁶⁶. Respecto de la carga de la prueba, además de la idea de que quien aduce que descansa en el factor humano, debe probarlo, expone también que “(...) *será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite*”. No obstante, posteriormente reflexiona con mayor profundidad para concluir que, antes de entrar en ese punto, conviene recordar que la parte actora tiene que probar, en primer lugar, los hechos constitutivos de la demanda (en un caso de subrogación convencional en el que la demanda aduce la existencia de sucesión de empresa, debe probar que descansa en la mano de obra y se ha transmitido parte relevante en término de número y competencias de los empleados adscritos al servicio, o que se ha transmitido la industria, si pretende una sucesión del artículo 44 ET “clásica”). Solo cuando se ha colmado esa carga de la prueba por la actora que sostiene la existencia de sucesión de empresa legal, se activa la carga de la prueba de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, que corresponde a la empresa demandada. Pero la actora (que aduce la existencia de sucesión legal que desborda a la convencional) debe cumplir en primer lugar su carga de la prueba —la actividad descansa en el factor humano y se ha transmitido parte relevante en términos de número y competencias— para que se active la carga de la prueba de la demandada que aduce los hechos impositivos. Por tanto, una vez probado que descansa en el factor humano y que se transmite parte cuantitativa y cualitativamente relevante de la plantilla, la demandada es quien, en la medida en que niega esa sucesión legal de empresa, y considera que se está únicamente en el seno de la convencional, tiene que probar que no se ha asumido parte suficiente del factor humano en términos de número y competencias. Y, si se piensa, esto es así porque, como razona esta STS 3381/2021, “*la demanda debe desestimarse, cuando no se hubieren probado los constitutivos, ya que, si no se hiciera así, se estaría otorgando tutela a pretensiones infundadas, como sostuvimos, entre otras muchas, en STS 23-07-2015, rcud. 2903/2014 y 22-11-2017, rcud. 3636/2016*”.

En suma, no se produce —tal y como razona la Sala— una inversión de la carga de la prueba automática en este tipo de supuestos, con la única excepción de casos que descansan esencialmente en la mano de obra y se prueba que se está ante ese tipo de industria (lo que, en el caso analizado, no ocurrió porque la actividad no era desmaterializada, sino que exigía de industria y no descansaba en la mano de obra al exigir ambulancias, vehículos y otros medios aéreos y marítimos relevantes)⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ La Sala razona sobre la carga de la prueba que “*no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba*”. Y para los casos de cambios de adjudicataria destaca que hay que estar al “*examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa)*”. Todos ellos, dice la sentencia, “*son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación*”.

⁴⁶⁷ “(...) *Así pues, no habiéndose alegado por el demandante, ni probado tampoco, que se hubiera producido la transmisión de una unidad productiva, ya sea porque se transmitieron medios materiales entre la empresa saliente y la entrante, ya sea porque la actividad de la empresa pivotara sobre medios personales, es evidente que no ha probado los hechos constitutivos de su pretensión, aunque la empresa admitiera que se subrogó convencionalmente en la plantilla de la empresa saliente, toda vez que la inversión de la carga probatoria, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica*

Por tanto, hay que estar al caso por caso y revisar bien si la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, pues hay que probarlo para que se produzca la inversión de la carga de la prueba

En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA ha reflexionado, respecto de esta STS, que *“en puridad, no hay modificación de las reglas de distribución de la carga de la prueba, que siguen permitiendo la inversión de la carga probatoria cuando el demandante alega y prueba que la actividad es intensiva en mano de obra. La peculiaridad del caso es que se trataba de una actividad que requería de elementos materiales relevantes para su presentación de modo que solo la prueba de que se había producido su transmisión entre las empresas hubiera permitido activar el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 44 ET”*⁴⁶⁸.

Al final, esto tiene toda la lógica. Si la actividad descansa en los elementos materiales, no podrá haber una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET si no se prueba la transmisión de esa industria y, en ese terreno, la doctrina *Somoza* no es capaz de alterar nada, porque solo afecta al hecho de que se esté transmitiendo una unidad productiva basada en el elemento personal. De manera que si se asume parte cuantitativa y cualitativamente relevante de la plantilla por cumplimiento del convenio colectivo (de modo que se transmite una unidad productiva que descansa en el personal), ello no será excusa ni impedirá que haya que asumir a la totalidad de ese personal y con plenos efectos, con los de una sucesión legal del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, sin tener en cuenta las limitaciones que determina la negociación colectiva.

4.1.3 Incumplimiento de obligaciones de información del convenio colectivo y doctrina *Somoza*

Los convenios colectivos que regulan la subrogación convencional prevén generalmente la obligación de entrega de documentación a la cesionaria en determinados plazos y con determinado nivel de información para que sea exigible la subrogación convencional.

La Sala Cuarta se ha venido pronunciando en el sentido de que, si la empresa cedente incumple las obligaciones de entrega de documentación previstas en el convenio, no operará la obligación de subrogación convencional, es decir, no se activará por incumplimiento de esos deberes de información (por ejemplo, resume esta doctrina la STS de 31 de marzo de 2016, rcud 2282/2014). Puede resumirse la doctrina de la Sala Cuarta en el sentido de que, en función de la importancia de la documentación dejada de aportar por el cedente, cabría que la obligación de subrogación convencional no se active.

Se cita, en este sentido, y aunque sea pre-*Somoza*, la STS 148/2020, de 18 de febrero (RJ 2020, 1009). La sentencia resume la doctrina sobre la falta de puesta a disposición de documentación e información esencial prevista en el convenio colectivo y determina que, en esos casos, no se aplica la subrogación convencional. El supuesto analiza un cambio de adjudicataria del servicio de ambulancias en Castilla-La Mancha. Ocurre que, pese a los requerimientos de la empresa entrante, no se aportó buena parte de la documentación requerida (fotocopia compulsada de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación y de los títulos habilitantes para el desempeño del puesto de trabajo, fotocopia compulsada de los TC1 y TC2 de los últimos siete meses, copia de documentos debidamente diligenciados por cada

de aquellas empresas, cuyas actividades se desarrollen esencialmente mediante mano de obra, lo que no se ha acreditado aquí, como no podría ser de otro modo, toda vez que no se puede transportar enfermos o accidentados en ambulancia, si no se dispone de ambulancias y vehículos medicalizados o, en su caso, de medios aéreos o marítimos, cuando en la adjudicación se contemple el despliegue de dichos medios, lo cual impide aplicar aquí el juicio de probabilidad cualificada, sentado por la jurisprudencia civil, por todas STS (Sala 1ª) 4-06-2009, rec. 2293/2004, 1-06-2011, rec. 791/18 y 4-07-2019, rec. 4171/2016”.

⁴⁶⁸ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “La subrogación convencional tras la doctrina *Somoza* Hermo...”, *op. cit.*, pág. 7.

trabajador/a afectado, así como copia de los documentos en los que se haga constar que los trabajadores han recibido de la empresa cesante su liquidación de partes proporcionales). Se adujo, por parte de la saliente, que los defectos en la documentación no impidieron a la nueva adjudicataria contratar a todos los trabajadores adscritos a la contrata. No obstante, la realidad fue que simplemente se transmitieron listados de los trabajadores afectados; es decir, la documentación determinada por el convenio colectivo que quedó sin entregar era relevante y, además, existían deudas salariales pendientes. La Sala razona aquí que no es posible concluir que es intrascendente la falta de aportación de las nóminas de los seis últimos meses o de, al menos, los meses inmediatos anteriores a la pérdida de la contrata, como tampoco se puede admitir que sea prescindible la aportación de los TC1 y TC2 de los seis últimos meses o, por lo menos, de los inmediatos anteriores al cambio de contratista, u otro documento del que obtener que se está al día en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, pues estos incumplimientos informativos impiden a la cesionaria verificar si se está al corriente de pago de salarios y de cuotas de Seguridad Social. Y lo mismo cabría decir de la falta de aportación de los contratos de trabajo para poder identificar y contrastar que los listados se correspondían con aquellos. Todo ello, además, cuando se evidencia que la empresa cesante no había abonado a sus trabajadores los salarios del mes de noviembre.

Habiéndose fijado de manera clara la doctrina al respecto (cuando la carencia de información es relevante, no se aplica la subrogación del convenio), la duda y el debate se ciernen sobre si la doctrina *Somoza* puede alterar esta conclusión. GARCÍA-PERROTE se ha pronunciado en el sentido de que esta doctrina que acarrea la penalización para el cedente, sin subrogación convencional, “*cuando no entrega datos esenciales como la antigüedad o información no concreta y relevante, no debería estar afectada por Somoza*”⁴⁶⁹.

En efecto, la doctrina *Somoza* no afecta al hecho de que, si se incumplen de manera relevante las obligaciones informativas y de documentación que prevé el convenio, no se activa la sucesión convencional y, por ende, no podrá entrarse en el umbral de *Somoza*. Cuestión distinta es que, al margen del incumplimiento de información por la cedente, la cesionaria cumpla el convenio, pues ahí sí puede haber traspasado ese umbral. Por tanto, no podrá dejarse de analizar si, pese al incumplimiento de las obligaciones de información por parte del cedente, el cesionario ha contratado, al final y en la práctica, a la parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias. Es decir, si pese a esos incumplimientos de la cedente, finalmente la cesionaria ha sido capaz de contratar a los empleados, los ha contratado de manera efectiva, la actividad descansa en la mano de obra y lo que ocurre es que se ha contratado una parte sustancial “*en términos de número y competencias*” de esos empleados, se estará en una sucesión de plantillas y, en consecuencia, en una sucesión legal de empresa en aplicación de la doctrina *Somoza*. Y no habrá tenido una incidencia esa falta de cumplimiento de las obligaciones del convenio (pues, al final, el cesionario se ha podido subrogar).

En términos similares se ha pronunciado DE LA PUEBLA PINILLA al exponer que “*(...) parece evidente que, a la luz de la doctrina Somoza Hermo, en un caso como el apuntado, el hecho de que el nuevo contratista continúe prestando la actividad con la misma entidad económica —integrada por los trabajadores— determinaría la aplicación no ya del régimen convencional sino del previsto en el art. 44 ET, resultando entonces irrelevante el incumplimiento de las obligaciones de carácter formal que el*

⁴⁶⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, *op. cit.*

*Convenio establezca*⁴⁷⁰. En una línea similar se ha pronunciado, también, BELTRÁN DE HEREDIA⁴⁷¹, que ha expuesto lo siguiente: “(...) *por otra parte, sin negar que, en ocasiones, podría ser difícil distinguir la causa de los efectos, si se constata que ya se ha asumido una parte esencial de la plantilla y, por ende, se entiende que se precipita la aplicación íntegra del 44 ET, es discutible que también puedan tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes y/o los requisitos y/o efectos establecidos en el propio convenio colectivo (“condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.”), pues, dejan de ser aplicables automáticamente (salvo que “mejoren” el contenido propio del art. 44 ET), Pues, es claro que en el ET no se establece ninguna regla de esta naturaleza*”.

Por tanto, habida cuenta de que, independientemente de que se cumplan con rigor o no las obligaciones de entrega de información, lo relevante es si al final la cesionaria ha contratado un número relevante en términos de número y competencias capaz de constituir una unidad productiva, cabe concluir que el incumplimiento de las obligaciones formales tiene un peso relativo. Si se ha cumplido igualmente el convenio colectivo y al hacerlo se ha asumido una unidad productiva basada en la plantilla al contratar un número relevante en término de número y competencias, tendrá lugar la implacable aplicación del artículo 44 ET por la vía *Somoza*. Lo que tendrá que sopesar la nueva adjudicataria es si, ante los incumplimientos de las obligaciones de entrega documental del convenio, puede justificarse su decisión de plantarse y no asumir a ninguno de los trabajadores de la empresa cedente (de modo que, en ese supuesto, se discutiría si la cesionaria ha incumplido el convenio —al no subrogar al personal como indica el convenio—, o si lo ha incumplido la cedente —al no proporcionar la información del convenio de manera relevante, de modo que no se active la obligación de subrogación convencional—. Lo que está claro es que, si el incumplimiento de entrega de documentación es relevante y la cesionaria se planta (al entender que no se desencadena la sucesión convencional) no se produciría la sucesión de plantillas al rechazar la contratación de la parte cualitativa y cuantitativamente relevante de trabajadores.

En consecuencia, debe concluirse que, tras la doctrina *Somoza*, se anticipan los debates acerca de la entrega de documentación correcta o incorrecta a un estadio previo a la aplicación de la subrogación convencional. Así, si es un quebranto de entrega de documentación grave, que perjudique verdaderamente el conocimiento de las condiciones para contratar en los términos que interpreta la Sala Cuarta, la cesionaria podrá plantearse no contratar a los trabajadores al no cumplir el convenio colectivo, porque la cedente ha incumplido de manera decisiva o muy relevante sus obligaciones de entrega de información, de modo que la doctrina ha subrayado la importancia de esencial de las obligaciones de información y documentación⁴⁷². Al no contratar a los trabajadores la cesionaria (de manera justificada por el incumplimiento grave de las obligaciones formales del convenio realizado por la cedente), si se está en una actividad intensiva en mano de obra, no se activará la sucesión de empresa por sucesión de plantillas. Eso sí, convendrá tener muy bien calibrada esta cuestión, pues lo más probable es que cedente y cesionaria se enfrenten a una demanda de conflicto colectivo interpuesta por la RLT de los empleados no subrogados (o a demandas individuales de esos empleados), pleito en el que se solicite la subrogación

⁴⁷⁰ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “La subrogación convencional tras la doctrina «Somoza Hermo...”, *op. cit.*, pág. 7.

⁴⁷¹ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Sucesión de plantilla en contrata intensivas en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina Somoza Hermo”, *Trabajo y Derecho*, n.º 50, 2019, pág. 8.

⁴⁷² PUEBLA PINILLA, Ana de la: “El problema de las cláusulas subrogatorias”, *op. cit.*, pág. 246. El incumplimiento debe ser de envergadura, pues el objeto de estas obligaciones de información y documentación deben permitir “conocer con antelación al inicio [de la] prestación el alcance de las obligaciones y responsabilidades que asume [la nueva contratista] en relación con la plantilla de trabajadores”.

en el bien entendido de que sí que se cumplió la obligación documental del convenio colectivo y que, por tanto, procedía la subrogación, o bien, subsidiariamente, de no proceder la subrogación, que deben esos empleados permanecer en la cedente (aunque esta segunda opción les será de menor interés para los trabajadores demandantes, pues al haber perdido la contrata la cedente podría plantearse su despido por causas objetivas al amparo de la jurisprudencia de la Sala Cuarta en la materia —véase, por todas, la STS 247/2022 de 22 de marzo de 2022, recurso 51/2022—).

Por consiguiente, puede resumirse que la doctrina *Somoza* afectará a las consecuencias jurídicas si la cesionaria llega a “pisar el charco” de la sucesión de empresa legal por la vía de la sucesión de plantillas al cumplir el convenio y asumir parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias. Pero en el estadio anterior —el de si se activa o no la obligación de subrogar por convenio por no haber cumplido la cedente los deberes de información y documentación que marca el convenio—, esta doctrina del TS seguirá jugando un papel limitador, siempre y cuando el incumplimiento haya sido de entidad —debe tratarse de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse desatendido las obligaciones dinerarias y de seguridad social⁴⁷³— y esté justificado que la cesionaria no haya cumplido el convenio, no haya subrogado a la plantilla y no se haya situado en la sucesión de plantillas.

Buena muestra de ese papel limitador la ofrece la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 818/2020, de 30 de septiembre (RJ 2020, 4040). En efecto, declara esta sentencia que resulta perfectamente vigente la doctrina de acuerdo con la cual, de haber incumplimientos “relevantes” de la obligación convencional⁴⁷⁴ de entrega de documentación de la saliente a la entrante, no se aplicará la subrogación convencional y no se producirá la transferencia de la relación laboral a la empresa entrante. Pero esa falta de información y documentación debe ser “imprescindible” para informar sobre las circunstancias profesionales de los empleados afectados por la subrogación y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de seguridad social, que perjudique la posibilidad de subrogar ex convenio. Además, ese incumplimiento de las obligaciones de información y documentación del convenio debe ser “atribuible a la empresa saliente”, pues si —como sucedía en aquel caso— la empresa principal (Ayuntamiento) esconde el momento en que se va a adjudicar la contrata a la nueva empresa adjudicataria y esta empresa entrante tampoco informa a la saliente de que va a pasar a desempeñar el servicio de limpieza para ese centro (tal y como el convenio imponía a la empresa entrante), esta última no podrá aducir ese incumplimiento de la obligación de proporcionar información de la saliente para evitar la aplicación de la subrogación convencional, sin perjuicio de que pueda plantear indemnización por daños y perjuicios al Ayuntamiento por esa “anómala tramitación y ejecución del proceso de cambio de adjudicatario”.

4.1.4 El temor al impacto de la doctrina *Somoza* en la negociación colectiva

La promulgación de la doctrina *Somoza* y su asunción por la Sala Cuarta provocó un cierto temor de que esto repercutiera en las redacciones de la subrogación convencional en los convenios colectivos, que

⁴⁷³ Como señalan, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 818/2020, de 30 de septiembre (RJ 2020, 4040) con cita de anteriores sentencias de la misma Sala de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3353) y 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 7782).

⁴⁷⁴ Se trataba en ese caso del artículo 14 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Toledo (BOP de 18 de marzo de 2016) en un caso de cambio de adjudicataria de la limpieza en unos colegios.

podieran sentirse “*desincentivados a la hora de formalizar [este tipo de cláusulas]*”⁴⁷⁵. El propio voto particular de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 873/2018 de 27 de septiembre de 2018, afirmaba que la nueva doctrina podría tener un efecto “perverso” en futuras negociaciones en el sentido de afectar a “*la voluntad de la representación patronal de mejorar —como hasta la fecha— la estabilidad laboral en determinados sectores, como el de limpieza o seguridad*”⁴⁷⁶.

De algún modo, se temió por la menor inclusión en los convenios o, incluso, la desaparición de las cláusulas de subrogación convencional, pues la situación en la que queda la negociación colectiva tras la alteración tan significativa de las reglas del juego, con el consiguiente desequilibrio en los convenios, se valoró como algo “*preocupante*”. De hecho, se afirmó que “*no parece en absoluto desdeñable que se termine por desincentivar la negociación de este tipo de cláusulas*”, que esto, además, podría cortar de raíz “*cualquier intento de extensión de las cláusulas subrogatorias hacia otros sectores donde este tipo de garantías no han estado hasta el momento presentes*”⁴⁷⁷.

En términos similares, la doctrina subrayó la idea de que la doctrina *Somoza Hermo* pudiera impactar de manera grave en la negociación de nuevas cláusulas de subrogación convencional por sentirse reticentes las empresas a acordarlas. Por una parte, estas posiblemente percibieran un fuerte desincentivo a incluirlas en los convenios y, por otra, cuando no resultase aplicable la sucesión de empresa clásica del 44 ET y de la Directiva, posiblemente prefiriesen mantener su libertad para asumir al personal correspondiente, haciéndolo libremente cuando estimen que ello les compensa pese a llevar aparejada la aplicación del régimen legal de responsabilidades o, en otro caso, cubriendo sus necesidades de mano de obra con personal propio, nuevo o preexistente y evitando de este modo la aplicación de la sucesión de empresa por la vía de la sucesión de la plantilla⁴⁷⁸. Por tanto, preocupaba a la doctrina el posible “efecto perverso adicional” que podría producir la doctrina *Somoza* sobre la negociación colectiva porque podría conseguir el objetivo contrario al pretendido. Es decir, perjudicar a los trabajadores al no asegurar su subrogación, sino que esta fuera cercenada en los convenios colectivos, de modo que se restase el nivel de protección que hasta la fecha había brindado la subrogación convencional en ese segundo nivel protector⁴⁷⁹. Como recordó DE CASTRO MARÍN⁴⁸⁰ al citar a DESDENTADO BONETE⁴⁸¹, “*frente a lo*

⁴⁷⁵ RODRIGO SANBARTOLOMÉ, Francisco Agustín: “Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratas”, *op. cit.*, pág. 27.

⁴⁷⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, *op. cit.*, pág. 658.

⁴⁷⁷ CASTRO MARÍN, Emilio de: “Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 224, 2019, pág. 28 (BIB\2019\9015).

⁴⁷⁸ RODRIGO SANBARTOLOMÉ, Francisco Agustín: “Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratas”, *op. cit.*, pág. 27.

⁴⁷⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Sucesión de plantilla en contratas intensivas...”, *op. cit.*, pág. 10. Este autor ha alcanzado una conclusión similar al apuntar que “(...) *no debe olvidarse que, a pesar de que la Sala de lo Social del TS en octubre de 2004, ya avanzaba este posible efecto, la realidad negocial ha evidenciado otro comportamiento, pues, las cláusulas subrogatorias se han incluido en los convenios colectivos desde entonces y el TS estuvo aplicando la doctrina Temco (que data de 2002) hasta 2016 (y, en ese sentido, creo que es oportuno resaltar con la inclusión de cláusulas de esta naturaleza, como mínimo, la parte empresarial también sale beneficiada, pues, puede eludir la necesidad de regularizar plantilla en caso de pérdida de una contrata*”. A lo que añadiríamos que late en este argumento uno de los objetivos de la sucesión de empresa, esto es, que si el cedente pierde el negocio, es justo que no deba realizar reestructuración o ERE, sino que pueda ver cómo los trabajadores afectos al negocio siguen junto a éste hasta el nuevo empleador. Esto es lo que explica que, pese a la doctrina *Somoza Hermo*, la subrogación convencional no haya desaparecido.

⁴⁸⁰ CASTRO MARÍN, Emilio de: “Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”, *op. cit.*, pág. 29.

⁴⁸¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 251.

que suele imaginar el progresismo ingenuo no siempre la sucesión es la solución más favorable a los trabajadores”. Esta idea, clásica en las argumentaciones de DESDENTADO BONETE acerca de las indeseadas consecuencias de la sucesión de plantillas, vuelve a cobrar actualidad y por ello conviene ser recordada en el marco actual, no solo para analizar la “era *post-Somoza*”, sino también para las construcciones jurisprudenciales actualizadoras el régimen de la sucesión de empresa o sus nuevas formas que puedan cristalizar en los convenios colectivos o propuestas legislativas futuras en torno a la reforma del artículo 44 ET.

Y es que, esta doctrina y el “efecto perverso” podrían perfectamente haber tenido como consecuencia un auténtico desincentivo a la inclusión de cláusulas subrogatorias convencionales en el convenio colectivo. Pasados ya más de cuatro años desde que se asumió esta doctrina, puede concluirse, no obstante, que no ha sido exactamente así. Actualmente, como se verá en el siguiente apartado, varios son los convenios colectivos sectoriales estatales que siguen contemplando la obligación de subrogación.

Y quizá la razón de su continuidad sea que la parte empresarial se sitúa en ambos lados, el de la cedente y el de la cesionaria, en el diseño de las cláusulas subrogatorias cuya inclusión se negocia en las plataformas de los nuevos convenios colectivos, razón por la que continúan subsistiendo este tipo de cláusulas⁴⁸² dado que en el fondo cumplen el objetivo de favorecer al cedente que, al perder la contrata o el negocio, quiere ver cómo los trabajadores anudados al mismo son conducidos hasta el nuevo empleador. Y todo ello sin perjuicio de los posibles mitigantes o soluciones a esta complejidad añadida que introduce la doctrina *Somoza Hermo* y que se proponen en el apartado 5 posterior.

4.2 CONVENIOS COLECTIVOS QUE SIGUEN IMPONENDO LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

La evolución de la empresa objeto de transmisión también ha tenido su incidencia en el marco de la negociación colectiva, pues en la medida en que el arquetipo de empresa industrial ha ido perdiendo protagonismo en favor de modelos posindustriales basados en el sector servicios, el factor humano y la ingravidez que encarnan los activos intangibles, los convenios colectivos y el número de trabajadores cubiertos por estos, han ido ejerciendo mayor peso en el sector servicios que en el industrial, el de la construcción y el agrario. Esta conclusión se extrae de las cifras que proporciona la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (“CCNCC”). Así, si se observan los últimos estudios estadísticos publicados por la CCNCC⁴⁸³ —datos cerrados del año 2020— puede advertirse un ensanchamiento del alcance de la cobertura de los convenios colectivos que regulan las actividades de prestación de servicios, bajo cuyos ámbitos de aplicación se sitúa un mayor número de trabajadores.. En efecto, de los diez millones y setecientos mil trabajadores (10.700.800) cubiertos por convenios colectivos en España, más de seis millones y medio (6.582.800) pertenecen al sector servicios, por tanto, algo más de un 60 %, mientras que el sector industrial, con algo más de dos millones y medios de empleados (2.781.000), mantiene un peso específico de algo más del 25 % sobre el total. La construcción y el sector agrario, con 772.500 y 564.200 trabajadores, respectivamente, aglutinan porcentajes menores, en torno a un 7 % y un 5 %, aproximadamente. Los datos provisionales de 2021 y 2022 muestran que, durante la pandemia, esta evolución, contextualizada en el marco de una tendencia general de disminución de número de

⁴⁸² BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Sucesión de plantilla en contratas intensivas...”, *op. cit.*, pág. 10.

⁴⁸³ Ministerio de Trabajo y Economía Social: *Boletín de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, número 84, noviembre de 2022, pág. 13.

empleados cubiertos por convenios colectivos⁴⁸⁴, ha seguido enfatizando la tendencia de un mayor porcentaje de empleados protegidos en el sector servicios. En concreto, en torno a cinco millones de empleados (5.100.800), lo que representa un 63 % de pertenencia al sector servicios. El sector industrial también ha incrementado ligeramente su ratio, y cubre ahora algo más de dos millones de trabajadores (2.270.100) que representan un 28 %. Los sectores de la construcción y el agrario continúan retrocediendo en su cuota de cobertura hasta los 435.000 y 214.500, respectivamente, es decir, un 5 % y un 3 %, aproximadamente.

CONVENIOS Y TRABAJADORES POR SECTORES					
	TOTAL	Agrario	Industria	Construcción	Servicios
Convenios					
2019	5.539	94	1.991	160	3.294
2020	4.915	88	1.834	136	2.857
2021 P	3.857	77	1.546	110	2.124
2022 P	2.801	56	1.103	63	1.579
Trabajadores (miles)					
2019	11.397,6	494,7	2.661,5	811,9	7.429,5
2020	10.700,8	564,2	2.781,2	772,5	6.582,8
2021 P	9.751,0	453,8	2.677,7	661,5	5.957,9
2022 P	8.020,6	214,5	2.270,1	435,2	5.100,8

FUENTE: Estadística de convenios colectivos. Convenios y trabajadores por año de efectos económicos. Convenios registrados hasta 31 de octubre de 2022. P=Provisional.

Fig.3. Datos de convenios y trabajadores por sectores en el período 2019 a 2022, según la CCNCC.

En este marco, las cláusulas convencionales que contienen la obligación de subrogación aparecen con especial recurrencia en el sector servicios y, en concreto, en actividades intensivas en el factor humano —rasgo del que se ha hecho eco la doctrina científica⁴⁸⁵—. También en otras actividades en las que la tecnología o los elementos inmateriales pueden jugar un papel importante, como es el caso del *contact center*, aparece la obligación de subrogación en los convenios. Aunque sea esta una característica muy presente en ese tipo de actividades pertenecientes al sector servicios, conviene señalar que no es exclusiva de estos, como muestran los convenios colectivos de sectores en los que los tangibles son relevantes, como la gestión de aparcamientos, instalaciones deportivas y gimnasios o el juego del bingo.

Así, las cosas, cabe concluir que, como regla general, se identifican numerosos convenios que siguen contemplando la subrogación convencional⁴⁸⁶ en actividades que se basan de manera esencial en la mano de obra y pertenecientes al sector servicios, especialmente si son actividades que se prestan en régimen de contratos de prestación de servicios al que concurren sucesivas empresas contratistas. Tal es el caso de los convenios colectivos que regulan las actividades en torno al denominado “tercer sector”, como son el Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2022-2024 (artículo 13), el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (capítulo XIII), el XV Convenio colectivo general de centros y

⁴⁸⁴ El total de empleados cubiertos pasa de 10.700.800 en 2020 a 8.020.600 en 2022 (datos provisionales).

⁴⁸⁵ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “El problema de las cláusulas subrogatorias”, *op. cit.*, pág. 247, ha enfatizado que “*en buena medida se trata (...) de sectores cuya actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra y en los que, por tanto, la obligación de subrogación impuesta por el convenio colectivo resulta la principal, y casi única, medida de garantía de estabilidad en el empleo*”.

⁴⁸⁶ Hace ya más de diez años, alguna doctrina de suplicación —p. ej., Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de enero de 2012 (AS 2012, 461)— se encargaba de relacionar los convenios colectivos que incluían la subrogación convencional y que, en líneas generales, se ha seguido manteniendo.

servicios de atención a personas con discapacidad (artículo 27), el Convenio colectivo marco estatal de del sector de ocio educativo y animación sociocultural (artículo 37), y el IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (artículo 34). También se recoge la subrogación convencional, como no podría ser de otra manera, en los convenios de las actividades que clásicamente han descansado en la mano de obra, como es el caso de la limpieza y la seguridad. Así lo recoge el I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales (artículo 17)⁴⁸⁷ y el Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (capítulo XI). En la misma línea el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022 (capítulo III, artículos 14 a 18), respecto del que merece la pena resaltar que siga incluyendo la subrogación convencional pese a que la irrupción de la doctrina *Somoza* se produjo, precisamente, en la actividad de vigilancia de un museo (lo que no ha impedido que posteriores ediciones del convenio, en era “post-Somoza”, incluyan la obligación de subrogación convencional). Y podríamos añadir también en este bloque de prestación de servicios muy basada en el factor humano las actividades de jardinería para los años 2021 a 2024 (artículo 45) o las actividades concretas de mantenimiento a las que se refiere el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción para contratos de mantenimiento de carreteras, vías férreas, redes de aguas, concesiones municipales de conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado, si bien aquí pueden jugar un papel relevante los elementos patrimoniales necesarios para esas actividades de conservación. Otros sectores intensivos en mano de obra que siguen contemplando la subrogación convencional en sus convenios son, por ejemplo, el IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos —*handling*— (capítulo XI), el Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas al régimen concesional —controladores aéreos— (artículo 86 bis y ss.), el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (artículo 31), el II Convenio colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar (artículo 25) o el V Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública (capítulo II).

La lógica construida en torno a la idea de que las actividades intensivas en mano de obra, para lograr la estabilidad en el empleo ante la carencia de transmisión de tangibles que desencadene la sucesión legal o clásica de empresa, han recibido el apoyo de la subrogación convencional sigue estando vigente. Y, en buena medida, la mayoría de los convenios que se acaban de señalar han continuado reproduciendo este esquema después de la irrupción de la doctrina *Somoza*. No obstante, resultaría equivocada la conclusión de que la subrogación convencional está vedada a ese tipo de actividades, pues un buen

⁴⁸⁷ Resulta de interés el supuesto de subrogación parcial que prevé el artículo 17.9 que prevé la “División de contratos”. Contempla que “en el supuesto de que una o varias contrata, cuya actividad viene siendo desempeñada por una o distintas empresas o entidades públicas, se fragmenten o dividan en distintas partes, zonas o servicios al objeto de su posterior adjudicación, pasarán total o parcialmente a estar adscritos al nuevo titular aquellos trabajadores/as que hubieran realizado su trabajo en la empresa saliente en cada una de esas partes, zonas o servicios resultantes de la división producida, en los términos previstos en el punto uno de este artículo”. El artículo 17.12 que incorporó la Resolución del 30 de septiembre de 2014 que contiene el Acta del acuerdo de modificación del artículo 17 del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales añade que “En el supuesto de cambio de contrata, independientemente de que el servicio se haya visto reducido en la nueva adjudicación a la empresa contratista entrante, se aplicará el mecanismo de subrogación recogido en este artículo como garantía de estabilidad en el empleo para todos los trabajadores y trabajadoras que cumplan los requisitos para ser subrogados conforme a lo estipulado en el mismo, pasando a estar adscritos a la nueva adjudicataria del servicio, tanto todos los trabajadores y trabajadoras como la jornada adscrita al referido servicio hasta ese momento”. A destacar la referencia a la adscripción de la jornada parcial en función del tiempo que se esté dedicando a ese servicio.

número de negocios dependientes del sustrato material también han recibido el refuerzo de la subrogación convencional, que juega en favor de la estabilidad en el empleo cuando no sea claro que se hayan transmitido los activos que desencadenen la sucesión legal de empresa. Así, en actividades dependientes de los medios tangibles y, en concreto, del inmueble o del local de negocio, destacan el VI Convenio colectivo general del ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (capítulo III); el XXII Convenio colectivo para el sector de contratistas ferroviarias (capítulo III, artículo 9), el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (artículo 27)⁴⁸⁸, el IV Convenio colectivo sectorial estatal para instalaciones deportivas y gimnasios (artículo 25) o el Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo para los años 2022 a 2024 (artículo 14). Igualmente, cabría incluir el V Acuerdo laboral estatal de ámbito estatal para el sector de la hostelería, en cuyo capítulo XII prevé la subrogación para la restauración social o el subsector de colectividades. No obstante, resultando el V ALEH un acuerdo marco que precisa “indefectiblemente” de un convenio colectivo para vincular a las relaciones laborales individuales⁴⁸⁹, esta tarea la acomete el Convenio colectivo estatal del sector laboral de la restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (su disposición adicional cuarta se remite al V ALEH). Estas actividades de restauración social y colectividades, aun cuando el elemento personal sea relevante, no pueden prestarse sin la involucración de las cocinas, sean las de las instalaciones del cliente donde cocinan y sirven al comensal en residencias, universidades, colegios, etc. o sea en las cocinas centrales de la empresa de *catering*, conocidas como CPU.

En otro grupo de actividades en la que —podría decirse— las instalaciones juegan un papel relevante, se contempla la subrogación convencional en varios de sus convenios colectivos. Esto ocurre, por ejemplo, en el sector de la enseñanza, con el XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil (artículo 31) o IX Convenio colectivo de formación y enseñanza no reglada (artículo 10), en ambos casos, pensando en el cambio de adjudicataria de las instalaciones escolares o formativas. También cabría mencionar, en esta misma línea, el VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua 2018-2022 (capítulo IX) o el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (artículo 36).

También otra serie de actividades en las que el elemento material —en este caso, los vehículos— son relevantes han recibido igualmente la segunda red de cobertura de la sucesión convencional. Así ocurre en el caso de las ambulancias. Son esenciales en el transporte de enfermos —a salvo de que estén en la obsolescencia como enseña la doctrina *Grafe/Pohle* del TJUE expuesta en el capítulo III y carezcan de valor, lo que reforzaría la necesidad de cubrir estos casos por vía de la subrogación convencional—. Pues bien, el Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para los años 2020-2025 prevé la subrogación convencional (artículo 27, capítulo II) o, en la misma línea, el VIII Convenio colectivo sectorial nacional para el sector de autotaxis, que también prevé la obligación de subrogación convencional (artículo 19).

En cuanto a las actividades en las que el componente tecnológico e inmaterial es relevante, conviene destacar la inclusión de la subrogación convencional en el VI Convenio colectivo estatal del sector de *contact center* (artículo 18). El sector ha ido evolucionando cada vez más hacia la inmaterialidad, como

⁴⁸⁸ Su artículo 27 prevé la subrogación para contratistas de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado.

⁴⁸⁹ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo precisa que los acuerdos marcos requieren, indefectiblemente, de un convenio colectivo para que alcancen eficacia jurídica sobre las relaciones laborales individuales, lo que afecta también a la subrogación, como se expone en el apartado 1.2.2 de este capítulo 4.

muestra su ámbito de aplicación actual, en el que las referencias a los elementos intangibles son constantes (artículo 2)⁴⁹⁰. Ahora se contempla que el contacto puede ser “*por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico*”. De hecho, los contactos pueden tener lugar “*en entornos multimedia*”. El contacto ya no es tan solo por la vía telefónica o de mensajes de textos, como solían prever las primeras ediciones de este convenio, primigeniamente denominado “Telemarketing”⁴⁹¹. De hecho, en su momento se produjo el debate acerca de si esta actividad descansaba esencialmente en la mano de obra o en los elementos materiales que configuraban la plataforma⁴⁹². Y se concluyó que la necesidad de relevantes inversiones y aportación por la nueva adjudicataria de las obras, las redes, los enseres, ordenadores, centralitas, teléfonos, licencias de *software*, servidores y electrónica de red, todos ellos aportados por la cesionaria, impedían la existencia de sucesión de empresa por la vía de la sucesión en la plantilla, porque la plataforma denominada plataforma interna la aportaba esa cesionaria, nueva operadora de *contact center*⁴⁹³. En cambio, cuando la plataforma era externa, alquilada y aportada por un tercero, de modo que el nuevo operador de *contact center* asumía parte de la plantilla y no hacía una aportación relevante de la plataforma, en esos casos se producía sucesión de empresa (como ocurría en el grupo de empresas del asunto *Teletech*⁴⁹⁴).

También el Convenio colectivo para la industria fotográfica prevé la subrogación convencional (artículo 22.2). Parte de la actividad del ámbito funcional de este convenio está muy focalizada en los elementos intangibles, en cuanto se refiere a la digitalización, archivo y custodia de documentos (artículo 1.1.f).

No obstante, se observa que actividades muy dependientes del elemento inmaterial, como pudiera ser el sector informático, no encuentran en sus convenios colectivos la protección adicional de la subrogación convencional. Así ocurre, por ejemplo, en el XII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, que incluye en su artículo 2 las empresas de servicios de informática y las de investigación de mercados y opinión pública. Esto nos lleva a pensar que quizá estos sectores, en los que la inmaterialidad es la clave de bóveda y la esencia de la actividad, puedan necesitar de este refuerzo garantista por la vía de la sucesión convencional. La experiencia judicial demostró que la evolución de la empresa como objeto de transmisión y el paulatino abandono de la tangibilidad por el factor humano precisó de una reacción jurisprudencial en forma de la doctrina de la sucesión en la

⁴⁹⁰ “A los efectos del presente Convenio quedan encuadradas en la prestación de servicios de *contact center* todas aquellas actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de «back office», información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados”.

⁴⁹¹ El artículo 2 del I Convenio Colectivo para el sector del Telemarketing publicado por resolución de 10 de marzo de 1999 (BOE de 31 de marzo) señalaba que, “a estos efectos se entenderá por actividad de telemarketing, aquella que, ejercida vía telefónica o por medios telemáticos, se dirige a la promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas originadas por un estímulo externo, así como los diferentes servicios de atención telefónica a clientes”.

⁴⁹² MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cambio de adjudicataria en el servicio de atención telefónica de un ayuntamiento...”, *op. cit.*, pág. 819 y ss.

⁴⁹³ Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que confirmaron la inexistencia de sucesión de empresa de 5 de marzo de 2010, 25 de marzo de 2010, 15 de abril de 2010, 19 de julio de 2010 y 11 de octubre de 2011.

⁴⁹⁴ Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2009 (recurso 3427/2009), de 17 de noviembre de 2009 (recurso 4345/2009) y de 25 de febrero de 2010 (recurso 5261/2009), o de Cataluña de 20 de noviembre de 2009 (recurso 5481/2009).

plantilla y de una cobertura por la vía convencional. Posiblemente, en la medida en que se avanza hacia la ingravidez y pueda haber actividades basadas en activos intangibles y etéreos, sea preciso visitar la jurisprudencia y forjar un criterio de actividades basadas en la intangibilidad. Y ello, probablemente, necesite de un acompañamiento en la negociación colectiva donde se puedan introducir cláusulas de sucesión convencional para estos sectores ingravidos. Todo ello, por supuesto, procurando sobreponerse a las dificultades generadas por la doctrina *Somoza* sobre la subrogación convencional.

5. POSIBLES SOLUCIONES AL “EFECTO PERVERSO” DE LA DOCTRINA SOMOZA

Independientemente de que la negociación colectiva, como se ha constatado, siga apostando mayoritariamente por la subrogación convencional, indudablemente, la irrupción de esta doctrina plantea una incidencia clara en la voluntad de los negociadores. Lo que se pretendía en sede de negociación colectiva es mejorar el régimen del artículo 44 ET, régimen que ya es mejor que el de la Directiva 2001/23 CE porque habilita e incluye la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social. Y, en ese contexto, la negociación colectiva quiso proteger los supuestos en los que no existía una sucesión legal de empresa legal del artículo 44 ET y de la Directiva, de modo que también en esos casos los empleados fueran subrogados con los límites que establecía el convenio (antigüedad mínima en la adscripción al servicio, exoneración de responsabilidad en materia de seguridad social para la cesionaria, simple inclusión en un proceso de selección en el que un porcentaje del servicio se configura con empleados de la anterior adjudicataria, como ocurría en el *contact center*, etc.). El alcance limitado de la subrogación convencional, en cuanto estaba en una distinta dimensión a la sucesión legal de empresa y merecía otras consecuencias jurídicas más acotadas, saltó por los aires con la doctrina *Somoza*; pero, aunque los convenios sigan incluyendo la subrogación convencional, el problema se sigue produciendo en las consecuencias jurídicas, porque al cumplir el convenio colectivo, cuando se trata de actividades que se basan esencialmente en la mano de obra, se produce sucesión de plantillas y, con ello, todas las consecuencias jurídicas plenas del artículo 44 ET (también las que mejora respecto de la Directiva 2001/23 CE, por tanto, la responsabilidad solidaria).

En este contexto, varias son las soluciones que podrían reordenar un poco la situación y cuadrar el círculo, aplicando la doctrina *Somoza*, pero tratando de mantener, al menos en parte, el espíritu negociador que cristalizó en tantas cláusulas de subrogación convencional con limitaciones que venían ofreciendo un sistema protector con matices que había cumplido su papel correctamente.

Siendo un hecho que estas cláusulas de subrogación convencional siguen existiendo en la era post-*Somoza*, desde luego, es claro que la única manera de incidir en las limitaciones a la subrogación convencional y evitar en algunos casos que se desencadenen todos sus efectos consistiría en actuar en el presupuesto de aplicación fáctico de la subrogación convencional. Porque, una vez que se active la maquinaria del convenio, si hay sucesión en la plantilla, ya no se pueden limitar sus consecuencias jurídicas.

La manera sería, por tanto, la inclusión de una serie de requisitos adicionales en las cláusulas de subrogación convencional que indiquen que no hay obligación de contratar a los empleados si el cedente tiene deudas salariales y de seguridad social. En ese supuesto, el cesionario no estaría obligado a subrogar a nadie, porque las obligaciones de subrogar del convenio colectivo no entrarían en vigor.

En este sentido, GARCÍA-PERROTE⁴⁹⁵ ha señalado que “(...) una cautela que podría tratarse de introducir consistirá en que el convenio colectivo establezca [que] la subrogación excluya dicha subrogación en el caso de que el saliente tenga deudas salariales o de Seguridad Social”. Y, profundizando en esta idea, cabría también plantearse si pudiera reformarse el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores “(...) en el sentido de permitir, al menos a determinados convenios colectivos, excluir la responsabilidad solidaria”.

La propuesta tiene todo el sentido, pues si el artículo 44.3 ET es el que añade la obligación adicional de responsabilidad solidaria salarial y de seguridad social que no prevé la Directiva 2011/23 CE para la sucesión de empresa legal, quizá pudiera matizarse esa obligación y plantearse una excepción, bien para determinados sectores (como sugiere GARCÍA-PERROTE), o bien para las actividades intensivas en mano de obra que pudieren dar lugar a la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla. Si ese es el problema que genera en la negociación colectiva la doctrina *Somoza*, probablemente pueda corregirse, al menos en la parte de la consecuencia de la responsabilidad solidaria, pues si el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23 es el que permite a los Estados miembros incluir esa responsabilidad solidaria, ello no es obligatorio salvo que la legislación española lo incluya. Ciertamente es que siempre se ha incluido, pero también que el sistema anterior a *Somoza* había aceptado que en España esto solo se produjera en casos de sucesión de empresa legal, pues en la convencional, en la medida en que se mejoraba la legal, se podían incluir restricciones (como la inexistencia de responsabilidad solidaria en seguridad social). Por tanto, el legislador podría solucionar el problema limitando el alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 44 ET a los supuestos de sucesión de empresa legal “clásica” por transmisión de industria, pero inaplicarla en casos de sucesión en la plantilla, al menos en la producida por cumplimiento del convenio colectivo. Aunque, por supuesto, una reforma legal —y menos una que acometa el complejo artículo 44 ET— no es cualquier cosa, por lo que quizá la vía más plausible en la práctica sea la limitación de la activación de la subrogación convencional en el propio convenio, evitando que desencadene la sucesión *ex convenio* cuando se está ante una empresa cedente incumplidora de sus obligaciones laborales y de seguridad social.

6. OTRAS DIFICULTADES PARA APLICAR LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

6.1 DIFICULTADES DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA SALIENTE A EMPRESAS ENTRANTES QUE APLICAN OTRO CONVENIO

Aunque la cuestión de las remunicipalizaciones, que precisa de un estudio concreto y específico⁴⁹⁶, se excluye del presente trabajo, es preciso tratar, aunque sea de manera muy somera y fijando al menos las referencias actuales, la cuestión de la problemática de la aplicación de la subrogación convencional cuando el cesionario aplica un convenio distinto. Dos son las cuestiones claves aquí: (i) la posibilidad de aplicar la subrogación convencional a empresas entrantes que aplican otro convenio colectivo; y (ii) la posibilidad de aplicar esa subrogación convencional a entes públicos (ayuntamientos, CC. AA., sociedades mercantiles de capital público, etc.).

⁴⁹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 658.

⁴⁹⁶ Un estudio completo, realizado en el año 2017 —y, por tanto, pendiente de actualización tras la doctrina del TJUE en el asunto *Correia Moreira*, del TJUE—, puede verse en TODOLÍ SIGNES (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, op. cit.

La aplicación de la subrogación convencional, en la medida en que proviene de un convenio colectivo, va a sufrir la misma limitación que cualquier otra condición de un convenio colectivo que se pretenda aplicar a una empresa concreta y a sus trabajadores, esto es, que deberán ambos encontrarse dentro del paraguas marcado por el ámbito de aplicación material del convenio. Así, si la actividad de la empresa cedente y cesionaria es la misma y se produce ese cambio de adjudicataria sin traspaso de elementos de ningún tipo, la subrogación convencional será aplicable, sin duda, en la medida en que ambas empresas realicen una actividad que se pueda engarzar en ese ámbito de aplicación.

Pero, como recuerda la doctrina, la casuística que arroja la realidad empresarial es muy diversa y revela que no siempre es tan habitual que el convenio en el que están integradas la empresa contratista y sus personas trabajadoras coincida con el de la empresa contratista entrante. No puede asumirse que siempre y en todo caso *“las contratistas entrantes de una misma actividad se vendrán obligadas por las cláusulas del convenio que vinculaba a la contratista anterior imponiendo la subrogación obligatoria en las relaciones laborales que esta mantenía”*⁴⁹⁷.

Así, los problemas comienzan cuando la empresa entrante realiza una actividad distinta, de forma que no se aplica el mismo convenio colectivo de la empresa cedente, ese que impone la subrogación.

6.1.1 El principio de correspondencia impide la aplicación de la subrogación convencional a empresas que no forman parte de ese ámbito —el convenio no puede afectar a quienes no son parte en la negociación y han sido representadas en ella—

El ámbito de aplicación funcional de un convenio colectivo no puede alcanzar a terceros que no son representados en esa negociación. Su ámbito de aplicación debe ceñirse al ámbito respecto del cual las partes firmantes del convenio ostentan legitimación para negociar y alcanzar ese acuerdo. Esto impedirá la aplicación de la obligación de subrogación prevista en el convenio colectivo a terceras empresas que realicen actividades fuera del ámbito del convenio (lo que muy señaladamente sucede cuando se produce la reversión del servicio a la empresa o ente principal). Este es un argumento clave que está empleando la jurisprudencia para resolver la cuestión, y es el que debe seguirse (señaladamente, la STS de 21 de abril de 2015 [RJ 2015, 2177]) para descartar la aplicación del convenio colectivo de la última adjudicataria a la empresa principal (y con ello, la obligación de subrogación), pues *“[e]l Convenio Colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran en su ámbito de aplicación”*. El criterio sigue plenamente vigente en el marco de la subrogación convencional, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, RJ 2020\4512, que añade el muy coherente argumento de que *“las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los Ayuntamientos están llamados a desempeñar, y por ello entendemos que las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades”*.

⁴⁹⁷ RODRIGO SANBARTOLOMÉ, Francisco Agustín: “Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratas”, *op. cit.*, pág. 31.

Así, una corriente jurisprudencial mayoritaria⁴⁹⁸ ha venido entendiendo que los textos convencionales solo obligan a empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación (se analiza en ese caso si existe sucesión de empresas, también convencional, entre la última adjudicataria que regentaba la cantina y el Ministerio en el que se ubicaba). En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha denegado, en supuestos de reversión de servicios públicos de limpieza viaria⁴⁹⁹ y de cafetería, la aplicación de la sucesión convencional a la empresa principal basándose en que un convenio colectivo no puede incluir cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. El razonamiento se basa en el artículo 82.3 ET del que se deriva que, comoquiera que los convenios colectivos alcanzan a aquellas empresas y trabajadores incluidos en el paraguas de su ámbito de aplicación, solo puede producirse ese efecto, fuerza de obligar y vinculación respecto de quienes han sido representados en los procesos negociadores de esos convenios. Ocurre en ese caso algo muy habitual, que es la mera presencia, entre los pactantes del convenio que impone la subrogación, de las asociaciones empresariales del sector —aquí hostelería y varias organizaciones sindicales—, pero con la insalvable ausencia de la representación de las Administraciones públicas que represente al ayuntamiento, comunidad autónoma o ente público que actúa de principal y a quien se pretende aplicar la subrogación convencional. Por tanto, al no estar representada esa Administración pública en el proceso negociador del convenio, no le pueden alcanzar sus efectos.

Además, en las sentencias de 17 de junio de 2011 (RJ 2011, 5423) y de 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 9976), el Tribunal Supremo ha manifestado que el hecho de que un ayuntamiento asuma un servicio público, anteriormente externalizado, con sus propios medios, no convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad constitutiva del servicio público prestado y, por ende, no debe estar sujeta al convenio colectivo aplicable a la anterior adjudicataria.

En idéntica línea se ha pronunciado la doctrina de suplicación. En concreto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria al analizar los servicios de abastecimiento de aguas (Sentencia de 18 de junio de 2014, AS 1524) en relación con el Convenio colectivo sectorial estatal. Con base en la doctrina del Tribunal Supremo, el TSJ de Cantabria niega en ese caso la aplicación del artículo 53 del Convenio Colectivo Sectorial Estatal (la cláusula subrogatoria del convenio) al ayuntamiento porque considera evidente que el Ayuntamiento que tenía adjudicados los Servicios de abastecimiento de agua a una empresa del sector, cuando rescinde dicha adjudicación y asume directamente la ejecución de los Servicios públicos *“no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva*

⁴⁹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2015 (RJ 2015, 2177), de 18 de junio de 2014 (RJ 2014, 1524), de 17 de junio de 2011 (RJ 2011, 5423), de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 7678) y de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7797).

⁴⁹⁹ En materia de limpieza viaria, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto el debate en el sentido de que el convenio colectivo del sector de la limpieza viaria no puede ser aplicable, en caso de internalización de la prestación del servicio, al ayuntamiento (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 [RJ 2011, 5423], cuya doctrina es reiterada por la Sentencia de 26 de julio de 2012 [RJ 2012, 9976]).

Esta conclusión se basa en la jurisprudencia de la propia doctrina de la Sala (por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008), según la cual *“el convenio colectivo no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”*. Tomando este argumento, se concluye en las Sentencias de 17 de junio de 2011 y 26 de julio de 2012 que *“tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta limpieza viaria con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública viaria”*. Por tanto, de acuerdo con esta doctrina, no cabría aplicar el convenio colectivo de limpieza al ayuntamiento que internaliza la actividad de limpieza tras extinguir la contrata.

adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior; a pesar de que el abastecimiento de agua potable, a domicilio, evacuación y tratamiento de aguas residuales sea competencia municipal. De donde se desprende que no actúa la subrogación prevista en el artículo 53 del Convenio estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales”.

Igualmente, también en el sector de aguas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de junio de 2012 (JUR 2012, 296755) rechaza la aplicación a una sociedad pública de la sucesión convencional establecida por el III Convenio colectivo estatal de las industrias de adaptación, elevación, conducción y depuración de aguas potables y residuales. Es de interés lo que argumenta acerca de la aplicación de la subrogación convencional al ente o empresa principal, sea pública o privada (un tipo de cláusulas que se observa en numerosos convenios colectivos, por ejemplo, en el V ALEH). Esta sentencia declara que, *“pese a que su art. 3 [del convenio colectivo mencionado] alude tanto a empresas privadas como a entidades públicas, sus efectos no pueden extenderse a empresas o trabajadores que no estén incluidos en su ámbito de aplicación en los términos que derivan del art. 82.3 ET, y por tanto, no la sociedad pública [G], S.A. que no estuvo representada ya que no pertenece a aquella asociación (AGA)”*. La doctrina ha señalado que, en efecto, existen numerosos convenios que contienen estas previsiones, como es el caso del Convenio colectivo de limpieza en varias provincias, el Convenio colectivo estatal de jardinería; el Convenio colectivo de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, o el de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario y cumplimiento de ordenanzas de aparcamientos. De hecho, incluso en algún supuesto, la doctrina judicial lo había llegado a aplicar al ente público principal (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de octubre de 2012, recurso 3725/2011)⁵⁰⁰. Pero esta conclusión *“se aparta de la doctrina consolidada y de la necesidad de estar incluido en el ámbito de aplicación del convenio”*⁵⁰¹, problema que, además, reabrió la nueva redacción del artículo 130.3 de la LCSP⁵⁰² y que posibilitaría sostener esta interpretación de que el convenio al que alude el 130.3 LCSP puede aplicarse a la entidad administrativa que recupera el servicio, aunque ello plantea numerosos problemas en los que no nos detendremos ahora⁵⁰³.

A este respecto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido recordando que la Ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del Convenio colectivo, razón por la cual —se trata de una

⁵⁰⁰ SANDE PÉREZ-BEDMAR, María de: “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2018, Francis Lefebvre, pág. 878 ha recordado que algún otro supuesto excepcionalísimo que se resuelve la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (núm. de recurso 724/2016) se aplicaba la subrogación convencional al Ayuntamiento de la empresa municipal GHIASA. Pero en ese caso, se alcanzaba esa conclusión porque era una empresa pública instrumental creada por la Mancomunidad de la que el Ayuntamiento demandado formaba parte (el razonamiento se sustentaba en que en el fondo, la empresa pública que negoció el convenio era un ente instrumental de la administración, por tanto, la administración misma).

⁵⁰¹ GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique: “Descentralización en el sector público: aspectos generales”, en BLASCO PELLICER, Ángel y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes: *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 542 y ss.

⁵⁰² Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Su artículo 130.3 dispone lo siguiente: *“En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*.

⁵⁰³ Se ha analizado la problemática con detalle en GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique: “Descentralización en el sector público: aspectos generales”, *op. cit.*, pág. 543 y ss.

existencia lógica— este debe respetar lo dispuesto con carácter necesario por aquella, imponiéndolo así los artículos 9.3 CE y 85.1 del ET en relación con el 3.3 ET⁵⁰⁴.

GARCÍA-PERROTE⁵⁰⁵ se ha referido también a esta cuestión en el sentido de que *“las SSTs de 17 de junio de 2011 y 11 y 26 de julio de 2012 han establecido que la asunción directa por el Ayuntamiento de la ejecución del servicio público de limpieza realizado por anterior empresa concesionaria no permite que a ese ente local se le aplique la cláusula subrogatoria del convenio sectorial de limpieza por no estar el Ayuntamiento incluido en ese convenio colectivo. Se remite, asimismo a la STS 19 de septiembre de 2012 y, posteriormente, a las SSTs 21 de abril de 2015 (recurso 91/2014) y 895/2020, 13 de octubre de 2020 (rec. 2126/2018)”*.

Por tanto, con base en la jurisprudencia expuesta, y habida cuenta de que ni los ayuntamientos ni las potenciales empresas municipales que asuman la gestión directa de los servicios como consecuencia de la reversión de las concesiones están incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo sectorial estatal, podrá mantenerse que no les será aplicable la cláusula subrogatoria que impone la sucesión convencional. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4512) ofrecía, no obstante, una solución al problema, que no era otra que la formalización por los ayuntamientos de un convenio colectivo propio en tanto que permite regular unitariamente las relaciones laborales de todos sus empleados y de todas las diferentes actividades que pudiere desarrollar en la prestación del servicio público, o bien, en caso de ausencia de convenio, mediante mecanismos previstos en el artículo 92 del ET, en esencia, adhesión a otro convenio, bien mediante la extensión de otro convenio colectivo en vigor.

6.1.2 La doctrina de las “excepcionales irrupciones”

Conviene señalar también que existe una corriente jurisprudencial opuesta a la anterior (si bien de fechas anteriores y que podría considerarse superada por la doctrina anteriormente citada). Según esta otra línea jurisprudencial, un convenio colectivo podría ser aplicable a aquellas entidades que estén dentro de su ámbito funcional, es decir, que el ente o empresa principal se dedique, *de facto*, o “irrumpe” en la actividad que regula el convenio colectivo (restauración, abastecimiento y distribución de aguas, etc.)⁵⁰⁶.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012\3353) consideró que si una empresa (en ese caso, un centro especial de empleo) concurría a una licitación de limpieza, está “irrumpiendo” en una actividad diferente a la que figura en el ámbito de su propio convenio, por lo que debía someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en el que irrumpe. En

⁵⁰⁴ A la vista de todo lo anterior, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluye que *“la obviedad de los argumentos son demostrativos de que en realidad los negociadores del ALEH y del Convenio Colectivo en manera alguna pretendieron —como corresponde a la representatividad de sus negociadores— que las [obligaciones de subrogación] pactadas alcanzasen a las Administraciones Públicas contratantes, sino tan sólo a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuese el ámbito —público o privado— en el que la contrata tuviese lugar”*.

⁵⁰⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit. pág. 659.

⁵⁰⁶ La posibilidad de aplicar el convenio colectivo al ente público principal cuando se produce esta “excepcional irrupción” en la actividad es una posibilidad que hemos tenido ocasión de apuntar con anterioridad. Véase MADRIGAL ESTEBAN, María Jesús y MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa desde el punto de vista de la contratación pública”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 146 y ss.; y MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Especificidades de la figura de la sucesión de empresa en el marco de las remunicipalizaciones”, op. cit., pág. 137.

consecuencia, le resultaba aplicable la cláusula de subrogación por sucesión de contratadas prevista en el convenio colectivo de limpieza⁵⁰⁷.

En todo caso, esta corriente jurisprudencial ha sido claramente superada por las más recientes sentencias del Tribunal Supremo (por ejemplo, la STS 21 de abril de 2015 antes citada) que se muestran restrictivas en cuanto a la aplicación de la sucesión convencional a entes públicos que no forman parte del ámbito subjetivo del convenio colectivo.

Por su parte, precisamente, respecto de los trabajadores de los centros especiales de empleo, finalmente se determinará, de acuerdo con la DA 27 del Real Decreto-ley 32/2021⁵⁰⁸, que se les aplique su propio convenio colectivo (el convenio colectivo de centros y servicios de atención a las personas con discapacidad), tal y como había señalado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020 que debía hacerse y como remata la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2022 (núm. de recurso 1871/2019). Esta última expone que *“los trabajadores de los centros especiales de empleo han de regir sus relaciones por el convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen en tanto estén vinculados a esa específica figura empresarial mediante una relación laboral especial que define el ámbito de aplicación del citado convenio”*. Razona también que justo esta solución es la querida por la citada Disposición Adicional 27 del Real Decreto-ley 32/2021.

Aunque la anterior doctrina del Tribunal Supremo (STS de 21 de abril de 2015 y siguientes) está consolidada, el único argumento con el que tratar de sostener una eventual aplicación de un convenio colectivo a la empresa principal de titularidad pública o a la propia Administración (incluso en el caso de que se trate de un ente local) pudiera estar en el hecho de que realice *de facto* la actividad externalizada.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (RJ 2012\3753) aplica la doctrina de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011 y 21 de octubre de 2010, y advierte que a aquellas entidades que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de un determinado convenio colectivo se les aplicará el convenio colectivo de la actividad a la que efectivamente concurren⁵⁰⁹. Esta doctrina fue también reiterada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3607).

De la anterior jurisprudencia podría extraerse la conclusión de que a las empresas de titularidad pública o los entes públicos que realmente efectúen o se dediquen a la actividad que cae en el ámbito de aplicación de convenio se les podrían llegar a aplicar los convenios colectivos de esa actividad en la medida en la que realmente *irrumpan en esa actividad*. Por tanto, y como advirtió la doctrina en este punto, la solución de aplicar el convenio colectivo sectorial a la administración o ayuntamiento en los casos de reversión, pese a ser criticable por apartarse de la doctrina tradicional acerca de la eficacia y

⁵⁰⁷ Las STS de 9 de diciembre de 2015, núm. de recurso 135/2014 y de 2 de febrero de 2017, núm. de recurso 2012/2015 ya se mostraron, en cambio, en favor de la aplicación del convenio propio de los centros especiales de empleo.

⁵⁰⁸ De acuerdo con dicha disposición, *“En los casos de contratadas y subcontratadas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”*.

⁵⁰⁹ *“Si la empresa adjudicataria (...) concurre a una contratada en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo, afectándole, en consecuencia, en el presente caso, las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de la limpieza”*.

alcance de la negociación colectiva, “en el fondo no resulta muy diversa de la sostenida por el TS en relación con los Centros Especiales de Empleo”⁵¹⁰.

Es preciso retener que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015 (RJ 2015, 2177) señaló en su fundamento de derecho cuarto que la regla general es la imposibilidad de aplicar el convenio colectivo a quienes no son parte en la negociación, en aquel caso las Administraciones públicas, que estaban ausentes (y, por tanto, la subrogación convencional difícilmente se aplicará a la Administración o sociedad municipal principal). No obstante, el mismo fundamento de derecho cuarto de esa sentencia menciona una salvedad a lo anterior: “*sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él [supuestos -por ejemplo- como el de las SSTS 21/10/10 (RJ 2010, 7821) -rcud 806/10- ... 23/09/14 -rco 50/13 (RJ 2014, 4959)-]*”. Por tanto, de haber alguna vía para aplicar el convenio de la última adjudicataria a la Administración o ente público principal en casos de reversión de la contrata (y, por tanto, la subrogación convencional), esta sin duda pasaría por encontrarse en un supuesto de “*excepcionales irrupciones*” de esa principal en el ámbito sectorial de la última contratista. Sin embargo, no parece que la anterior versión de la doctrina de los centros especiales de empleo haya sido aplicada a la Administración en supuestos de subrogación convencional, por lo que la posibilidad apuntada es teórica y poco viable en la práctica para el sector público⁵¹¹, menos aún tras la Disposición Adicional 27 del ET que introduce el Real Decreto-ley 32/2021 que precisamente determina que a los centros especiales de empleo no se les aplique “el convenio colectivo de la actividad desarrollada”. Pero, como puede verse en el siguiente apartado, este es el criterio vigente para el sector privado tras la nueva redacción del artículo 42.6 ET (salvo, como decimos, para los centros especiales de empleo).

6.2 LA ÚLTIMA REFORMA LABORAL Y LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

6.2.1 El nuevo 42.6 ET confirma el criterio de la aplicación del “Convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”

Antes de traer a colación el nuevo artículo 42.6 del ET, conviene recordar brevemente cómo se ha llegado a él. Como se ha venido repitiendo, la cuestión de la subcontratación, superado el sistema industrial, ha ido ganando cada vez más preponderancia en la transición de la sociedad industrial a la prestadora de servicios. La doctrina ha subrayado que la subcontratación ha desbordado también su ámbito original —el sector industrial y la industria de los tangibles— y ha tomado posiciones, arraigando con fuerza en

⁵¹⁰ La afirmación se refiere a la doctrina anterior sobre centros especiales de empleo. Se ha analizado la problemática con detalle en GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique: “Descentralización en el sector público: aspectos generales”, *op. cit.*, pág. 544 y ss.

⁵¹¹ En materia de limpieza viaria, destaca la STS de 17 de junio de 2011 (RJ 2011, 5423), en la que la Sala de lo Social del TS casa la STSJ de Castilla-La Mancha que había declarado la existencia de una sucesión convencional entre la última adjudicataria y el Ayuntamiento de Yunquera de Henares. Se argumenta en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia que no es posible la aplicación de la sucesión convencional porque (i) en el ámbito de aplicación el convenio colectivo de limpieza “*sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron presentes por las partes intervinientes en la negociación del convenio*”; (ii) “*aunque la limpieza viaria sea una competencia municipal, tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta limpieza viaria con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública viaria etc., como ocurre con la empresa contratista (...) entre otras razones porque tal asunción del servicio podría realizarse con personal no laboral*”; y (iii) el convenio colectivo prevé la obligación de subrogación “*entre quienes se sucedan, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente convenio*”, pero es “*evidente que el Ayuntamiento (...) no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior*”. Esta doctrina es reiterada en los mismos términos por la STS de 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 9976).

el sector servicios, proceso que ha experimentado un acicate “con la irrupción de las nuevas tecnologías, que han dotado de un potencial multiplicador a la externalización y han agravado las distorsiones entre el modelo normativo y la realidad”⁵¹².

La subcontratación se ha venido relacionando con la precariedad; de hecho, suscitó el intento de distintas reformas, alguna de las cuales había incluso planteado una modificación, no solo del artículo 42 ET, sino también del 44 ET, en la que se garantizase que cualquier proceso de externalización de actividad o de sustitución de contratadas “quedase amparado por el régimen legal de sucesión de empresa, al margen de si tales supuestos resultaban o no reconducibles a una efectiva sucesión de empresa o de plantilla”⁵¹³. La propuesta de modificaciones del 44 ET desapareció en futuras propuestas de reforma del 42 ET. Lo que estaba claro es que el régimen de subcontratación provocó proliferación de empresas multiservicios que aprovecharon la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial (hoy desaparecida con la última reforma laboral), negociándose convenios colectivos de empresa con condiciones salariales a la baja. En este contexto surgieron movimientos de protesta que tuvieron gran repercusión, como el de las camareras de pisos (conocidas como las “kellys”). Todo ello ha desembocado en el régimen jurídico del que disponemos hoy.

Así, la última reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021 ha ofrecido una nueva redacción del artículo 42.6 del ET que apuesta, para la resolución de estos supuestos, por la aplicación a la nueva empresa contratista de la actividad efectivamente desarrollada (con la excepción prevista para los centros especiales de empleo a los que no se aplica esta regla del 42.6 ET por las razones ya expuestas en el apartado anterior⁵¹⁴). Y, al ofrecer esta solución, ha reforzado también la conclusión de que, a efectos de subrogación, el convenio colectivo que habrá de aplicar la contratista será el de la actividad concreta a la que concurre.

En concreto, se establece ahora que “[e]l convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” (artículo 42.6, párrafo primero, del ET).

⁵¹² GOERLICH PESET, José María: “Los límites de la regulación de las contratadas y subcontratadas”, en BALAGUER LÓPEZ, M.(coord.): *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 17.

⁵¹³ Proposición de Ley del año 2016 presentada por el PSOE en la XI Legislatura para modificación del artículo 42.1 ET (BOGC 1-4-2006, núm. 27-1). A destacar que esta posición fue mantenida por el Grupo Unidos Podemos a través de algunas enmiendas, una de las cuales planteaba esa aplicación del artículo 44 ET en sucesiones de contratada, independientemente de si existía una sucesión de empresa o de plantilla. Quizá esto sea ir demasiado lejos, pero tal vez podría estudiarse una solución en esta línea para actividades que descansan esencialmente en la mano de obra y en las que el cesionario rechaza cumplir el convenio o rechaza contratar a parte cualitativa y cuantitativamente relevante de la plantilla.

⁵¹⁴ Disposición adicional 27 del Estatuto de los Trabajadores, añadida por el art. 1.15 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, que establece que “en los casos de contratadas y subcontratadas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Ya se ha dicho que la STS de 20 de diciembre de 2022 (núm. de recurso 1871/2019) argumentará que “los trabajadores de los centros especiales de empleo han de regir sus relaciones por el convenio colectivo propio, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen en tanto estén vinculados a esa específica figura empresarial mediante una relación laboral especial que define el ámbito de aplicación del convenio” y que “además, aun cuando resulte inaplicable al presente asunto por razones temporales, esta es la solución que se desprende de la nueva Disposición Adicional vigesimoséptima del ET, introducida por el RDL 32/2021, que configura una excepción al régimen jurídico del convenio aplicable en contratadas que establece el artículo 42.6 ET en aquellos supuestos en el que la empresa contratista empleadora sea un centro especial de empleo”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia 815/2022 de 6 de octubre de 2022, se ha encargado de confirmarlo. Así, ha reforzado la vigencia de esta doctrina, con alusión a la Sentencia 438/2020, de 11 de junio de 2020 (RJ 2020, 2446), explicando que se ha de aplicar “*el convenio colectivo sectorial «cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata»*», subrayando que lo relevante es «*la actividad realmente desempeñada por los trabajadores»*», de manera que «*el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente»*”. Este es la conclusión que alcanza en un supuesto en el que se analizaba el convenio a aplicar en el servicio de limpieza y lavandería en las residencias para personas mayores de Oviedo, Avilés y Lastres. Como los empleados solo realizaban tareas de limpieza, no podía aquí aplicarse el convenio de dependencia o de desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Conviene señalar que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aporta un interesante *obiter dicta* en el que reflexiona acerca de que el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de “*la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata*”. Y ello, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET, lo que no era el caso en aquel procedimiento porque “*la actividad de limpieza que realizan los trabajadores está incluida obviamente en el convenio de limpieza*”. O excepto que tuviera lugar la segunda salvedad, esto es, que “*la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, lo que no consta que suceda en el actual supuesto ni se alegado en momento alguno*”. Además, señaló que el criterio del vigente artículo 42.6 ET (la aplicación del convenio sectorial de “*la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata*”) coincide con el criterio de la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (RJ 2020, 2446) (rec. 9/2019), de la “*la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata*”.

6.2.2 Contratos fijos discontinuos y subrogación convencional

La reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021 ha realizado, de manera indirecta, una segunda aportación al régimen de sucesión de contratas (además de la anterior acerca del convenio colectivo aplicable). Ciertamente es que esta aportación no necesariamente se refiere a la sucesión de empresa convencional, que es la que se trata en este capítulo, ya que también podría resultar aplicable a la sucesión de empresa legal. Pero entendemos que el apartado más correcto para tratarla es este, habida cuenta de que se prevé para las sucesiones de contratas, el cambio de adjudicataria de contratistas, en las que no solo puede jugar la sucesión *ope legis*, sino también la *ex convenio*. Además, se hace referencia a los plazos de inactividad entre subcontratas, que pueden ser ampliados por la vía de la negociación colectiva, razón adicional para realizar aquí estas reflexiones.

Como es sabido, la reforma laboral ha llevado a cabo una auténtica “*amputación del contrato de obra y servicio*”⁵¹⁵ de nuestro sistema de relaciones laborales. En la lucha por evitar la precariedad, se ha apostado por el contrato fijo discontinuo como sustituto natural. Consiguientemente, el uso que, tradicionalmente, se había venido realizando, del contrato de obra y servicio para efectuar las incorporaciones de trabajadores que prestaban servicios para las contratas (uso con naturaleza temporal

⁵¹⁵ DOLADO, Juan José: “Realidad y futuro del mercado de trabajo”. Ponencia impartida en la reunión anual del Grupo de Coordinación Laboral de Uría Menéndez, Madrid, 20 de mayo de 2022.

“santificada”, en buena medida, por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo durante muchos años), ha tenido que migrar, en la actualidad, al contrato fijo discontinuo.

Es por esta razón que el nuevo artículo 16.1 del ET señala que el nuevo camino paralelo y más cercano al antiguo y desaparecido contrato 401 es ahora el fijo discontinuo, pues “[e]l contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

En este nuevo contexto, el artículo 16.4 ET ofrece una novedad relevante y que puede resultar de utilidad, aportando flexibilidad a la vez que seguridad jurídica en los cambios de adjudicataria en los que no tenga lugar una sucesión de empresa legal, del 44 ET, ni una subrogación convencional. Cuando no se produzca la obligación de subrogación, el nuevo artículo 16.4 ET ofrece una situación de apoyo a esos complejos momentos de transitorios en los que el nuevo concesionario, la nueva empresa adjudicataria, niega la subrogación y la anterior adjudicataria que ha perdido la contrata, necesita tiempo para efectuar recolocaciones en otras contratas (quizá contratas que ya tenga u otras nuevas que pudiera estar en disposición de ganar en corto plazo). Por eso se fija la nueva regla consistente en que, “cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. Su dicción literal ha suscitado preocupación en la doctrina, en el sentido de si los únicos periodos de inactividad posibles para estos fijos discontinuos son los de espera entre contratas. Es decir, si se debe considerar que sólo se encuentran en inactividad en el período que media entre la pérdida de la contrata hasta que la cedente que mantiene a los trabajadores en plantilla, consiga un nuevo contrato en el que consiga reubicar a la plantilla de la contrata que ha perdido. Por tanto, se plantea el interrogante de si estos fijos discontinuos carecen de otros periodos de inactividad, por ejemplo, en el momento de descendimiento de la actividad por razones estacionales y únicamente lo tienen reconocido en el momento transitorio de cambio de adjudicataria en el que no se les subroga⁵¹⁶.

En todo caso, a los efectos de la subrogación, es interesante esta posibilidad que ofrece el artículo 16.4 ET porque dota de cierta estabilidad a la plantilla en esos momentos críticos, así como de un balón de oxígeno a la anterior adjudicataria, que dispondrá de más tiempo para organizarse y recolocar. Ese tiempo está tasado por defecto en tres meses, aunque los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad para los fijos discontinuos, superior a tres meses. Si, pasado ese plazo máximo de inactividad, no se supera la crisis de contrato de trabajo que supone la pérdida de la contrata, entonces ya sí, contempla el nuevo artículo 16.4 ET que “la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma” y aquí entran claramente los ERTES o despidos objetivos como medidas coyunturales o los despidos colectivos, como definitivas.

Además de lo anterior, la medida puede resultar especialmente beneficiosa para los trabajadores que quedaban sin subrogar pese al cambio de adjudicataria. Antes, podían ver sus contratos de obra y servicio, extinguidos, ahora cuentan de ese tiempo adicional para ser recolocados; pero es que, además,

⁵¹⁶ GOERLICH PESET, José María: “¿Puede haber contratos fijos-discontinuos en contratas de obras o servicios de naturaleza discontinua?”, en El Foro de Labos, 22 de marzo de 2022.. Disponible *online*: <https://www.elforodelabos.es/2022/03/puede-haber-contratos-fijos-discontinuos-en-contratas-de-obras-o-servicios-de-naturaleza-discontinua/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

se aseguran la situación legal de desempleo necesaria para poder cobrar la prestación. Esta cuestión generaba tradicionalmente multitud de problemas, por cuanto la anterior adjudicataria tendía a comunicar la baja a la TGSS con la clave correspondiente a la “subrogación” en lugar de con la clave relativa a la “extinción”, lo que provocaba que en muchos casos se denegaran las prestaciones por ausencia de situación legal de desempleo. Con la posibilidad de plantearlo como un período de inactividad, al menos para los trabajadores fijos-discontinuos, el problema se atenúa y la empresa cedente cuenta con alternativas adicionales a la simple comunicación a la nueva adjudicataria de que debe subrogar a la plantilla⁵¹⁷.

En todo caso, todo lo anterior solo resulta aplicable en ausencia de subrogación legal o convencional. Como ha señalado la doctrina que ha interpretado este nuevo artículo 16.4 del ET, si se produce una sucesión de empresa legal —y entiendo que también la convencional—, evidentemente, el nuevo adjudicatario se subrogará en ese contrato, de naturaleza fija discontinua, es decir, “*si está establecida [la subrogación legal o convencional] la relación fija-discontinua que pueda haberse establecido con la contratista saliente continuará en las mismas condiciones con la entrante*”⁵¹⁸. Por tanto, estas nuevas “reglas de inactividad” que ofrece el nuevo artículo 16.4 ET tan solo van a aplicarse en caso de que no exista sucesión de empresa legal del artículo 44 ET y de la Directiva, o bien en caso de que no se cumplan los requisitos establecidos en el convenio para que opere la subrogación convencional⁵¹⁹. Parece, no obstante, que algún sector de la doctrina ha apuntado que este nuevo 16.4 ET entraña algo más, esto es, la posibilidad de que los empleados puedan optar entre dos alternativas: una, seguir con su contrato de trabajo en la empresa cedente (con el contrato fijo-discontinuo en período de inactividad durante ese plazo de tres meses, ampliable por convenio sectorial o quedar a la espera de ERTE o despido objetivo o colectivo); y otra, pasar a ser subrogado en la nueva contratista⁵²⁰. En este punto, posiblemente nos encontremos más bien ante un apoyo o cobertura de vacío en período transitorio, pues si estamos ante una sucesión legal de empresa, no habrá posibilidad de opción para el trabajador, por el efecto *ope legis* que conlleva el artículo 44.1 ET, que produce que quede arrastrado automáticamente a la cesionaria, se quiera o no. Algo similar ocurriría con la sucesión convencional, por la eficacia normativa de los convenios colectivos y su fuerza de obligar. En todo caso, una interpretación finalista de la norma debería llevar a pensar que lo que se quiere es dotar de estabilidad en el empleo y aportar tranquilidad en el período de inactividad para los trabajadores de una contrata que se ha perdido y que no tienen derecho a ser subrogados en la nueva adjudicataria, de modo que el período de inactividad y las prestaciones por desempleo amortiguan esa inseguridad y zozobra en los períodos transitorios hasta que el anterior adjudicatario consiga una nueva contrata a la que asignar a esa plantilla o se vea abocado a realizar ERTES o ERES. Creo que, en efecto, interpretarlo en el sentido de una opción no se compadecería bien con la fuerza de obligar *ope legis* que ostenta la sucesión de empresa legal (así como de la eficacia *erga omnes* de la subrogación convencional) y, como ha expresado la doctrina, podría conducir a un

⁵¹⁷ Maniobra coloquialmente conocida en el mundo de la subrogación como el “piscinazo”.

⁵¹⁸ GOERLICH PESET, José María: “La reforma de la contratación laboral”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 81.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *AEDTSS*. Disponible online: <https://www.aedtss.com/wpcontent/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

“debilitamiento de la tutela subrogatoria”⁵²¹, cuando el propósito claro de la reforma laboral es mejorar las condiciones de precariedad en las contrata. Por último, conviene recordar que el nuevo artículo 16.5 también aporta alguna herramienta que puede ayudar en estos períodos transitorios entre contrata, pues llama a los convenios colectivos de ámbito sectorial a que puedan establecer “una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los períodos de inactividad” y ello a efectos de potenciar su empleabilidad y formación. La doctrina ha apuntado la conveniencia de regular estas cuestiones en sectores cuyos convenios colectivos prevean la subrogación convencional buscando soluciones adaptadas para mejorar la seguridad jurídica de las plantillas en esos períodos transitorios entre contrata.

En suma, la reforma laboral ha aportado la posibilidad de mantener vivo el contrato fijo discontinuo inactivo, en períodos máximos de inactividad entre contrata de hasta tres meses y ha aportado también la posibilidad de que la negociación colectiva adapte esta regla, ampliándola más allá de los tres meses (16.4 ET) o fijando las correspondientes bolsas, medidas que pueden mitigar algunas de las situaciones que se producen para la plantilla en los períodos transitorios entre cambio de empresa adjudicataria cargados de incertidumbre. La doctrina ha señalado que son muchos los interrogantes que depara su puesta en práctica, sobre todo cuando hay adscripción simultánea a diversas contrata, en cuyo caso podría existir una inactividad parcial, referida solo a la contrata que ha terminado a la que está adscrito el trabajador (que sigue adscrito a otras contrata que continúan)⁵²². En esta misma línea, se ha dicho que “el esquema del artículo 16.4 ET lleva a pensar que no es suficiente ya acreditar que ha terminado la contrata para obtener un pronunciamiento de legitimidad del despido; será preciso como mínimo acreditar también la imposibilidad de recolocar en el plazo legalmente establecido”⁵²³.

Igualmente, habrá que continuar siguiendo de cerca los pronunciamientos que interpreten el artículo 16.4 ET, respecto del cual, alguna Sala de lo Social ya ha anticipado *obiter dicta* en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2022 (rec. 167/2022) que, tras la finalización de la contrata, no es posible despedir a los empleados al amparo del artículo 52.c) ET por pérdida de la contrata y causa productiva hasta que, al menos, hayan transcurrido tres meses o el período fijado por el convenio colectivo, estableciendo una suerte de obligación de recolocación imprecisa, que provocara que en caso de posibilidad de recolocación en ese período interino, el despido debiera considerarse improcedente⁵²⁴.

⁵²¹ GOERLICH PESET, José María: “Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo discontinuo”, en *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2022, pág. 93.

⁵²² BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD-Ley 32/2021)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 15 de diciembre de 2022. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#3224>. Fecha de consulta 8/03/2023.

⁵²³ GOERLICH PESET, José María: “Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo discontinuo”, *op. cit.*, pág. 93.

⁵²⁴ Argumenta la STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2022 (rec. 167/2022), sobre el nuevo 16.4 ET que “lógicamente ese periodo de espera implica una obligación de recolocación del trabajador, aunque sea en términos imprecisos, de manera que si se acredita que hubo posibilidades de tal recolocación durante el mismo el despido no puede ser considerado improcedente. A juicio de la Sala estas previsiones son aplicables en el caso de todos los trabajadores adscritos a una contrata, porque el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores los incluye a todos en su regulación, aunque la prestación de servicios para la contrata se extienda durante varios años”.

7. CONCLUSIONES

La evolución de la empresa como objeto transmisivo no solo ha afectado a la redefinición de los contornos de la sucesión legal de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23CE. También ha conllevado importantes modificaciones en la sucesión convencional.

Esos cambios se han producido, en este caso, en el régimen jurídico que venía rigiendo el funcionamiento de la sucesión *por mor* del convenio y sus consecuencias jurídicas y alcance específico.

Como es sabido, las mutaciones de aquello que debía entenderse como empresa-objeto de transmisión llevaron a la jurisprudencia del TJUE a alcanzar la conclusión de que, en una sociedad posindustrial, con una empresa prestadora de servicios que basaba su actividad en el factor humano, su transmisión podía entenderse como la transmisión de una empresa. Esto suscitó un cambio importante, en el que la concepción de empresa como objeto de transmisión incluía específicamente a un grupo de empleados relevante en términos cuantitativos y cualitativos, cuya transmisión pasaba a considerarse una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET. El cambio fue forzado por la evolución de la noción de negocio a efectos transmisivos. Pero no se detuvo aquí, porque en la medida en que en los cambios de adjudicatarias de servicios, la sucesión de contratos sin transmisión de elementos tangibles venía cubierta por la sucesión convencional (con reglas de estabilidad en el empleo limitadas para esa plantilla que cambiaba de adjudicataria) ahora pasaría a tener la plena protección prevista para la sucesión de empresa legal. Por tanto, las consecuencias de la doctrina de la sucesión en la plantilla surgida en los años noventa en torno a la doctrina *Süzen* seguían produciendo efectos con su onda expansiva, ahora en la modificación de la manera de funcionar de la subrogación convencional que, cuando implicaba la transmisión de un grupo de empleados relevante en términos de número y competencias, ya no podía conllevar un régimen jurídico protector limitado, sino el máximo grado de protección. Este fue el resultado de la doctrina *Somoza Hermo* y el cambio más relevante que ha experimentado la sucesión convencional como consecuencia de la transición de un modelo de empresa productora, industrial, a un modelo de empresa prestadora de servicios, basado en las plantillas y los recursos humanos.

Ocurre, como estamos manteniendo reiteradamente en este trabajo, que ha tenido ya lugar otra explosión relevante en el significado y alcance de lo que debe entenderse como una empresa como consecuencia de la irrupción de la inmaterialidad. El siguiente paso en la evolución, tras abandonar la tangibilidad y pasar por la relevancia del factor humano, nos lleva a la preponderancia de los elementos inmateriales y, como se está observando, el siempre precursor TJUE ya ha fijado que una empresa puede asentarse en la clientela, o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha destacado la relevancia de las aplicaciones y algoritmos para definir lo que es un empleador en el caso de los *raiders* de Glovo. Por esta razón, muy posiblemente esta nueva explosión signifique un nuevo cambio de paradigma, nuevos sedimentos que configuran aquello que debe entenderse por una sucesión legal de empresa y, con ello, alcanzarse la conclusión de que existen actividades que *descansan esencialmente en la intangibilidad y en los elementos inmateriales*, de modo que la transmisión de esos medios clave puedan acarrear la sucesión legal de empresa si el cesionario no aporta elementos indispensables para realizar la actividad y puede acometerla con esos elementos intangibles que recibe. Y en este ámbito es donde conviene realizar la siguiente reflexión que atañe a la sucesión convencional. La negociación colectiva tuvo que cubrir y proporcionar una segunda red de seguridad para el cambio de adjudicataria de las actividades basadas en la plantilla por su naturaleza menos evidente y más etérea a la hora de determinar si se transmitía o no una empresa. Ese nuevo nivel de protección ayudó a dotar de mayor estabilidad a las plantillas en cambios de adjudicataria sin transmisión de la industria física. Pues bien, si pensamos en lo etéreo,

parece evidente que los activos inmateriales son un perfecto ejemplo de ello. Su transmisión no es tan evidente o sencilla de perfilar como la transmisión de una fábrica, de una línea de producción, de un negocio basado en lo corpóreo y, por tanto, del mismo modo que la negociación colectiva tuvo que tejer esa segunda red de protección que es la sucesión convencional, ahora debería asumir el rol de hacer lo propio para las actividades emergentes basadas en lo intangible y no corpóreo. Un somero análisis de la negociación colectiva actual revela que pocos convenios vinculados a actividades en las que el componente inmaterial es relevante (como el *contact center*⁵²⁵ o la gestión de archivos en el convenio de fotografía⁵²⁶) prevén la subrogación convencional⁵²⁷ y, muy posiblemente, nuevos convenios colectivos de las nuevas actividades que están emergiendo o que puedan surgir posiblemente acaben contemplándolo, una vez detectada esa falta de seguridad para esos sectores.

Pero, al margen de la posible conquista de nuevos territorios por parte de la subrogación convencional que, tras colonizar las actividades basadas en el factor humano, incluyan también aquello inmaterial, lo cierto es que la doctrina *Somoza* ha planteado algunos problemas relevantes por entrañar un régimen de responsabilidad solidaria pleno y una obligación de subrogación completa y a todos los efectos, como la que se prevé para la sucesión de empresa legal. Aunque la revisión de los convenios que se vienen pactando en la actualidad arroja la conclusión de que las cláusulas de subrogación convencional siguen manteniendo su posición en plataformas y articulados, lo cierto es que la doctrina *Somoza* conlleva también un efecto perverso, porque cumplir el convenio puede implicar adentrarse en la sucesión legal de empresa y tener que asumir las deudas laborales y de seguridad social de la última contratista. Dos son, las soluciones que pueden proponerse aquí. La primera pasaría por actuar en el presupuesto de aplicación fáctico de la subrogación convencional. Se trataría de establecer requisitos, de acuerdo con los cuales, la sucesión convencional no se activará si la última contratista mantiene deudas laborales y de seguridad social. Así, el empresario incumplidor de sus obligaciones laborales y de seguridad social en relación con la plantilla adscrita a la contrata no podría gozar de la subrogación convencional ni podría obligarse al cesionario a tener que subrogarse *por mor* del convenio en esas situaciones. La segunda, de mayor calado y más compleja de acometer, implicaría reformar los apartados primero y tercero del artículo 44 ET en el sentido de limitar la responsabilidad solidaria a los supuestos de sucesión legal “clásica” por transmisión de industria, pero inaplicarla en casos de sucesión de plantilla que tuviera lugar como consecuencia del cumplimiento de la subrogación convencional limitada prevista en el convenio colectivo.

⁵²⁵ IV Convenio colectivo estatal del sector del *contact center* (artículo 18).

⁵²⁶ Convenio colectivo para la industria fotográfica (artículo 22.2).

⁵²⁷ Sorprende que actividades como la informática, incardinada en el XII Convenio colectivo de consultoría y estudios de mercado no prevea la sucesión convencional para actividades vinculadas a los elementos intangibles como pueda ser el *software* o las *apps*.

CAPÍTULO V: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

“(…) [P]ueden plantearse una serie de situaciones respecto de las que, bien porque se entienda que el contrato de trabajo todavía no existe como perfeccionado, bien porque al momento de la cesión esté atravesando alguna vicisitud que pueda permitir dudar que esté en vigor, sea preciso resolver si a eso supuestos dudosos se les aplica la disciplina del art. 44 ET”⁵²⁸.

1. DOS EFECTOS ESENCIALES: LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Habiéndose analizado hasta aquí, con detalle, qué supuestos de hecho desencadenan la sucesión de empresa y qué tipos de sucesión de empresa existen, visto desde la perspectiva de la industria como objeto de transmisión en constante evolución, es momento ahora de estudiar las consecuencias jurídicas que acarrea esta figura.

Como se ha venido exponiendo, en función del tipo de fuente de la sucesión que tengamos, sus consecuencias jurídicas pueden ser distintas (aunque ya se ha visto que los nuevos modelos de industria, prestadora de servicios y basada en la plantilla aparecida a finales de los años noventa, propició la doctrina de la sucesión en la plantilla que, aplicada a los supuestos en los que la sucesión se produce por cumplimiento del convenio, era capaz de alterar las consecuencias jurídicas de la sucesión convencional por efecto de la doctrina *Somoza Hermo*). En todo caso, la máxima intensidad en las consecuencias jurídicas la desencadena la sucesión de empresa legal del artículo 44 ET, que —como se ha expuesto— mejora lo previsto en la Directiva 2001/23 CE. Sin embargo, las otras fuentes de la sucesión (como la convencional) podrían tener efectos limitados (los que marque el convenio), siempre y cuando no se trate de una actividad intensiva en mano de obra en la que se transmite parte relevante en términos de número y competencias (en cuyo caso, esa transmisión de la unidad productiva basada en el personal produce una sucesión de empresa, *por mor* de la doctrina *Somoza* y, por tanto, despliega todos los efectos de la sucesión legal de empresas). Además, la sucesión por pliegos, en los casos que la permite la normativa (esencialmente en el caso de los pliegos privados, dadas las prohibiciones y limitaciones del artículo 130 LCSP), cuenta con la particularidad de que, al no resultar una obligación de subrogación *ope legis*, precisa del consentimiento de los trabajadores (artículo 1205 CC y SSTs de 29

⁵²⁸ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: “Aspectos laborales de la transmisión de empresa”, *op. cit.*, pág. 83. Realiza un estudio acerca de sucesión de empresa y precontratos, contratos sujetos al período de prueba, suspensiones de contrato de trabajo y, por supuesto, sucesión de empresa y despido. Evidentemente, cuando existe sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23CE, se desencadena la obligación de subrogar a los contratos afectos a esa empresa, centro de trabajo o unidad productiva. La evolución de la empresa como objeto de transmisión, hoy en día, hace que cobre mayor sentido aún la afirmación de ALBIOL acerca de que las vicisitudes en el contrato de trabajo puedan conllevar la necesidad de “resolver si a eso supuestos dudosos se les aplica la disciplina del art. 44 ET”. En ese sentido, no solo la cuestión de la (válida) extinción de las relaciones laborales previa a la transmisión juega un papel (se estudia en el apartado 3 de este capítulo 5). También, señaladamente, la cuestión de si se está afecto total, mayoritariamente o no se está del todo afecto a la unidad productiva que se transmite (analizada con detalle en el apartado 2 de este capítulo 5). Una unidad, cada vez más etérea, basada en la inmaterialidad, en la clientela. Difuminada y, por tanto, capaz de generar el problema previo de si el trabajador está verdaderamente adscrito a aquello que se transmite. Al cliente que cambia de manos, a la tecnología que se transfiere, al algoritmo, a la *app*, etc.

de febrero de 2000, RJ 2000, 2413), en los conocidos casos de la subrogación en el *handling* a los que ya se ha hecho referencia en el capítulo 2.

En todo caso, conviene centrarse en el análisis desde la perspectiva de la sucesión de empresas “legal” del artículo 44 ET, que es en definitiva el tipo de sucesión más afectado por la mutación del concepto de empresa como objeto de transmisión y que conlleva dos consecuencias centrales. Su primer efecto es que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior (artículo 44.1 ET). Por tanto, lo que se produce es la continuidad contractual, por imperativo legal, del artículo 44.1 ET (*ope legis*), sin que sea necesario el consentimiento de los trabajadores que ven arrastradas sus relaciones laborales del cedente al cesionario, teniendo que respetarlas el segundo en los mismos términos. La idea subyacente aquí es que, como se ha transmitido una empresa o un negocio en funcionamiento, quien lo recibe en continuidad también debe asegurar la continuidad de las relaciones laborales asociadas y adscritas a ese negocio, que persisten en los mismos términos exactos, como si nada hubiera pasado y esa transmisión no se hubiera producido. Ello es obligado, por imperio de la ley, tanto para cedente, cesionario y trabajador adscrito a la empresa o parte de empresa que se transmite. De este modo, ese cambio de titular de la empresa para la que trabajan, no debe perturbar sus relaciones laborales. Lo anterior se produce, por supuesto, si ha existido una auténtica sucesión de empresas del artículo 44 ET. Como consecuencia de la sucesión de empresa, no hay variación en las relaciones laborales, que siguen en el cesionario en los mismos términos exactos que se desarrollaban en el cedente. Esto es así, porque el término *subrogación* implica que “*los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo (...) serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso (artículo 3.1 Directiva 2001/23) (...)*”. Ya se ha dicho que la sucesión de empresa actúa por imperativo legal y de manera automática y obligatoria. No es disponible para las partes.

Al ser el derecho laboral un derecho basado en el principio de condición mínima, solo mejorable por convenio colectivo y contrato, no pueden prevalecer contra ella eventuales pactos a dos y tres bandas que se pudieran suscribir para evitar el efecto de la sucesión de empresa. Por tanto, si, por ejemplo, se suscribe un finiquito con el empresario cedente, esto es completamente inhábil para afectar a la subsistencia de la relación laboral, que se mantiene con el empresario subrogado (cesionario), de manera que, llegado el caso, si el cesionario acomete un despido de ese trabajador, la indemnización por despido improcedente se calculará, evidentemente, teniendo en cuenta el tiempo trabajado para el anterior empresario (STS de 16 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2995]). No juegan aquí los principios del derecho civil conforme a los cuales la novación subjetiva es solo aceptable si el trabajador consiente en que el cambio de empleador en su contrato se produzca, porque, de nuevo, el efecto *ope legis* genera ese cambio en la posición contractual del empleador con automaticidad⁵²⁹. Su segundo efecto es la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social por deudas nacidas antes de la sucesión y no satisfechas. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, este es el punto en el que nuestro ET mejora la Directiva 2001/23 CE, porque el régimen comunitario no obliga a la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social. Esto es algo propio de nuestro derecho, que cumplió la trasposición de la Directiva 2001/23 CE con mayores protecciones para los empleados en el régimen sucesorio que impone.

⁵²⁹ *Está condenada al fracaso la invocación de los preceptos del Código Civil sobre novación subjetiva, en particular para pretender que sólo se da la subrogación si el trabajador consiente (STSJ Aragón 22 de noviembre de 2004 [AS 2004, 4040])*”.

Antes de descender al estudio de estas dos consecuencias jurídicas y al resto de las consecuencias jurídicas clave que comporta la sucesión (en esencia, la continuación interina en el mandato de los representantes de los trabajadores, la continuidad transitoria en la aplicación del convenio colectivo o los deberes de información y consulta en relación con la sucesión), conviene analizar un tema esencial y previo a las consecuencias jurídicas. En concreto, si el trabajador de que se trate se encuentra asignado a la unidad productiva y, por tanto, si puede beneficiarse de las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresa o si, pese a existir esa sucesión, su falta de adscripción a la unidad productiva y su falta de pertenencia al negocio transmitido genera que no pueda ser subrogado y que no exista responsabilidad laboral y de seguridad social respecto de ese empleado no adscrito. Esta siempre ha sido una de las cuestiones más complejas y críticas en el estudio de la transmisión, aunque también en la práctica judicial. Y lo ha sido ya en las actividades empresariales consideradas como “clásicas”, o de la era industrial, basadas en el activo tangible. Así, se ha planteado típicamente la cuestión en el sector hotelero, en el que es una práctica generalizada en los grupos de empresa dedicados a esta actividad, el tener las plantillas diseminadas, prestando servicios de manera simultánea o sucesiva para distintos hoteles de una cadena, lo que genera el interrogante de si al transmitir un hotel, los empleados parcialmente adscritos deben ser asumidos por la adquirente de ese hotel. Ocurre también en el marco de las estructuras de contratas, típicas ya de la sociedad posindustrial, como se expuso en el capítulo 1, supuestos en los que se prestan servicios para diversos clientes y el personal se encuentra adscrito y prestando servicios de manera parcial para diversos de esos clientes. Esto produce el problema de si, al perder uno de los clientes principales, las plantillas que prestaban servicios para ese cliente que se pierde deben ser subrogadas por el nuevo prestador de servicios.

Pues bien, dando un paso más allá, si cabe, conviene señalar que, esta problemática, pendiente de resolver al existir doctrinas contradictorias de la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo y con la irrupción de relevantes pronunciamientos del TJUE que ahora se verán, cobra todavía más preponderancia en la empresa ingrávida. El problema urge soluciones que no llegan y solo va a empeorar en un panorama en el que, como se ha expuesto, las actividades empresariales pueden pasar a descansar en activos intangibles, no corpóreos, que pueden ser desde una aplicación a un algoritmo a un *software* o a la clientela (si es que se prueba que la actividad descansa esencialmente en esos activos inmateriales sin necesidad de aportar elementos esenciales no accesorios por la cesionaria). Pues bien, al tratarse de activos más difusos, más etéreos, todavía es más complicada la tarea de precisión de deslindar y perimetrar qué empleados se encuentran adscritos a esos intangibles. Este contexto es propicio para generar situaciones no queridas en las que el fraude puede proliferar y en las que los derechos del cesionario, que debe ser protegido en el marco de la libertad de empresa y no tiene que verse obligado a subrogar a empleados que no pertenecen al negocio transmitido, pueden quedar conculcados. Este es uno de los puntos críticos en materia de consecuencias de la sucesión de empresa en el que conviene insistir y concienciar para evitar que sigan produciéndose resultados no queridos por el ordenamiento. Se trata de una cuestión que demanda con urgencia soluciones jurisprudenciales, pero también legales.

2. LA CUESTIÓN DE LA ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A LA UNIDAD PRODUCTIVA

Uno de los asuntos más conflictivos que entraña la sucesión de empresa es el de la determinación de los empleados que se encuentran adscritos a la unidad productiva y pertenecen a su perímetro. Se trata

de una cuestión compleja que no han resuelto hasta la fecha, de manera clara, ni la legislación ni las interpretaciones judiciales. Es, sin duda, una de las dificultades más señaladas que implica la aplicación de la sucesión de empresa. Y esa dificultad se viene acrecentando cada vez más, en la medida en que la nueva empresa está evolucionando hacia unas estructuras empresariales en las que la adscripción del personal a las unidades de negocio es cada vez más difusa, ya que la preponderancia de los activos materiales e industriales clásicos va desapareciendo y se va difuminando, y es la clientela (*Dodic*), el elemento inmaterial (aplicaciones, algoritmos y otros tangibles) o la obsolescencia de los medios (*Grafe/Pohle*) aquello que juega un papel esencial para determinar si se transmite una unidad productiva. Por tanto, además de la clásica problemática del personal de servicios centrales que dedica una parte de su tiempo a la actividad (y que se desconoce, por tanto, su porcentaje de adscripción a la actividad que se transmite), aparecen otras dificultades adicionales como consecuencia de los cambios en los activos que configuran la esencia de los negocios. Por ejemplo, y señaladamente, el hecho de que los trabajadores dediquen tan solo una parte de su tiempo a la contrata que cambia de adjudicataria, como que no resulte claro si están engarzados a la clientela, al elemento inmaterial fundamental o a los medios materiales que se transmiten. La cuestión puede complicarse, de manera adicional, cuando, como consecuencia de la implementación de redes de empresas (típicas, como se ha visto, de la sociedad posindustrial), la unidad productiva o el negocio se encuentran diseminados entre distintas empresas de un mismo grupo (imaginemos determinada línea de negocio de un grupo empresarial que llevan a cabo de manera parcial diversas sociedades mercantiles integrantes de un mismo grupo empresarial).

En efecto, en ocasiones puede resultar dificultosa la precisión de quiénes son los empleados que deben transmitirse al cesionario. Es posible que los empleados trabajen solo, en parte, en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y ello genere dudas en cuanto a si deben o no ser traspasados. Se trata de aquellos casos de empleados parcialmente adscritos a la unidad productiva que se transmite. Piénsese, por ejemplo, en empleados de servicios centrales de una empresa que vende únicamente una de las unidades de negocio y que, por tanto, dedican solo parte de su tiempo de trabajo a la actividad que se transmite. Por supuesto, habrá que analizar en cada caso si esos empleados de servicios centrales se dedican totalmente o al menos muy mayoritariamente a dar apoyo a la unidad de negocio que se vende, para poder determinar si son “arrastrados” o no en la sucesión de empresas que genera esa escisión de unidad de negocio. E incluso en esas circunstancias seguirá sin estar completamente claro si se les debe subrogar o no. Por ejemplo, el TJUE ha expuesto que no procede en un supuesto en el que la trabajadora no lleva a cabo la mayor parte de sus actividades en el marco de la entidad económica de que se trata, sino que “(...) [habiendo sido] *destinada a un departamento administrativo de la empresa que no [había] sido transmitido, [hubiera realizado] determinadas actividades en beneficio de la parte transmitida*” (STJUE de 7 de febrero de 1985, C-186/83, *Botzen*).

Sobre esta cuestión, la doctrina científica ha mantenido que “(...) *los trabajadores subrogados han de ser todos los pertenecientes a la unidad productiva en cuestión, sin que puedan producirse discriminaciones en atención al tipo de contrato* (STSJ de Madrid 26 de marzo de 2007 [AS 2007, 2859])”⁵³⁰.

La Sala de lo Social del TS arrojó cierta luz a la cuestión en su doctrina desde los años 80 y 90. Destaca su sentencia de 17 de julio de 1998 (n.º de recurso 4223/1997)⁵³¹. Se discutía en ese caso si se producía

⁵³⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 20.

⁵³¹ Esa necesidad de adscripción aparece de manera constante en la jurisprudencia desde los años 80. Por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987 (RJ 1987\4121), que, en los casos de sucesión parcial, considera necesaria la adscripción del trabajador a los elementos patrimoniales que se transmiten; la de 30 de octubre

una sucesión de empresas en un caso en el que se habían transmitido 18 vehículos (furgonetas, tractores, tracto camiones, semirremolques, semirremolques volquetes de cantera, camiones cisternas, etc.) y 9 empleados. El pleito se resuelve en el sentido de que “no existen datos suficientes para declarar que se ha producido transmisión de empresa, o de la principal actividad de la misma”. Pero, al margen de lo anterior, la Sala de lo Social del TS da importancia al hecho de que el demandante no estaba *claramente adscrito* a la unidad transmitida, y ese es el hecho determinante para desestimar la demanda y el recurso.

El TS argumenta aquí que “(...) *Puede afirmarse que ha habido transmisión de una unidad productiva de la una a la otra, pero esta transmisión genera responsabilidad solidaria respecto de los trabajadores que prestan servicios en dicha unidad. No de aquellos otros que se hallan en puestos distintos de la misma empresa*”. Conviene recordar que, aunque exista una sucesión de empresa indubitada, que conlleve la aplicación de las consecuencias de la Directiva 2001/23 CE y del 44 ET, si el empleado no está adscrito, no está cubierto por las consecuencias jurídicas de esa sucesión de empresa (por tanto, no tiene derecho a que se le subrogue ni existe responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social respecto de esta persona no adscrita de manera clara a la unidad productiva). Por esa razón, la primera cuestión medular a analizar, una vez que se constata la existencia de una sucesión de empresa, es a qué empleados va a impactar la existencia de la sucesión.

Cabe aclarar que, estando los trabajadores adscritos a la unidad productiva, la responsabilidad solidaria, según la jurisprudencia, no solamente se extiende a los trabajadores cedidos al cesionario, sino también a aquellos [trabajadores adscritos] cuyos contratos de trabajo se habían extinguido al momento de la sucesión, como se ha encargado de recordar la doctrina⁵³². En este mismo contexto, también se ha reflexionado sobre los trabajadores a los que afecta la transmisión en empresas que desempeñan distintas actividades y transmiten solo una de ellas. Ya se comenzó a apuntar aquí la posible solución de la subrogación parcial, pero no en los más sofisticados y evolucionados términos sobre los que luego se construirá la doctrina del TJUE en el caso *ISS Facility Services*⁵³³.

de 1987 (RJ 1987\7427), que insiste de nuevo en que el cambio de titularidad empresarial se ha de producir respecto de los trabajadores del centro a que afecta la concesión cuyo titular se sustituye; la de 26 de enero de 1988, que, en un supuesto de concesión de servicios de limpieza y conservación de alcantarillado, niega la subrogación respecto de los trabajadores no adscritos expresamente a la zona transmitida, sin aceptar que la determinación de los trabajadores implicados se efectúe mediante cálculos de proporcionalidad; la de 25 de febrero de 1988 (RJ 1988\948), que vuelve a aludir a la necesaria adscripción a la unidad productiva de los contratos de trabajo de los interesados; la de 9 de octubre de 1988 (RJ 1988\7553), para la cual la subrogación parcial se refiere a los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos al centro o unidad cuya titularidad cambia; la de 23 de octubre de 1989, a tenor de la cual, si bien es cierto que en determinados supuestos el cambio en la concesión de un servicio público o de carácter privado puede llevar consigo el cambio en la titularidad de la empresa a los efectos contemplados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ello requiere que exista un centro concreto en donde localizarlo, o sea, una unidad productiva autónoma, como sucede generalmente —y así se regula en los correspondientes convenios colectivos y ordenanzas laborales— con el cambio de adjudicatario en la limpieza de determinados locales o centros de trabajo, en los que el nuevo concesionario se subroga en los derechos y obligaciones laborales del anterior adjudicatario en el centro objeto de tal cambio y siempre que los trabajadores de esta última empresa hubiesen sido contratados para prestar sus servicios en aquel; y, en fin, la de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9087), que insiste otra vez en la necesidad de que los trabajadores estén plenamente integrados en los centros concretos objeto de la concesión. Esta misma Sala ha seguido también idéntico criterio en varias sentencias, como son las de 25 y 29 de abril 1991 (AS 1991\2825) y 20 de febrero de 1992.

⁵³² MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio: “Artículo 44. La sucesión de empresa”, *Editorial Jurídica Sepin*. SP/DOCT/18294. Diciembre 2015.

⁵³³ MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio: “Artículo 44. La sucesión de empresa”, *op. cit.*, reflexionó: “Si una empresa transmite a otra una de sus varias actividades, ¿se produce la transmisión de los trabajadores que, en ese momento, prestan servicios en esa concreta actividad? Una actividad autónoma de la empresa que se transfiere a otra empresa conlleva las

Por tanto, la falta de adscripción a la unidad productiva autónoma o al centro de trabajo transmitido del demandante en cuestión supone un primer punto a aclarar, que puede dar solución a la consulta planteada o al pleito antes siquiera de determinar si existió o no una verdadera sucesión de empresas, puesto que si los trabajadores no están claramente adscritos a la unidad productiva, no deberán ser subrogados por la cesionaria, independientemente de que haya o no sucesión de empresa. Los no adscritos, no pasan.

Se constata también en la práctica el trasiego de empleados entre distintas empresas de un mismo grupo hotelero que pueden prestar servicios de manera sucesiva o indistinta para varios de los hoteles del grupo, maniobra clásica en la picaresca que a veces puede encontrarse en este sector. Cuando se transmite uno de los hoteles de ese grupo, resulta habitual que se plantee la cuestión de si los empleados que la cedente plantea transmitir son los verdaderamente adscritos a ese hotel o si pertenecen a servicios centrales, a otros hoteles, etc.

En este sentido, conviene señalar la experiencia en el caso de un director de seguridad de varios hoteles que, pese a disponer de un despacho en el hotel cuyo inmueble se transmitió, trabajaba para el presidente de la compañía como guardaespaldas personal y, asimismo, para varios hoteles del grupo; de hecho, incluso se había extinguido su relación laboral en el ERE concursal de otra de las empresas del grupo. El pleito fue resuelto por la Sentencia n.º 2485/2014 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de octubre de 2014 (n.º de recurso 1811/2013), que recoge en sus hechos probados ese debate sobre la falta de adscripción al hotel respecto del que se alegaba una pretendida sucesión de empresas, y declara que no debía subrogarse a este director.

Por otra parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha aclarado que no cabe realizar una subrogación en términos proporcionales o en “regla de tres” cuando se transmite una parte de la contrata (es decir, si se transmite un 50 % de la actividad, se procede a subrogar la mitad de la plantilla). Ello no funciona así; hay que analizar si los empleados están verdaderamente adscritos o no a la unidad que se transmite. Por ejemplo, la STS de 26 de enero de 1988 (RJ 1988, 56) ya insistió en que no acepta la selección de los empleados a subrogar mediante cálculos de proporcionalidad. Así las cosas, en el pleito se ha de analizar y acreditar si los empleados que pretenden ser subrogados están realmente adscritos a la unidad productiva que se transmite. La cuestión de prueba es aquí fundamental y muy compleja. Entre otras razones porque puede no existir documental y tener que basarse en testifical. O puede que se haya configurado la imputación de las plantillas a cada unidad de negocio o unidad productiva en términos de imputación financiera de costes, pero no de adscripción real y de porcentaje de prestación real de trabajo a cada unidad. El avance de las nuevas tecnologías, no obstante, debiera permitir conocer qué empleados trabajan para cada máquina y cliente. Esa trazabilidad es posible de conseguir en *softwares* de seguimiento y en indicadores de rendimiento, claramente en sectores en los que, por razones de seguridad (incluyendo seguridad alimentaria o la aérea), es preciso conocer la trazabilidad de los productos suministrados. Los clásicos partes de trabajo deberían ser también útiles a estos efectos. El problema principal es que toda esa prueba la tiene a su disposición la empresa cedente y no

notas de autonomía suficiente como para equipararse a lo que estatutariamente se entiende por unidad productiva autónoma, con organización específica (art. 1.5 ET) ya que tanto vale conceptuar el centro de trabajo transferible desde un punto de vista locativo como desde una óptica funcional y organizativa. En este caso procederá una subrogación parcial de la empresa cedente, la de aquellos contratos de trabajo adscritos a la actividad autónoma que se transfiere, sea cual sea el título jurídico en virtud del cual se transfiera”.

disponen de ella ni trabajadores ni empresa cesionaria. Y ese punto es uno de los que requiere un cambio jurisprudencial y legislativo (posiblemente, en un primer momento, en sede de negociación colectiva, al ser más ágil y viable, pero debe proponerse una concienciación y propuesta de cambio en el plano legislativo y en una nueva orientación a este respecto en el artículo 44 ET, como se realizará en este capítulo 5 y en el capítulo 6 en el que se sintetizan las conclusiones alcanzadas en este trabajo).

La doctrina de suplicación también se ha venido pronunciando en el sentido de que los trabajadores que no se encuentran adscritos a la unidad productiva autónoma no son objeto de subrogación. Por ejemplo, se citan las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 19 de septiembre de 2007 (recuso 2308/2007), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 24 de abril de 2009 (n.º de recurso 605/208) y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 6 de junio 1997 (AS 1997, 2311).

En ocasiones, la clara falta de adscripción de los trabajadores a la unidad productiva puede resultar un argumento de peso para desestimar la demanda por razones procesales. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 2227/2021, de 21 de abril de 2021 (n.º de recurso 383/2021), que muestra la concienciación de la Sala sobre la problemática de la adscripción. Este pleito analiza una demanda de conflicto colectivo que interpone la anterior adjudicataria del servicio de *catering* aéreo en favor de una aerolínea en el aeropuerto de Barcelona⁵³⁴. La nueva adjudicataria realiza la actividad en otro centro y con sus propios medios, y la anterior adjudicataria interpone una demanda de conflicto colectivo pretendiendo la subrogación por mor del V ALEH. Al margen de las cuestiones de fondo, en las que no entra apenas la sentencia, interesa destacar aquí que la Sala desestima la demanda por inadecuación de procedimiento y falta de legitimación activa. Y, precisamente en la argumentación de que no se trata de un verdadero conflicto colectivo, tiene incidencia la falta de adscripción clara al servicio. Se argumenta aquí que “(...) si lo que se pretende es que la empresa demandada por subrogación se haga cargo de todos los trabajadores que se dicen afectados, eso nunca se podría llevar a cabo (...). Además, en el hipotético caso de que pudiéramos condenar a la empresa demandada a hacerse cargo de los citados trabajadores, ningún efecto tendría lo decidido por esta Sala, otro ejemplo más de la inadecuación del procedimiento elegido, pues para su aplicación deberíamos comprobar las circunstancias contractuales de cada uno de los trabajadores, es decir: si estaban o no vinculados a la contrata (...)”.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, si los trabajadores no están adscritos de manera clara a la unidad productiva, no deben ser subrogados, porque así lo indican la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la doctrina de suplicación. Pero el problema no queda zanjado aquí. Esta solo es la capa más superficial del asunto y conviene profundizar en la sima y descubrir los niveles inferiores de complejidad que alberga. Es preciso avanzar más pasos en su complejidad y tratar de resolverlo o, al menos, proponer desde aquí las posibles soluciones que se han podido alcanzar, tras años de estudio y puesta en práctica de las tesis que aquí se sostienen en los tribunales.

Así las cosas, cuando se está solo parcialmente adscrito a la unidad productiva, ¿se debe subrogar o no a ese empleado? Está en juego el principio de continuidad en las relaciones laborales que garantiza la

⁵³⁴ Un comentario detallado del caso puede verse en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Inexistencia de subrogación convencional en el cambio de empresa adjudicataria del servicio de catering aéreo (...)”, *op. cit.*

sucesión de empresa, eso es claro; pero también conviene recordar los intereses del cesionario. Se quiere insistir especialmente en este punto, pues es algo que se detecta cada vez con mayor frecuencia, ya que no sería justo que el cesionario deba pechar con una relación laboral a tiempo completo o con mayor porcentaje de adscripción a la actividad de la que ese empleado venía dedicando a esa actividad antes de la transmisión (el TJUE, como se verá, viene insistiendo en que los intereses del cesionario importan y deben tutelarse por el debido respeto al derecho a la libertad de empresa⁵³⁵). O, dicho de otra manera, si un empleado solo dedicaba la mitad de su tiempo a la unidad productiva autónoma transmitida, no parece justo que el cesionario deba asumirlo a tiempo completo. Sin embargo, se constata que eso ocurre en la práctica. Y sucede, esencialmente, por la falta de acceso a la información sobre los porcentajes de adscripción y por la falta de acceso a la prueba. Es precisa la protección del cesionario en este punto, porque tanto el artículo 38 de la CE como el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea así lo quieren garantizar. Por esas razones, humildemente se pretende desde aquí dar voz a esta problemática, pues en la práctica se constatan supuestos de abuso por parte de las empresas cedentes, con los que tampoco comulga el TJUE⁵³⁶. Por ello, humildemente, desde este foro nos permitimos hacer un llamamiento a que las interpretaciones judiciales y el legislador puedan mejorar la situación para alcanzar una mayor seguridad jurídica en un punto que consideramos capital.

2.1 ¿ADSCRIPCIÓN TOTAL O ADSCRIPCIÓN MAYORITARIA A LA UNIDAD PRODUCTIVA?

La cuestión acerca de si es preciso que, para ser subrogado, el empleado esté adscrito total o mayoritariamente a la unidad productiva sigue sin estar clara hasta la fecha. El tema se encuentra sin una nítida solución legal ni interpretativa, aunque la realidad de los nuevos modos organizativos empresariales y el uso extendido de las contrataciones, así como las compraventas de unidades productivas, lo demandan. Las nuevas formas empresariales basadas en la ingravidez y con activos más etéreos y difusos van a incrementar esa necesidad.

2.1.1 La adscripción total

El asunto ha sido tradicionalmente litigioso y controvertido. Lo demuestra, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 de enero de 1985 (RTCT 1985, 500) que ya se decantaba por un requisito de adscripción exclusiva, de modo que denegaba la subrogación al no ser los servicios del trabajador demandante “*de exclusiva prestación en las fincas arrendadas que se transmitían*”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo cuenta también con un par de pronunciamientos de los años ochenta que apuntan a la idea de que fuera exigible la exclusividad en la adscripción. El más antiguo de

⁵³⁵ Consideramos que ese es uno de los objetivos de la sucesión de empresa que está peor atendido en la actualidad por la jurisdicción. La idea de que la sucesión de empresa no solo tiene por objeto la protección de los intereses de los trabajadores en la continuidad de sus contratos ante la transmisión del negocio se va subrayando cada vez más. En efecto, va calando la idea de que los intereses del cesionario también deben tutelarse como viene insistiendo la jurisprudencia del TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2020, asunto C-344/18, ISS Facility Services, que alude a la anterior sentencia de 18 de julio de 2013, asunto C-426/11, Alemo-Herron. A ambas alude también la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-675/2021, Strong Charon.

⁵³⁶ Sobre esta cuestión se reflexiona ampliamente en MARTÍNEZ SALDAÑA: David: “Sucesión de empresa y trabajadores parcialmente adscritos a la unidad productiva: una cuestión que demanda soluciones”, *Trabajo y Derecho*, n.º 84, 2021.

ellos lo cita ALONSO OLEA⁵³⁷. Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1983 (RJ 1983, 3053).

La sentencia estudiaba un supuesto de concesión de la contrata ferroviaria de remoción de mercancías en la estación centro de Oviedo que es posteriormente la única objeto de transmisión. Los trabajadores desempeñaban sus funciones sin dedicación exclusiva, ni siquiera preferente en dicho servicio, sino que las realizaban con carácter general en los diversos negocios y contrataciones del primer titular. Argumentaba esta sentencia, con contundencia, que para que fuera aplicable el artículo 44 del ET se tenían que cumplir dos premisas. La primera, que se debía producir una transmisión de la integridad de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma a un nuevo titular. La segunda, que *“los trabajadores sujeto de la relación laboral sobre la que opera la subrogación de derechos y obligaciones estén adscritos con exclusividad a la plantilla de la actividad empresarial objeto del cambio de titularidad, cuando éste no comprende a la totalidad de la empresa, salvo pacto expreso de contrario, circunstancia la última que no concurre”*. Por esta razón se desestimaba la demanda.

Otro pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que conforma esa doctrina, ciertamente antigua, pero conviene subrayar que inalterada hasta la fecha, la constituye la Sentencia de 19 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3735), que entiende que solo los trabajadores de una empresa de limpieza adscritos *exclusivamente* al servicio de determinado cliente están afectados y garantizados por la subrogación y adscripción, pero no en el caso en que hayan trabajado para otros centros distintos. Es interesante este caso, en el que las limpiadoras trabajaban en la limpieza del cliente Banco Zaragozano, pero *“completan la jornada semanal de 40 horas en otros establecimientos lo cual revela que en la empresa cliente Banco Zaragozano invierten 20 horas semanales”*. Razona aquí la Sala Cuarta que *“la interpretación lógica y jurídica del precepto indicado es la de que sólo los trabajadores de una empresa de limpieza adscritos exclusivamente al servicio de determinado cliente están afectados y garantizados por la subrogación y adscripción expresada, pero no en el caso —como es el que es objeto de litigio y recurso— en que han trabajado para otros centros distintos del Banco Zaragozano (...)”*.

Esta línea jurisprudencial basada en la necesidad de adscripción exclusiva del trabajador a la unidad productiva también la mantienen varios pronunciamientos, como los del TSJ de Baleares en su Sentencia de 10 de enero de 1995 (AS 1995, 326) que, con base en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1983 y 19 de mayo de 1987, declara que no procede la subrogación en un caso en que no era clara la adscripción exclusiva. Recalca que esa doctrina del Tribunal Supremo exige que *“(...) es menester que los trabajadores sujeto de la relación laboral sobre la que opera la subrogación de derechos y obligaciones estén adscritos con exclusividad a la plantilla de la actividad empresarial objeto del cambio de titularidad cuando este no comprende a la totalidad de la empresa —STS de 27 de junio de 1983— (...)”* y que *“(...) sólo los trabajadores de una empresa de limpieza adscritos exclusivamente al servicio de determinado cliente están afectados y garantizados por la subrogación y adscripción”*.

Se decía en la STSJ de Baleares de 10 de enero de 1995 —posible exponente más claro de esta doctrina de la necesidad de adscripción *“total y exclusiva”*— que no había ningún grupo de trabajadores destinado a la limpieza de aviones de Spanair, sino que todos los empleados de la empresa han venido limpiando los aviones de las diversas compañías por igual. Y que *“no yerra, por tanto, la sentencia de instancia cuando estima que la indeterminación de los trabajadores afectados es un obstáculo para que tenga*

⁵³⁷ ALONSO OLEA, Manuel: *Derecho del trabajo*, op. cit., pág. 311.

efecto la subrogación". La sentencia es un claro exponente de cómo, en la sociedad posindustrial prestadora de servicios en los que se produce prestación para diversos clientes, aparece el problema de la identificación de qué empleados están vinculados a cada cliente o servicio, de modo que, cuando ese cliente o servicio cambia de empresa adjudicataria del servicio, se produce el dilema de si debe arrastrar consigo o no a determinados empleados respecto de los que no es claro que pertenezcan al servicio que se transmite (asumiendo que exista obligación de subrogar por el artículo 44 ET o por el convenio, por las razones expuestas en los anteriores capítulos).

En términos similares se pronuncia la STSJ de Baleares de 25 de abril de 1991 (AS 1991, 2825), en la que se discute si se está únicamente o predominantemente adscrito a la unidad productiva que se transmite, y se resuelve que es preciso estarlo *"únicamente"*, de modo que se declara que no ha lugar a subrogarse *"al haberse efectuado la determinación de los trabajadores afectados de forma unilateral o por simple acuerdo con la otra empresa afectada y no estar aquéllos claramente integrados dentro de la unidad transmitida"*. También sigue esta línea interpretativa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 145/1997, de 6 de junio (AS 1997, 2311), que declara que *"(...) lo que está claro es que no las prestaba en exclusiva en la actividad que se transmitía y por lo tanto que la sucesión de la unidad autónoma transmitida no tenía por qué operar automáticamente como en otro caso se hubiera producido (...)"*.

Esta doctrina de la necesidad de adscripción total a la unidad productiva o a la contrata que se transmite sigue apareciendo en doctrina de suplicación más reciente. Sirva como ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), n.º 1848/2019, de 6 de noviembre de 2019 (n.º de recurso 1044/2019), en la que, en sede de sucesión convencional, se declara que la cesionaria no debe subrogarse en el contrato de trabajo del actor, dado que trabajaba en el servicio de mantenimiento de varias islas y peñones y, adicionalmente, en el mantenimiento del aeropuerto de Melilla. Aquí se desestima la demanda de despido de ese empleado no subrogado argumentando que, *"además de prestar servicios en el servicio objeto de la contrata adjudicada, lo hacía en tareas completamente independientes"*. Se razona que *"(...) la prestación de servicios del actor no puede sostenerse se desarrollase de forma exclusiva para la contrata de islas y peñones (...) no concurre el requisito de adscripción permanente y exclusiva del actor al servicio objeto de la contrata al simultanear sus tareas con otras ajenas al mismo [en referencia al mantenimiento del aeropuerto], lo que hace que no resulte de aplicación el precepto convencional que se invoca"*. Por esta razón se desestima la demanda, dado que *"no concurre el requisito de la adscripción permanente y exclusiva del actor al servicio objeto de la contrata al simultanear sus tareas con otras ajenas al mismo (...)"*.

Es también destacable la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, n.º 1894/2016, de fecha 4 de octubre de 2016 (rec. 1745/2016) [JUR 2016/272078], porque precisamente declara que no debe subrogarse la empresa entrante en el servicio de asistencia a domicilio de un ayuntamiento en el contrato de trabajo de la actora, porque no es claro que esta estuviera adscrita (y menos aún en exclusiva) a ese servicio cuando prestaba servicios para la cedente. Y por eso debe ser considerado un despido acometido por la cedente. Una lectura detallada de la sentencia permite comprobar cómo la empresa cedente y recurrente precisamente trata de modificar hechos probados en

el sentido de que la actora estaba adscrita “*en exclusiva a ese servicio que cambia de adjudicatario*”. Pero no lo consigue⁵³⁸.

De lo anterior cabe extraer que existe (todavía) una línea jurisprudencial que aboga por la necesidad de que, para ser transmitidos en una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET, o bien en una sucesión convencional, es preciso que los trabajadores se encuentren adscritos exclusivamente a la unidad productiva.

2.1.2 La adscripción “total o mayoritaria”

La anterior doctrina aboga por la necesidad de la exclusividad. No obstante, el resto de la doctrina se suele mantener en el simple análisis de si se está adscrito o no de manera “*exclusiva o mayoritaria*”. Es decir, que este sector de la doctrina judicial no requiere de la acreditación de que se está completamente adscrito, sino que considera suficiente que se esté adscrito de manera predominantemente a la unidad productiva.

Por ejemplo, sigue esta línea la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en su sentencia de fecha 17 de julio de 1998 (rec. 4223/1997) [RJ 1998/6527] antes citada. Se razonó en ese supuesto que cuando se produce una sucesión de empresa tan solo se genera responsabilidad solidaria respecto de los trabajadores que prestan servicios en la unidad que se transmite, pero “*no de aquellos otros que se hallan en puntos distintos de la misma empresa*”, si bien no desciende al detalle de cuánta intensidad de adscripción tenían en cada caso. Esta es una línea de resolución de este tipo de pleitos garantista para los trabajadores, pero que, con todo respeto, en su falta de profundidad en el análisis de la adscripción, puede dejar indefensa a la cesionaria, que puede terminar asumiendo empleados o porcentajes de adscripción que, realmente, no pertenecen a la unidad productiva que adquiere o al cliente cuya prestación de servicio asume, de modo que no resulta alineada con la libertad de empresa del artículo 38 CE, como se expondrá con mayor detalle más adelante. A nuestro juicio, este es un efecto no querido de la Directiva 2001/23 CE que el TJUE está subrayando cada vez con mayor insistencia⁵³⁹ y que precisa ser atendido.

Resulta también de interés el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 2018 (rec. 3066/2017) [JUR 2018/118385], que inadmite el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, n.º 2554/2017, de fecha 11 de mayo de 2017 (rec. 1001/2017) [JUR 2017/164490]. Este supuesto se refiere a personal de estructura⁵⁴⁰ que prestaba sus servicios para diversos ayuntamientos, además

⁵³⁸ Razona la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, n.º 1894/2016, de fecha 4 de octubre de 2016 (rec. 1745/2016) [JUR 2016/272078] “*lo que no puede admitirse con una mínima seguridad es que la trabajadora demandante estuviera adscrita al servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Getxo*”, recordando que sus funciones eran de carácter administrativo [y se proyectaban sobre otros servicios, desde luego no solo el servicio que se transmite].

⁵³⁹ Últimamente en la sentencia de 26 de marzo de 2020, asunto C-344/18, *ISS Facility Services* y en la sentencia de 16 de febrero de 2023, asunto C-675/2021, *Strong Charon*.

⁵⁴⁰ La cuestión acerca del personal de estructura, *backoffice* y servicios compartidos en departamentos transversales que prestan servicios compartidos a todas las áreas de la empresa o del grupo cuando se ha estructurado en redes de empresas (servicios de dirección, RR. HH., financiero, *marketing*, informática, etc.) es especialmente compleja porque su adscripción a determinada unidad productiva o línea de negocio a transmitir es, por la propia naturaleza de esos servicios compartidos o servicios centrales, especialmente difusa y etérea. Esta manera de organización en la sociedad posindustrial que apuesta por las empresas en red genera este problema de la dificultad de identificación de la pertenencia de los trabajadores a determinada rama de actividad o unidad productiva, lo que dificulta o puede dificultar su derecho a ser subrogados (tienen que probar su pertenencia a aquello que se transmite en términos, si no exclusivos, al menos mayoritarios), pero también genera dificultad

de para el ayuntamiento respecto de cuya concesión versaba el pleito. Se valora aquí, además de incumplimientos del deber de información del convenio, que “*resulte igualmente probado que el actor no sólo prestaba servicios para la concesión litigiosa, sino también en los concellos de Carballo, Laxe y Laracha, y además que fue nombrado en su día apoderado de Aquagest, datos que al no constatarse que la jornada en la concesión litigiosa fuera a tiempo parcial, conducen a la sentencia a concluir que el actor no era un trabajador adscrito a la concesión/contrata, sino personal de estructura de la empresa y por lo tanto ajeno a la sucesión convencional*”.

Por su parte, la doctrina de suplicación reciente, en ocasiones, parece obviar también el debate sobre si es preciso estar “*totalmente adscrito*” o “*mayoritariamente adscrito*”, y los pronunciamientos sobre esta materia suelen resolverse en la línea genérica de si se estaba principalmente adscrito o no, sin un análisis preciso y riguroso sobre esta cuestión (si bien esto puede producirse por estar el pleito huérfano de prueba en relación con esa intensidad de adscripción de los empleados a la contrata).

Conviene citar la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, n.º 122/2012, de fecha 2 de abril de 2012 (rec. 116/2012) [AS 2013/302]. Aquí se trataba de una auxiliar administrativa que prestaba servicios respecto de varias contrataciones (de nuevo, aparece el problema del personal de estructura o servicios centrales). En aquel supuesto, aunque concurrían los presupuestos de aplicación del artículo 44 ET y del propio convenio colectivo sectorial, no se estimaba la demanda porque no puede obviarse el “*hecho de la obligación subrogatoria legal y convencional debe limitarse al personal adscrito al objeto de la contrata*”. Esto no se producía en el caso analizado porque realizaba tareas de administración respecto de varias contrataciones. De hecho las labores administrativas exigidas por la contrata con el Ayuntamiento de Pamplona se encomendaron a otra trabajadora distinta y, en todo caso, “*la actora sólo ocupó entre el 25 y el 37% de su jornada anual a desarrollar tareas relacionadas con la contrata con el Ayuntamiento, comprendiendo los periodos en los que era necesario que sustituyese [a esa otra trabajadora]*”.

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 694/2011, de 16 de mayo de 2011 (AS 2011, 2642), resulta de interés al declarar a la empresa cedente responsable del cese de una trabajadora, coordinadora de residencias, que era “*personal de estructura o de la plantilla [de la cedente] y no personal adscrito a la contrata sucedida y, como tal, ha de permanecer en la empresa saliente. Y ello aun cuando “acudía habitualmente [a una de las residencias cuyo servicio de limpieza se transmite]” donde disponía de un ordenador que utilizaba ocasionalmente*”. La sentencia es un buen ejemplo de la idea de que, cuando los empleados pertenecen a servicios centrales (RR. HH., departamento financiero o resto de departamentos transversales de la empresa), la doctrina de suplicación es más proclive a no considerarlos adscritos a la unidad productiva transmitida (aun cuando realicen trabajos para esa unidad que se transmite o esa contrata que cambia de adjudicataria).

También conviene destacar la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, n.º 3987/2019, de fecha 23 de julio (rec. 2167/2019) [AS 2019/2205], que nos recuerda que, cuando se trabaja para el grupo, ello también resulta un indicio claro de la no adscripción⁵⁴¹.

al cesionario para discernir si pertenecen a la unidad productiva que adquieren o no y, por tanto, para rechazar su subrogación y defenderse ante ella.

⁵⁴¹ Argumenta esta sentencia lo siguiente: “*Ya en el análisis del supuesto de hecho de que nos ocupa tenemos que la subrogación en posición de empleadora únicamente opera del personal adscrito a la concreta unidad productiva objeto de*

Por tanto, si bien una primera conclusión a extraer es que en el caso de los servicios transversales es oponible la existencia de subrogación por falta de adscripción clara a la unidad que se transmite, debe extraerse una segunda conclusión; y es que, en general, la doctrina judicial no se detiene a razonar qué ocurre cuando no se está completamente adscrito a la unidad productiva. Si se acredita que aproximadamente está total o mayoritariamente adscrito, la tendencia es la de acordar la necesidad de subrogación y, si eso no se produce, puede denegarla.

Aquí es donde se produce el problema de falta de concreción y de una posible contradicción de doctrinas actualmente vigentes en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Una parte de la doctrina citada en el apartado anterior aboga por la desestimación de las demandas y la inexistencia de subrogación si no se está totalmente adscrito a la unidad productiva. Para la otra parte de la doctrina, es suficiente estar principal o mayoritariamente adscrito a la unidad productiva.

Una reciente muestra de esta última doctrina la constituye la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 257/2021-F, de 13 de abril de 2021 (rec. 213/2021), que analiza el cambio de adjudicataria del servicio de *catering* aéreo en favor de una compañía aérea en el Aeropuerto de Madrid Barajas Adolfo Suárez. La anterior adjudicataria venía gestionando *“el servicio de catering aéreo y fregado para 15 compañías aéreas aproximadamente, de ellas la que tenía mayor antigüedad era [la compañía aérea relevante]”*. La nueva adjudicataria asume el 1/02/2020 el Servicio de esa aerolínea y *“se subroga en 640 empleados de [la anterior adjudicataria] a los que procede [a] dar de alta en Seguridad Social”* (hecho probado vigésimo). La anterior adjudicataria sigue gestionando el servicio de *catering* aéreo respecto del resto de las aerolíneas (catorce aerolíneas). Esta sentencia mantiene que, *“sin perjuicio que [el actor] pudiera realizar algunas actividades para otra compañía”* (fundamento de derecho quinto), debe ser subrogado al 100 % por la cesionaria.

En un asunto similar, también en cambio de adjudicataria del servicio de *catering* aéreo, conviene destacar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2022 (recurso de suplicación 759/2021). En este caso, se consideró acreditado que *“ocasionalmente, el trabajador demandante ayudaba a algún compañero en alguna otra compañía aérea distinta de [la compañía aérea relevante]”* (aunque el fundamento de derecho primero recoge una solicitud de modificación de hechos probados en la que constaban trabajos para otras cuatro aerolíneas, solicitud que fue desestimada por *“intrascendente”*). Esta sentencia consideró que no existía vulneración del artículo 44 ET, centrándose de nuevo en la línea de que, principalmente, el actor trabajaba para una compañía aérea y que los trabajos para otras empresas principales eran de *“escasa entidad”*.

Esta sentencia argumenta en su fundamento de derecho cuarto que *“(…) lo relevante es que se ha acreditado que el actor estaba adscrito al servicio que ha sido objeto de adjudicación a la ahora recurrente, y por tanto ésta tiene que proceder a subrogarse en su contrato, como hizo inicialmente, careciendo de relevancia el que de manera puntual pudiera prestar algún servicio en otra compañía, debiéndose tener en cuenta al efecto que la propia empresa en su recurso solicita que se tome en consideración que así lo hizo 14 días en un periodo de siete meses, lo que evidencia la escasa entidad*

transmisión y el demandante no estaba materialmente adscrito a ninguna de las tres clínicas que fueron objeto de venta y transmisión, ni a la de DIRECCION007, ni a la de DIRECCION008, ni a la de Barcelona. Trabajaba para el grupo empresarial y los compradores ni siquiera tenían que conocer la existencia del actor, más allá del malentendido, luego resuelto con su baja en el censo de la TGSS, de su alta, sólo formal como trabajador exclusivo de la empresa que explotaba la clínica de DIRECCION007”.

de los servicios realizados para otras compañías aéreas, no indicando siquiera el tiempo de la jornada que pudo prestarlos, por lo que el motivo se desestima”.

2.2 LA SOLUCIÓN IMAGINATIVA: SUBROGACIÓN PARCIAL

Para complicar más todavía la cuestión, existe otra posible respuesta al problema. Si se llega a la conclusión de que, pese a no estar el empleado adscrito en su totalidad a la unidad productiva autónoma transmitida, es preciso que el cesionario se subroge, se abre aquí el interrogante de si debe hacerlo al 100 %, por un contrato a tiempo completo, o bien si lo que procede es acometer una subrogación parcial, de modo que el cesionario se subroge tan solo en la parte proporcional de jornada que ese empleado venía prestando servicios a la unidad económica transmitida, lo que sería más respetuoso con los intereses del cesionario, que no debería verse obligado a asumir más proporción de jornada de la que el empleado solía dedicar a la unidad productiva recibida.

Ciertamente, es una solución que puede resultar poco cómoda o práctica; pero debe insistirse en que esta salida sí sería más respetuosa con los intereses del cesionario, que tienden a quedar olvidados en los litigios sobre sucesión de empresa. Por supuesto, lo principal es preservar los intereses de los trabajadores, pues la Directiva 2001/23 CE y el artículo 44 ET tienen esa misión, la continuidad en las relaciones laborales.

Pero el TJUE ha insistido en más de una ocasión —consta una primera sentencia de 8 de julio de 1987 (Ar. 5111) y lo ha hecho, por ejemplo, más recientemente, en la Sentencia de 26 de marzo de 2020 (C-344/18), asunto *ISS Facility Services*— en que la Directiva 2001/23 CE “*no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos, por una parte, y los del cesionario, por otra (véase en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, Alemo-Herron y otros, C-426/11, EU:C:2013:521, apartado 25)*” (apartado 26 de la *STJUE*). En los mismos términos TJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-675/2021, *Strong Charon*.

En este contexto, se ha dictado en los últimos años este interesante pronunciamiento por parte del TJUE, que viene a concluir que, en estos casos de adscripción de un empleado a varias contrata, partición de esas contrata y subrogación a distintos cesionarios, debe llevarse el contrato debe transmitirse a cada cesionario en términos proporcionales. Esto es, que en este tipo de supuestos en los que el trabajador desempeña funciones que implican a diversos cesionarios concluye que se los cesionarios le deben asumir “*en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador de que se trate*”.

Sobre esta sentencia del TJUE y la necesidad de aclarar este asunto en España, la doctrina científica ha dicho recientemente que “*(...) reviste gran importancia pues aborda un tema nuevo en el ámbito comunitario y que, en España, tampoco tiene prevista solución legal o convencional sin que tampoco la jurisprudencia haya abordado directamente este tema*” (VICENTE PALACIO)⁵⁴².

El asunto es verdaderamente novedoso, y también lo fue para el propio TJUE cuando se enfrentó al análisis del caso que dio lugar a la sentencia. En este sentido, el abogado general, Maciej Szupnar, en sus conclusiones presentadas el 26 de noviembre de 2019 advirtió que “*(...) el examen de esta cuestión*

⁵⁴² VICENTE PALACIO, María Arantzazu: “Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario. *STJUE* (Sala Cuarta) de 26 de marzo de 2020 (asunto C-344/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2020. Disponible online: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-L-2020-00000000965. Fecha de consulta: 8/03/2023.

prejudicial llevará al Tribunal de Justicia a pronunciarse por primera vez sobre las consecuencias que se derivan de la transmisión de una entidad económica a dos cesionarios para el mantenimiento de los derechos y obligaciones de los trabajadores conferidos por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23”.

El supuesto trata sobre una empresa que tenía adjudicados los servicios de limpieza y de mantenimiento de diversos edificios del Ayuntamiento de Gante (Bélgica) repartidos en tres lotes. El lote 1 comprendía los museos y los edificios históricos, el lote 2 incluía las bibliotecas y los centros municipales, y el lote 3 tenía por objeto los edificios administrativos. El 1 de abril de 2013, la Sra. Govaerts fue nombrada directora de proyecto en relación con los tres tipos de ubicaciones correspondientes a los referidos lotes (apartado 10 de la sentencia).

Posteriormente, el Ayuntamiento de Gante publicó una licitación relativa al conjunto de los lotes antes citados en la que la empresa ISS no resultó seleccionada. Los lotes 1 y 3 fueron adjudicados a Atalian, mientras que el lote 2 fue adjudicado a Cleaning Masters NV. El arbeidshof te Gent (Tribunal Superior de lo Laboral de Gante) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. Preguntó, en esencia, si cuando existe una transmisión de empresa, a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, que implique a varios cesionarios, el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo existente en la fecha de dicha transmisión se transfieren a cada uno de los cesionarios en proporción a las funciones que ejerce el trabajador o únicamente al cesionario para el que el trabajador ejercerá principalmente sus funciones. Con carácter subsidiario, el órgano jurisdiccional remitente preguntó si dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que no cabe oponer a ninguno de los cesionarios el mantenimiento de los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo.

El TJUE aclaró que el artículo 3, apartado primero, de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que *“los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo se transfieren a cada uno de los cesionarios en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador de que se trate, siempre que la división del contrato de trabajo resultante de esta operación sea posible y no suponga un deterioro de las condiciones de trabajo ni afecte al mantenimiento de los derechos de los trabajadores garantizados por esta Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.*

Como venimos insistiendo en este punto, parece claro que el TJUE conoce que se pueden producir abusos en estas situaciones en relación con el cesionario y, en este contexto, llega a la solución de la subrogación en proporción o parcial (nos parece muy relevante esa consciencia de que el interés del cesionario, en buena medida indefenso en estos casos, también precisa de tutela). Y argumenta la solución de la subrogación proporcional en el sentido de que la garantía de los derechos de los trabajadores no debe implicar *“imponer a los cesionarios obligaciones mayores que las que implica para ellos la transmisión de empresa de que se trate”* (apartado 34 de la STJUE). En este sentido, ahonda en esta idea precisando que la subrogación proporcional es más equitativa desde el punto de vista de la justicia material porque garantiza la continuidad en las relaciones laborales y la protección de los trabajadores sin un perjuicio al cesionario y, podríamos decir, que un cierto enriquecimiento injusto del cedente⁵⁴³.

⁵⁴³ La argumentación en favor de una solución más justa para los casos de adscripción parcial es muy convincente y respetuosa tanto con la Directiva 2011/23 como con el artículo 38 CE y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En concreto, se razona que *“esa transferencia de derechos y obligaciones derivadas de un contrato de trabajo a cada uno de*

Un sector de la doctrina ha señalado las dificultades que puede entrañar esta doctrina porque puede implicar la transformación de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial, algo que quizá no encaje bien en nuestro sistema al amparo del artículo 12.4.e) del ET, que no permite la transformación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial sin el consentimiento de la contraparte⁵⁴⁴.

Otro sector de la doctrina apunta también el escollo del artículo 12.4 e incluso reflexiona acerca de si la transformación del contrato a tiempo completo en dos contratos a tiempo parcial pudieran conllevar una modificación sustancial de condiciones o incluso desembocar en una demanda por incumplimiento empresarial del artículo 50 ET⁵⁴⁵. En términos similares se lo ha planteado la doctrina en Portugal⁵⁴⁶.

Por otra parte, un tercer sector de la doctrina realiza esta reflexión acerca de la posibilidad de la subrogación parcial, y al hilo de esta sentencia del TJUE: “He sostenido que, a la luz de la doctrina del TJUE, quizás, podría plantearse una subrogación parcial, esto es, la asunción del trabajador únicamente hasta el tope de la jornada máxima, permaneciendo en la saliente por el resto”⁵⁴⁷.

También se ha identificado en la STJUE una solución que “trata de «cuadrar» los derechos de la parte trabajadora, expresamente previstos en el art. 3 pero sin contemplar el supuesto objeto del presente litigio, y los derechos de la parte cesionaria tal como ha ido siendo interpretada la Directiva por la jurisprudencia del TJUE, y ello se manifiesta de manera clara y meridiana en la afirmación de que, con la aceptación de la tesis de la división del contrato a tiempo completo en dos a tiempo parcial «se mantienen los derechos del trabajador derivados de su contrato, mientras que no se imponen a los cesionarios obligaciones mayores que las que implica para ellos la transmisión de la empresa de que se trate»”⁵⁴⁸.

los cesionarios en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador permite, en principio, garantizar un equilibrio justo entre la salvaguarda de los intereses de los trabajadores y la salvaguarda de los intereses de los cesionarios, en la medida en que se mantienen los derechos del trabajador derivados de su contrato, mientras que no se imponen a los cesionarios obligaciones mayores que las que implica para ellos la transmisión de la empresa de que se trate” (apartado 34 de la STJUE).

⁵⁴⁴ “Cabe preguntarse si esta conversión no contradice las previsiones de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES en relación a la voluntariedad en la conversión del trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial y viceversa y, más específicamente, el art. 12.4.e) ET cuando dispone el carácter voluntario de esta conversión y la imposibilidad de su imposición unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET” (VICENTE PALACIO, María Arantzazu: “Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata...”, *op. cit.*, pág. 10).

⁵⁴⁵ TODOLÍ SIGNES, Adrián: “Sucesión de empresa. ¿Qué ocurre con un trabajador adscrito a toda la contrata cuando esa contrata se adjudica a varias empresas por lotes? Sentencia del TJUE”, *Argumentos en Derecho Laboral*. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2020/06/09/sucesion-de-empresa-que-ocurre-con-un-trabajador-adscrito-a-toda-la-contrata-cuando-esa-contrata-se-adjudica-a-varias-empresas-por-lotes-sentencia-del-tjue/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

⁵⁴⁶ PESTANA NASCIMENTO, André y SILVEIRA DE FREITAS, Liliana: “Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento: comentário ao acórdão ISS Facility Services v. Govaerts e Atilian NV”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2021, n.º 1, pág. 555 a 590”, realizan un análisis de la posibilidad que abre esta doctrina a la partición del contrato de trabajo único en diversos contratos por efecto de la subrogación proporcional y se adentra en las dudas e implicaciones prácticas de la cuestión bajo el Derecho Portugués.

⁵⁴⁷ BERTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “¿Es posible simultanear dos contratos de trabajo con la misma empresa”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 17 de febrero de 2020. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2020/02/17/es-posible-simultanear-dos-contratos-de-trabajo-con-la-misma-empresa/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

⁵⁴⁸ ROJO TORRECILLA, Eduardo: “UE. transmisión de empresas. Contrato público para la prestación de servicios de limpieza y adjudicación de los lotes del contrato a dos nuevos adjudicatarios. ¿En qué situación jurídica queda una trabajadora adscrita a todos los lotes del contrato? Notas a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020 (C-344/18)”, en *El nuevo y cambiante*

Curiosamente, este criterio de la subrogación parcial o proporcional no era totalmente ajeno para la jurisprudencia española, que ya se lo planteó con anterioridad. Conviene citar aquí diversas sentencias dictadas en suplicación que aplican, además, una doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en concreto, se apoyan en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000 —RJ 2000, 8299—). En ese caso la Sala Cuarta del Tribunal Supremo confirmó la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 29 de abril de 1999 que declaró la condena a Securitas Seguridad España, S.A., “a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo [que] deberá realizarse por el porcentaje de jornada mensual del 85%”. A su vez, condenaba a PROSESA por el despido improcedente del actor a que lo readmitiera “en su puesto de trabajo con el porcentaje de jornada mensual del 15%” o a que le indemnizara “en ese mismo porcentaje”.

En la misma línea se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2011 (AS 2011, 169), que aplicó la doctrina de la STS de 18 de septiembre de 2000 antes citada declarando la subrogación parcial, si bien “en cuanto a la supresión de la restante jornada laboral (15 horas semanales) debe considerarse como despido, que ha de calificarse como improcedente”.

Con cita de ambas sentencias, se argumentó en su momento que “(...) la subrogación parcial conlleva que la nueva adjudicataria del servicio deba subrogarse en el contrato de trabajo del empleado en la parte a que se refiere al lugar de trabajo objeto de la subrogación, con independencia de que el trabajador viniera desarrollando parte de su jornada laboral en otro centro de trabajo. Por tanto, una relación laboral que era única, se desdobra en dos al producirse, por virtud de la norma convencional, la subrogación parcial, es decir, la sustitución de la personal de empresario anterior respecto al lugar objeto de subrogación”⁵⁴⁹.

Salvo casos aislados y muy específicos⁵⁵⁰, existen más pronunciamientos que, apoyándose en esa misma doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 18 de septiembre de 2000), apuestan por la subrogación parcial. Así, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía (Málaga) n.º 755/2015, de 7 de mayo de 2015 (AS 2015, 1115), también establece una condena en proporción a la jornada⁵⁵¹.

En la misma línea se han producido pronunciamientos posteriores y más recientes, como la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Murcia n.º 809/2018, de 26 de septiembre de 2018 (n.º

mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Disponible online: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/ue-transmision-de-empresas-contrato.html>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

⁵⁴⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: “Doctrina judicial en materia de sucesión de empresa y contratos”, *op. cit.*, pág. 442.

⁵⁵⁰ La doctrina señaló que se apartó de esta doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 16 de abril de 2014 (n.º de recurso 873/2013), en un supuesto de cambio de adjudicataria de servicio de transporte escolar en la que los trabajadores no estaban completamente adscritos al servicio y en la que fue “fundamental” una cláusula contenida en el acuerdo de fin de huelga por la cual se pactó que “no es necesario que los empleados hayan desarrollado su actividad de manera exclusiva para el servicio de que se trate” (ÁLVAREZ PADÍN, Bruno: “Subrogación obligatoria por la totalidad de la jornada laboral, con independencia de la jornada destinada al servicio subrogado. Comentario a la STSJ de Cantabria de 16 de abril de 2014”, *Revista de Información Laboral*, n.º 6, 2014. Aranzadi. BIB 2014/2874).

⁵⁵¹ En concreto, con cita de la doctrina anterior (STS de 18 de septiembre de 2000 aducida en el punto anterior) se argumenta que “La limitación a que se refería dicha sentencia era la establecida en la de suplicación, que confirmaba, en la que se establecía una condena de las empresas en proporción a la jornada. Se está, en definitiva, ante lo que la jurisprudencia ha conceptualizado como despido parcial que conlleve la rescisión indemnizada del contrato en porcentaje similar a la reducción de la jornada —sentencia de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 8106)—”.

de recurso 1252/2017), que apuesta por la subrogación proporcional pese a que trabajaba un 82 % para el servicio que se transmite, sin que sea un problema —y esto es importante— que la parte de jornada que pertenece al servicio que permanece en la cedente sea un supuestamente exiguo 18 %. Se declara, igualmente, la subrogación proporcional. Es aquí donde debe insistirse en que, en efecto, este tipo de soluciones son más justas y se compadecen mejor con el derecho de la cesionario a no tener que asumir una parte de jornada que no le corresponde⁵⁵².

En términos similares han aplicado la doctrina de esa Excm. Sala (STS de 18 de septiembre de 2000, RJ 2000, 8299) las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de noviembre de 2012 (n.º de recurso 5482/2011), de 14 de febrero de 2012 (AS 2012, 598) y de 14 de abril de 2011 (JUR 2011, 249741), así como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2011 (AS 2011, 169), o de Extremadura de 11 de septiembre de 2001 (n.º de recurso 411/2001) ⁵⁵³. Todas ellas coinciden en asumir la subrogación parcial y en que *“una relación laboral que era única, se ha desdoblado en dos (...)”*.

También resulta de interés, acerca de la subrogación parcial, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 21 de noviembre de 2016 (AS 2016, 1705). Aquí se concluye, en un caso de transmisión parcial en el que un empleado realizaba funciones tanto para la unidad productiva transmitida como para la que retiene el cedente, que *“(...) es contrario a Derecho suprimir la condición de empresario solidario del anterior empleador, (...) ya que una parte del trabajo que desempeñaba el actor con anterioridad lo hacía en las instalaciones que no han sido objeto de transmisión productiva y que quedan bajo titularidad de ese empleador, por lo que debe admitirse parcialmente la reposición de dicha empresa como empleadora, pero de manera subsidiaria con la nueva empleadora”*. En este caso, destaca el hecho de que *“no es posible discernir el porcentaje que dedicaba el trabajador [a la unidad productiva que no se transmite]”*. No por ello se deja de aplicar la subrogación parcial, sino que lo que se hace es declarar que la *“(...) situación resultante después de la transmisión de una parte de la unidad productiva es de solidaridad en la posición de empleador de ambos empresarios demandados (...)”*. En términos similares se pronuncia también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 11 de julio de 2016 (JUR 2016, 192550). No es muy claro, no obstante, el funcionamiento práctico del pronunciamiento en estos casos en los que no puede discernirse la jornada. Lo que es claro es que la doctrina judicial señala que el cedente debe pechar con parte de la responsabilidad en los casos de transmisiones de empresa con adscripción parcial de los empleados transmitidos en la parte del negocio que retiene el cedente, pero no con mayor proporción.

⁵⁵² *“Ha quedado acreditado que durante el citado periodo de tiempo el actor prestó servicios en el aeropuerto todos los meses, aunque no estaba adscrito exclusivamente a dicho centro. Procede en consecuencia declarar la obligación de la nueva adjudicataria del servicio de subrogarse en el contrato de trabajo del actor, pero no en la totalidad de la jornada, sino en la parte proporcional que corresponde con la prestación real de servicios en el aeropuerto de referencia, proporción que la demandada estima que asciende al 82,68%, con ocasión de la petición llevada a cabo en el recurso de suplicación. Ello comporta que la empresa [cedente] no quede totalmente desvinculada del trabajador por efectos de la nueva adjudicación de la contrata de seguridad, sino la persistencia del vínculo en una relación a tiempo parcial para prestar servicios en la jornada restante de la ordinaria”*.

⁵⁵³ También conviene tener en cuenta la Sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 9 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 121540), si bien se centra en un supuesto en el que no se cumplía el criterio del convenio de seguridad conforme el trabajador demandante debía estar al menos los siete meses anteriores a la subrogación adscrito a la contrata (en el caso de autos estuvo veintidós días prestando servicios distintos del objeto de subrogación, pero, dado que estos estaban justificados por períodos vacacionales, finalmente se le subrogó).

Por su parte, la doctrina (ARTETA MARTÍNEZ y SEMPERE NAVARRO⁵⁵⁴) ha expuesto, acerca de la subrogación parcial que “(...) *Si un trabajador reparte su jornada entre varios centros de la empresa saliente y el cambio de contratista no afecta a todos ellos, la nueva contratista se hará cargo del trabajador, aplicando los derechos de subrogación «en función de la jornada y de las funciones que el trabajador viniera realizando en el centro de trabajo afectado por la subrogación»*”.

En ocasiones, el convenio colectivo no prevé esta subrogación parcial y han sido los propios tribunales los que la han aplicado, en seguimiento de la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000 a la que hemos aludido más arriba. Sobre este punto, de nuevo se ha recordado que “(...) *algunos convenios colectivos sectoriales, como el de empresas de seguridad privada, no contemplan el supuesto señalado, y han sido los tribunales los encargados de encargar la procedencia de la subrogación empresarial en la parte de la jornada laboral que corresponda al centro afectado por el cambio de contratista*”⁵⁵⁵.

Lo anterior nos lleva a la siguiente cuestión. Esta doctrina del TJUE no resulta acorde con la doctrina judicial en España, conforme a la cual los empleados mayoritariamente adscritos deben ser simplemente subrogados al 100 % en la empresa cesionaria, sino que se alinea con la doctrina judicial también vigente, expuesta en los párrafos anteriores, que aboga por la sucesión parcial. La doctrina está pendiente de unificarse hasta la fecha, aunque es conocido que ello no es sencillo pese a su claro interés casacional⁵⁵⁶.

Esta cuestión se ha planteado también en sede de suplicación, donde se ha aducido la infracción de la doctrina del TJUE en el asunto *ISS Facility Services*. De hecho, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2022 (n.º de recurso 759/2021) ha anticipado en sus fundamentos de derecho quinto y sexto, en relación con la alegación de la aplicación de la doctrina *ISS Facility Services* al *catering* aéreo en supuestos de adscripción parcial, que “*el actor estaba adscrito al servicio de [la empresa principal que cambia de adjudicataria] y, como hemos dicho, a ello no obsta que puntualmente pudiera realizar servicios para otras empresas, porque no determinaba su adscripción a otras contrata, siendo tan escasos los servicios a los que se refiere la recurrente que, desde luego, no tienen entidad alguna para que se produjera esa pretendida parcialidad, que hipotéticamente habría de superar el 99% lo que llevaría al absurdo*”. Parece, por tanto, que esta doctrina de suplicación está exigiendo un porcentaje concreto de adscripción que debe constar en las sentencias para que pueda ser

⁵⁵⁴ ARTETA MARTÍNEZ, María y SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: *Sucesión de empresa: contrata, subcontrata y otros supuestos*, op. cit., pág. 229.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ El auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2022, n.º de recurso 2116/2021, rechaza la unificación de doctrina planteada en la que se adujo la existencia de estas dos contradicciones. Por una parte, la existencia de una doctrina de la Sala Cuarta vigente, que requiere la adscripción exclusiva, cuando en la sentencia recurrida quedó demostrado que el trabajador prestaba servicios de manera mayoritaria para una aerolínea, si bien también dedicaba algún tiempo a otras compañías. Por otra parte, tampoco aprecia contradicción entre el supuesto y la doctrina del TJUE en el asunto *ISS Facility Services* por entender que los supuestos de hecho divergían demasiado. La misma suerte corrió un recurso de casación para unificación de doctrina presentado en un tema muy similar y también inadmitido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo mediante auto de 7 de febrero de 2023 (n.º de recurso 1804/2022), que entendió que no concurría la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS, aunque no le pasa inadvertido el argumento de la recurrente sobre “*la necesidad de establecer un criterio definitivo para la solución de esta problemática*” que no puede acoger al no permitir el recurso de casación para la unificación de doctrina “*la comparación abstracta de doctrinas*”. Confiemos en que futuros intentos de unificación planteados en otros supuestos de hecho más parecidos al del caso *ISS Facility Services* y que cumplan la identidad sustancial en la contradicción brinden la oportunidad procesal a la Sala Cuarta de poder resolver la actual situación de divergencia de doctrinas en materia de trabajadores parcialmente adscritos a la unidad productiva.

aplicable la doctrina *ISS Facility Services*. Pero cabría oponer a este razonamiento que (i) consta con calidad de hecho probado que la codemandada reconoce que “*puntualmente pudiera haber ayudado a otros compañeros en el servicio a otras compañías*”; (ii) en el propio caso *ISS Facility Services* se produce una adscripción del 15 % vs. el 85 % y se concluye que procede la subrogación parcial (nos hemos referido también más arriba a adscripciones del 18% en las que se acogió la subrogación parcial, como en el caso de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de septiembre de 2018 antes citada); y (iii) que la empresa entrante puede encontrarse y se encuentra desprotegida en cuanto a la posibilidad de probar efectivamente esa adscripción.

Cabe de lo anterior extraer la conclusión de que (i) siempre que sea posible debe acreditarse el porcentaje de adscripción a cada contrata para que pueda ser posible la aplicación de la doctrina *ISS Facility Services*; y (ii) este tipo de pronunciamientos, aun cuando arrastran hechos probados que acreditan los constantes requerimientos de la nueva adjudicataria a la entrante para conocer quiénes son los trabajadores adscritos al servicio sin obtener respuesta (hechos probados octavo y noveno), son inflexibles al requerir al cesionario una carga de la prueba que se antoja prácticamente imposible⁵⁵⁷, pues no dispone de los medios para acreditar la adscripción de los trabajadores a la unidad productiva (los tiene la cedente y se beneficia de su falta de comunicación). Por ello, debemos sostener que, para que pueda ser aplicable la subrogación en estos supuestos de falta de claridad en la adscripción de los trabajadores, el cedente debería cumplir una obligación de información adicional en relación con la efectiva adscripción de los trabajadores a la unidad productiva. A continuación entramos con detalle en cómo podría hacerse y qué modificaciones legales (en el convenio o en el propio ET) podrían plantearse para mejorar esta deficiencia del sistema, deficiencia que cada vez va a ocurrir más en una sociedad posindustrial con redes de empresas (y con servicios compartidos), así como con prestación de servicios (en lugar de producción de bienes) y con activos más y más etéreos y menos corpóreos, dada su intangibilidad. Esa inmaterialidad de los activos en la sociedad de la industria 4.0 va a conllevar mayor complejidad en la identificación de la adscripción, por lo que mayor va a ser la necesidad de aclararla para evitar situaciones no queridas por el sistema, no respetuosas con el artículo 38 CE y de las que ya ha advertido el TJUE; la necesidad de velar, también, por los intereses del cesionario.

2.3 PRUEBA DE LA ADSCRIPCIÓN TOTAL O MAYORITARIA Y SOLUCIONES PROPUESTAS

2.3.1 La dificultad, en la que incide el TJUE, de acreditar la adscripción y la tutela de los derechos del cesionario en una sucesión de empresa

La prueba sobre la adscripción de un empleado a la unidad productiva transmitida o a la parte del servicio que se desgaja y transmite a la cesionaria es de extraordinaria complejidad y la cedente tiene el control y la hegemonía de la información y prueba sobre tal adscripción. Esto genera que, para los propios trabajadores, pero, todavía más, para la cesionaria, pueda resultar misión imposible el colmar la carga de la prueba sobre la adscripción de los trabajadores (mayoritaria o total) a la unidad productiva. La práctica judicial que puede vislumbrarse en los pronunciamientos en los que se ha debatido esta cuestión pone de manifiesto que esa posición privilegiada de la empresa cedente como consecuencia del acceso a la información acerca de quiénes son los trabajadores verdaderamente adscritos y quiénes son los trabajadores más competentes tiene un peso decisivo. Y, de hecho, puede llevar a resultados no deseados en los que la cedente selecciona a aquellos empleados que le interesa retener independientemente de si están verdaderamente adscritos a la unidad productiva. Se produce con

⁵⁵⁷ Y conviene recordar que *ad impossibilia nemo tenetur*.

frecuencia un *cherry picking* o selección de los empleados preferidos independientemente de su vinculación al negocio transmitido. De este modo, los empleados que la cedente comunica a la cesionaria no son los que realmente trabajaban para la unidad productiva que se transmite o para la contrata que cambia de titular, sino los que considera la cedente que son menos productivos, de modo que elige quedarse con los que considera más válidos o interesantes y aprovecha la activación de la subrogación para desprenderse de los que considera menos atractivos. Pueden ser los empleados que a la cedente le interesa que sean, y la cesionaria puede tener serias dificultades para comprobarlo y acreditarlo. Esto compromete, *de facto*, la tutela judicial efectiva del cesionario (artículo 24 de la Constitución Española). De hecho, se observa que estos casos acontecen incluso pese a que el convenio colectivo aplicable prevea obligaciones en materia de información que pesen sobre la cedente o se haya suscrito entre cedente y cesionaria un contrato de servicios transitorios o *transitional services agreement* (conocido como "TSA") en el que se hayan previsto específicos compromisos en materia de información respecto de los empleados a subrogar (entre otras cuestiones que aseguren la ordenada transición en el cambio de empresas adjudicatarias que garantice la continuación en la prestación de servicios).

Además, en el caso de cambio de empresa adjudicataria, la posición de fuerza de la empresa cedente puede verse reforzada por el hecho de que está perdiendo el servicio que ahora el principal encomienda a la cesionaria, de modo que puede estar en disposición de forzar e imponer su criterio sobre los empleados adscritos al servicio que entiende que deben transmitirse, mientras que la cesionaria debe velar por varios intereses que trascienden su protección jurídico-laboral o recepción de los empleados realmente adscritos (y, en concreto, el relevante interés de que acontezca la transición en el servicio sin interrupciones y pueda prestarse sin solución de continuidad, evitando que surjan conflictos o huelgas que puedan situarle en una posición delicada respecto del principal, que es su nuevo cliente, por ejemplo, en el caso de que la cesionaria se plante y exponga que no acepta los empleados que están incluidos en la lista de subrogables al entender que no son los verdaderamente adscritos).

Por supuesto que el objetivo principal y esencial de la Directiva 2001/23 CE y del 44 ET, así como la propia esencia de la institución de la sucesión de empresa, consiste en proteger los derechos de los trabajadores y que se produzca la continuidad de sus relaciones laborales y su subrogación. Ese es el primer y principal objetivo de la Directiva 2001/23 CE. No obstante, de algún modo, el TJUE ha advertido ya en más de una ocasión que existe otro objetivo secundario y adicional que no debe olvidarse. En concreto, se viene insistiendo en la Sentencia de 26 de marzo de 2020 (C-344/18), asunto *ISS Facility Services*, advierte en su apartado 26 que "*la citada Directiva no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos, por una parte, y los del cesionario, por otra (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, Alemo-Herron y otros, C 426/11, EU:C:2013:521, apartado 25)*".

El TJUE menciona aquí que no debe hacerse "*abstracción de los intereses del cesionario*" (apartado 31) y que es preciso "*garantizar un equilibrio justo entre la salvaguarda de los intereses de los trabajadores y la salvaguarda de los intereses de los cesionarios*" (apartado 34).

Estas consideraciones las realiza, precisamente, al proponer la subrogación parcial como solución (tal y como se ha expuesto en el apartado 2.2 anterior). Pero quizá convenga reflexionar en esta línea doctrinal del TJUE para llegar a conclusiones desde la perspectiva del cesionario y de que sus derechos y su posición también deben tenerse en cuenta en una sucesión de empresa. En concreto, en la cuestión de

la adscripción de los empleados que se incluyen como empleados a transmitir, pueden producirse abusos de los que debe protegerse al cesionario.

Como decíamos, este puede encontrarse en cierta indefensión para acreditar que determinados empleados no pertenecen a la unidad productiva, pues no cuenta con la documentación que acredite tal cosa (hojas de ruta del personal que transporta el producto que prueban en favor de qué cliente están sirviendo, partes de trabajo de la máquina en la que han trabajado que revela a qué cliente va destinado el producto, *softwares* de trazabilidad que pueden determinar si determinado empleado ha preparado un pedido, producto o servicio para determinado cliente, sobre todo, muy presentes en materia de seguridad—incluyendo aérea o alimentaria—, etc.). Es el cedente quien cuenta con esa documentación, y disponer de ella o no, al margen de que pueda requerirse por vía judicial, puede resultar hartamente complicado.

La Sentencia 257/2021-F de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de abril de 2021 (n.º de recurso 213/2021) da buena fe de la complejidad de esa prueba sobre la adscripción en el sector del *catering* aéreo. Esta sentencia declara la existencia de la obligación de subrogación por parte de la empresa cesionaria aun cuando quedó acreditado que el trabajador no estaba completamente adscrito al cliente cuyo servicio cambió de adjudicataria, sino que el actor “*realizaba algunas actividades para otras compañías*”, que la sentencia de instancia recogía al desglosar las alegaciones de la cedente en contestación a la demanda, en al menos un 10 % de la actividad. Pese a la falta de adscripción total del actor al servicio, la sentencia declara la existencia de obligación de subrogar por sucesión de empresa del artículo 44 ET⁵⁵⁸.

Sentencias como la anterior avivan el debate de la posición de debilidad en que puede encontrarse la empresa cesionaria. Por supuesto, otra manera de acreditar la inexistencia de adscripción a la unidad productiva puede ser la testifical; pero igualmente la práctica constata que la prueba testifical depende de varios factores en juicio y puede no resultar fiable.

A la postre, el principio general de que “*quien alega, prueba*” (artículo 217.2 y 3 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil) puede no ser suficiente para asegurar la posición del cesionario y le puede debilitar porque no tiene las mismas posibilidades de acceso a la prueba sobre la verdadera adscripción de los trabajadores que el cedente. En ese pleito en el que puede cristalizar la cuestión, el trabajador y la empresa cedente aducirán que el empleado estaba adscrito al servicio, y la experiencia revela en ocasiones que el juzgador tiende a resolver el asunto en favor del principio de estabilidad del empleo y de la declaración de la subrogación (al final, pesa sobre el juzgador la resolución de cualquier duda *pro operario*), aunque la prueba desplegada por quienes aducen la adscripción sea de poca enjundia y que incluso se reconozca que el trabajador demandante realizaba trabajos para otras partes distintas a la unidad productiva transmitida o en favor de clientes distintos del cliente que ha cambiado de adjudicataria⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Sobre las dificultades de la cesionaria para conocer los trabajadores adscritos al servicio, véanse los hechos probados decimosexto a vigésimo segundo de la Sentencia 257/2021-F. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia, en calidad de hecho probado, se reconoce que el actor “*realizaba actividades para otra compañía [distinta de la que asume el servicio]*”.

⁵⁵⁹ El fundamento de derecho quinto de la mencionada Sentencia 257/2021-F de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de abril de 2021, es buena muestra de lo anterior—argumentación en la que se basa la adscripción del trabajador al servicio que cambia de adjudicataria—. Por otra parte, las dificultades para obtener información acerca de la adscripción y para acreditar la no adscripción del trabajador al servicio, por parte de la cesionaria, pueden verse en el hecho probado vigésimo primero y en el fundamento de derecho segundo.

Por tanto, para resolver esta inseguridad a la que puede dar lugar el sistema, es preciso incluir algún tipo de corrector en la normativa que vele por ese interés del cesionario que también conviene tutelar.

2.3.2 Posibles soluciones

En la medida en que el problema radica en la falta de información acerca de los trabajadores adscritos, información con la que cuenta el cedente y de la que carece el cesionario antes del cambio de titularidad empresarial, la solución puede hallarse precisamente en una obligación de proporcionar esa información al potencial cesionario, con carácter previo a la transmisión.

Desde luego, la manera más práctica y plausible de lograrlo sería incorporar en sede de negociación colectiva (donde las patronales pueden tutelar el interés del cesionario) una obligación de la cedente respecto de la cesionaria de compartir información específica sobre la adscripción de los empleados al servicio que cambia de adjudicataria, junto con una acreditación documental de esa adscripción. El incumplimiento de esa obligación debería tener como consecuencia la responsabilidad única de la cedente, tanto en la subrogación como en la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social de ese empleado cuya adscripción al servicio que cambia de adjudicataria no se ha acreditado. Y ello con apoyo en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sentencia n.º 818/2020 de 30 de septiembre de 2020 [JUR 2020, 294893]), que declara que *“la empresa entrante no tiene el deber de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa saliente, cuando esta última ha incumplido de manera relevante con la obligación de facilitarle la documentación atinente a los trabajadores adscritos a la contrata”*. En términos similares, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 (RJ 2015, 61) ha concluido que *“hemos recordado que la aplicación de estas cláusulas convencionales de subrogación está condicionada al cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y documentación establecidos en la negociación colectiva a cargo de la empresa saliente —en el caso los artículos 49 y 53 de dicho convenio—, de suerte que si no se remite tal documentación no se produce la transferencia de la relación de trabajo a la empresa entrante”*. En la misma línea se han pronunciado las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1407), 12 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 1229), 2 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10689), 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9985), 17 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11069) y 11 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3353). Por tanto, el incumplimiento del cedente de esa obligación de informar y acreditar al cesionario acerca de los empleados adscritos a la unidad productiva impediría la entrada en juego de la subrogación convencional. Esa podría ser una solución al problema en sede de negociación colectiva que desde aquí nos atrevemos a proponer.

Por otra parte, un paso adicional y más ambicioso en la línea de ese refuerzo de los intereses del cesionario pudiera ser la inclusión de un deber de información adicional que incumbiera al cedente respecto del cesionario en la propia sucesión de empresa legal y que se insertara en el contexto de los deberes de información que cedente y cesionario tienen para con los representantes de los trabajadores y de los trabajadores en ausencia de representantes, que se prevé en el artículo 44.6 a 8 del ET.

Es decir, se sugiere como posible solución una obligación legal concreta de que el cedente informe al cesionario acerca de quiénes son los empleados adscritos al servicio que cambia de titularidad (en caso de cambio de empresa adjudicataria) o a la unidad productiva que se desgaja y se transmite (cuando quedan en la cedente otras líneas de negocio o unidades productivas que atender). Podría precisarse cuál es el porcentaje de adscripción que dedican a cada negocio de la Empresa, y ello podría incluirse en una suerte de registro de pertenencia a cada subnegocio o a cada contrata a la que se concurre. Esa

información podría incluirse como un nuevo apartado (e) del artículo 44.6 ET en el que el cedente tenga obligación de informar a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores afectados por la transmisión y, además, al cesionario, acerca de la adscripción de los empleados a la unidad productiva que se transmite o al servicio que cambia de adjudicataria, además de proporcionar con ambos (trabajadores y cesionaria) la documentación que acredite este extremo. No hacerlo debería generar una presunción *juris tantum* de la falta de adscripción de los empleados a la unidad productiva y reequilibrar la situación entre cedente y cesionario, de modo que, en caso de litigio, el cesionario no se viera tan desamparado en cuanto a la posibilidad de colmar la carga de la prueba sobre la adscripción. Esa presunción se establecería en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para el caso de los incumplimientos de información acerca de la adscripción de los trabajadores a la unidad productiva.

Este nuevo precepto tendría, de este modo, dos objetivos: (i) asegurar la tutela del interés del cesionario en los términos que se comentan en este capítulo; y (ii) permitir que los intereses de los empleados que se han incluido indebidamente dentro de la lista de empleados a subrogar, pero que realmente no pertenezcan a esa unidad productiva transmitida o servicio que cambia de titular, puedan ejercitar una suerte de derecho de oposición (en la legislación alemana —613.a *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵⁶⁰— conocido como “*Widerspruchrecht*”⁵⁶¹). En España no existe tal derecho de oposición como tal, pero sí la posibilidad de interponer conflictos colectivos o pleitos de reclamación de derechos en los que el sujeto colectivo (sindicatos-comité, en el primer caso) o individual (trabajadores individualmente considerados, en el segundo) puedan ejercer su derecho a volver a la cedente considerando que no estaban realmente adscritos a la unidad productiva⁵⁶². Esta nueva redacción que proponemos de un artículo 44.6, apartado (e) del ET⁵⁶³ sentaría las bases para poder evitar situaciones fraudulentas en las que empleados no adscritos al servicio o a la unidad productiva sean adheridos a ella artificiosamente para conseguir desprenderse de ellos, o también que empleados que no pertenezcan verdaderamente a ese servicio o unidad productiva sean “cargados” a cuenta del cesionario.

2.3.3 Herramientas adicionales que aporta la reforma concursal en la delimitación de las relaciones laborales integrantes de la unidad productiva a transmitir

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (la “**Ley 16/2022**”), ha realizado importantísimas aportaciones al régimen jurídico de la sucesión de empresa en el seno del concurso. Entre esas aportaciones destaca, claramente, la atribución al juez del concurso de la jurisdicción para

⁵⁶⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán). Disponible online: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_613a.html. Fecha de consulta: 8/03/2023.

⁵⁶¹ Sobre el derecho de oposición o *Widerspruchsrecht* véase MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa del artículo 44 ET: principales similitudes y diferencias con el sistema alemán”, *op. cit.* pág. 4.

⁵⁶² Muestra de ello la constituye, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo n.º 1043/2017, de 20 de diciembre de 2017 (n.º de recurso 165/2016).

⁵⁶³ Se incluye la redacción concreta que se propone en el apartado 9.1 de ese capítulo, en el que se analiza el contenido del artículo 44.6 a 8 del ET.

declarar la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de una unidad productiva, superando el posible *ultra vires* en el que incurría el artículo 221.2 del anterior texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo (“**TRLC**”). Pero, junto con este relevante eje, el otro punto clave reseñable que aporta la Ley 16/2022 es, sin duda, la atribución al juez del concurso de la jurisdicción para determinar, en los casos de transmisiones de unidades productivas, cuáles son las relaciones laborales que integran la unidad transferida⁵⁶⁴.

En efecto, en relación con esta segunda cuestión de la determinación y delimitación de los empleados que pertenecen a la unidad productiva, es preciso señalar la redacción de los nuevos apartados segundo y tercero del artículo 221.2 del TRLC en la redacción que le otorga la Ley 16/2022. Estas incorporaciones se producen muy en la línea de la necesidad de delimitación de los trabajadores adscritos a la unidad productiva o al servicio que cambia de contratista, que venimos apuntando en los apartados anteriores para situaciones extramuros del concurso. Es típica esta problemática en los contextos concursales, por ejemplo, en el caso de cadenas hoteleras que entran en concurso y se produce la adscripción en último momento a un hotel en concurso de empleados que, realmente, corresponden a otro hotel⁵⁶⁵.

Pues, bien, en este marco, la Ley 16/2022 determina que “*el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*”. La doctrina se ha encargado de subrayar que ahora, con total claridad, el juez del concurso puede delimitar las relaciones laborales que componen la unidad productiva⁵⁶⁶.

Pero hay una segunda cuestión de especial interés aquí, que es la introducción de un nuevo apartado tercero al artículo 221 del TRLC. Se pone sobre la mesa una nueva herramienta para realizar esa tarea de delimitación precisa que tan relevante es en el concurso para poder evitar el fraude. Se contempla, en concreto, que “*(...) el juez podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas*

⁵⁶⁴ Así lo ha destacado PALOMO BALDA, Emilio: “La sucesión de empresa tras la última reforma laboral (aspectos competenciales)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 471, noviembre-diciembre 2022, pág. 104 y ss.

⁵⁶⁵ Una buena muestra de este tipo de situaciones se tratan en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Experiencias prácticas en materia de sucesión de empresa en sectores concretos. El sector inmobiliario y hotelero”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 194. La Sentencia 2485/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 1 de octubre de 2014 (n.º recurso 1811/2013), es un buen ejemplo de este tipo de prácticas y desestima la demanda del director de seguridad de varios hoteles que, pese a disponer de un despacho en el hotel cuyo inmueble se transmitió, trabajaba en realidad para el resto de hoteles del grupo de manera relevante e incluso prestaba servicios de seguridad para el presidente de la compañía, razones por las que se entendió que no estaba adscrito al hotel transmitido.

⁵⁶⁶ PALOMO BALDA, Emilio: “La sucesión de empresa tras la última reforma laboral...”, op. cit., pág. 107 y ss., ha hecho hincapié en esta cuestión. Recuerda que era una competencia que de algún modo estaba implícitamente contemplada en la versión inicial del precepto (artículo 224.1.3.º del TRC), pues juega también un papel en la delimitación de las deudas laborales y de seguridad social de la concursada a las que potencialmente tendrá que hacer frente el cesionario, dado que solo son las contraídas por personas trabajadores pertenecientes a esa unidad productiva que se transmite. Destaca PALOMO BALDA que ahora, con la nueva redacción, en aras de la seguridad jurídica, el legislador quiere otorgar al juez del concurso jurisdicción específica en esa materia y diferenciarla de la jurisdicción que también ostenta en cuanto a la declaración de existencia o inexistencia de la sucesión de empresa. Se le quiere proporcionar al juez del concurso el bisturí de precisión para delimitar cuáles son los contratos de trabajo que pertenecen a la unidad productiva autónoma que se transmite, y esto “*impide a las personas trabajadoras acudir a los juzgados de lo social para expresar su discrepancia con la decisión adoptada al respecto por el juez del concurso*”.

de seguridad social relativas a estos trabajadores”. El informe se emitirá en el plazo improrrogable de diez días.

Recurrir a esta medida, es decir, la intervención de la ITSS que cuenta con elementos eficaces para deslindar quiénes son los empleados adscritos a la unidad productiva, es una solución legislativa inteligente. Sus actas cuentan con presunción de veracidad y, además, puede realizar los requerimientos necesarios y entrevistas (incluso a los compañeros de los trabajadores para indagar y conocer la realidad de la adscripción), requerir documentos y comparar la información obtenida con la información histórica que puede constar en los registros de la Tesorería General de la Seguridad Social para comprobar la trayectoria de afiliación de los empleados (quizá en distintas empresas del grupo o con altas en la unidad productiva realizadas en el último momento antes de su transmisión, lo que puede poner de manifiesto posibles actuaciones fraudulentas).

Nuestra conclusión a este respecto es que, también cuando se está extramuros del concurso, la participación de la ITSS puede ser una solución de utilidad, que contribuya a aclarar la cuestión de la adscripción y garantice, por supuesto, que la continuidad de las relaciones laborales de los empleados adscritos a la unidad productiva prosigue. Además, también puede asegurar que los intereses del cesionario se encuentran debidamente atendidos y que las situaciones fraudulentas tengan mayores dificultades para prosperar. Por tanto, en esa hipotética reforma del artículo 44.6 *bis* que se ha propuesto, con toda humildad, quizá podría contemplarse, en su caso, el acceso a esta herramienta, sea por el juez de lo social, como prueba adicional a practicar en caso de duda (y, por tanto, incluir este medio de prueba de manera específica en la LRJS), o bien en supuestos de falta de entrega de documentación por el cedente, donde podría solicitarse su intervención ante la falta de claridad de los empleados adscritos a la unidad productiva o al servicio que cambia de adjudicataria y que es preciso delimitar y aclarar.

3. LA “VÁLIDA EXTINCIÓN” DE LAS RELACIONES LABORALES

Una vez constatado que estamos ante una sucesión de empresa, habiéndose verificado que los empleados están verdaderamente adscritos a la unidad productiva que se transmite o servicio que cambia de titular, es preciso comprobar una cuestión adicional antes de aplicar las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresa: las relaciones laborales deben encontrarse vigentes y vivas. En efecto, debe recordarse la relevante circunstancia de que la obligación de subrogación se va a producir tan solo respecto de las relaciones laborales que estuvieran *vivas* en el cedente y que no estuvieran *válidamente extinguidas*, esto es, que se hubieran extinguido e indemnizado tras la consecución de los correspondientes procedimientos legales, sin mediar fraude o engaño, antes de que tuviera lugar la transmisión⁵⁶⁷. Por tanto, no existirá la obligación de subrogación respecto de los trabajadores de la anterior adjudicataria si esas relaciones laborales se encontraban válidamente extinguidas con anterioridad a la sucesión de empresas, todo ello salvo supuestos de fraude acreditado (en los cuales,

⁵⁶⁷ Constituye una premisa elemental e inexcusable para que opere la continuidad de las relaciones laborales que estas no se hayan extinguido —por cualquiera de las causas admitidas en derecho— con anterioridad a la transmisión (STS 24 de julio 1995 [RJ 1995, 6331]).

no podrá aplicarse la doctrina de la válida extinción de las relaciones laborales antes de la transmisión, pues obviamente, no será válida esa extinción, si ha mediado fraude)⁵⁶⁸.

Y es que existe una consolidada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de enero de 1997⁵⁶⁹ [RJ 1997\618], 15 de abril de 1999 [RJ 1999\4408], 25 de mayo de 2000 [RJ 2000\4799], 11 de abril de 2001 [RJ 2001\5113], 25 de febrero de 2002 [RJ 2002\6235] y 16 de julio de 2003 [RJ 2003\6113]⁵⁷⁰) que aclara que “*para que opere la garantía que establece el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente*”. En estas sentencias se analiza la constitución de sociedades laborales por trabajadores cuyos contratos se extinguieron en expedientes de regulación de empleo.

La doctrina científica ha recordado que esta jurisprudencia acerca de la válida extinción previa a la transmisión de empresa también se ha aplicado en la Sala Tercera: “(…) *en el orden contencioso-administrativo, la STS 19 de julio de 2002. Ver no obstante, el artículo 104.1, párrafo tercero, segundo inciso, LGSS, modificado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que seguramente pretenda “reaccionar” contra la última STS citada*”⁵⁷¹.

Conviene plantearse cuándo se está ante una *válida extinción* de las relaciones laborales previa a la transmisión. El paradigma de esos supuestos lo constituyen los casos de relaciones laborales extinguidas tras un ERE concursal⁵⁷² (artículo 169 y ss. del TRLC). Son supuestos incluidos en esta excepción y se consideran relaciones laborales válidamente extinguidas. Por tanto, aunque existiera una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE en estos casos, no habría obligación de subrogarse en los contratos válidamente extinguidos antes de la sucesión. También suelen considerarse incluidos en esta excepción los supuestos de despidos colectivos correctamente negociados y ejecutados, y que han finalizado con extinciones y abono de las correspondientes indemnizaciones (habiéndose ofrecido información sobre la posible continuidad del negocio o de la posible sucesión de empresas, para que el consentimiento de esos empleados al alcanzar acuerdos sobre las extinciones de sus contratos esté conformado con todos los elementos de valor necesarios para ello). Mucho más dudoso resulta determinar si es aceptable, como supuesto de válida extinción de relaciones laborales, la implementación de un despido objetivo (justificado en causas legales y con abono de la indemnización).

⁵⁶⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo, op. cit.*, págs. 612 y 622. GARCÍA-PERROTE nos recuerda que “(…) *Para que pueda operar la transmisión, los contratos de trabajo tienen que estar en vigor y no haberse extinguido válidamente*”, y cita en apoyo de esta conclusión la doctrina de la STS de 16 de julio de 2003 (RJ 2003, 6113).

⁵⁶⁹ Esta jurisprudencia razona que el mecanismo de garantía de la sucesión de empresa “*no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato de trabajo sobre la base de una causa prevista en la ley*”.

⁵⁷⁰ Hace alusión a esta doctrina de la válida extinción de las relaciones laborales con carácter previo a la transmisión la Sentencia núm. 1499/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 17 julio de 2014. JUR 2014\282300.

⁵⁷¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo, op. cit.*, págs. 612 y 622.

⁵⁷² MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresas desde el punto de vista del derecho concursal”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa, op. cit.*, pág. 297 y ss. La cuestión de la “*válida extinción de las relaciones laborales*” debe tenerse en cuenta especialmente en aquellos supuestos de sucesión de empresa en los que la empresa cedente se encuentra en situación concursal y se hayan podido extinguir las relaciones laborales por auto del Juzgado de lo Mercantil. Anteriormente regulada en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, actualmente el procedimiento colectivo de extinción y sus efectos sobre los contratos de trabajo se regulan en los artículos 169 y ss. del TRLC en la redacción última otorgada por la Ley 16/2022.

En estos casos habrá que estarse al análisis de las circunstancias concurrentes, la desvinculación con la sucesión y a la inexistencia de fraude.

4. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN (ARTÍCULO 44.1 ET)

4.1 DERECHOS A LOS QUE ALCANZA EL ARTÍCULO 44.1 ET Y LÍMITES

Una vez que se constata que el empleado en cuestión está adscrito a la unidad productiva, respecto de ese empleado habrá que cumplir la obligación de subrogación, y existirá responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social respecto de las deudas nacidas antes de la sucesión y no satisfechas.

La obligación de subrogación implica que la sucesión de empresas no extingue las relaciones laborales pese a la transmisión del negocio para el que se prestaba servicios, de modo que el nuevo empresario, el cesionario, debe asumir los trabajadores (art. 44.1 ET) y que, además, esa asunción (subrogación) se produce en los derechos y obligaciones laborales (evidentemente, salario, antigüedad, grupo profesional, etc.) y de seguridad social del anterior, incluyendo compromisos por pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiese adquirido el cedente (art. 44.1 ET).

Conviene recordar, sin embargo, que los derechos concernidos respecto de los que pese la obligación de mantenimiento son los que existen en el momento de la transmisión, pero no las expectativas de derecho y futuribles⁵⁷³. La subrogación no debe afectar a las expectativas de derecho, sino a los derechos y obligaciones que existen en el momento de la sucesión. SEMPERE NAVARRO, a este respecto, ha enseñado que “(...) *la subrogación empresarial abarca «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras» (STS 20 de enero de 1997 [RJ 1997, 618])*”⁵⁷⁴.

Esos derechos a respetar por la cesionaria no solo son los que consten en contratos de trabajo, adendas y pactos colectivos, pues la obligación de subrogación también proyecta sus efectos sobre los derechos fácticos, derechos adquiridos y las condiciones más beneficiosas nacidas al amparo de la autonomía de la voluntad (STS de 16 de julio de 1987 [RJ 1987, 5396]). La subrogación es total, de modo que alcanza a cualesquiera condiciones de trabajo con independencia de su origen (legal, reglamentario, convencional, contractual), incluyendo el cómputo de los servicios previos tanto a efectos económicos como indemnizatorios.

Un límite a lo anterior lo suponen las situaciones de abuso de derecho que puede haber acometido la cedente, justo antes o de manera muy cercana a la transmisión, mejorando de manera desproporcionada

⁵⁷³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 19. Insiste en la importante diferenciación entre los derechos existentes y los hipotéticos, futuros o expectativas —no concernidos por la obligación de subrogación—, pues “(...) *La subrogación empresarial abarca aquellos derechos y obligaciones existentes en el momento de la transmisión (...)*”.

⁵⁷⁴ En este mismo sentido, resulta de interés la Sentencia 1500/12 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), n.º recurso 753/2012, que trata sobre la solicitud de la obligación de la empresa cesionaria de crear unas bolsas de empleo que estaban negociadas con la empresa cedente. Se desestima la demanda porque “*la obligación de crear bolsa de empleo, negociada con la empresa subrogante (...) dado que como se ha dicho, los derechos y obligaciones en que se subroga la empresa cesionaria son únicamente aquellos que los trabajadores a que afecta la subrogación tenían adquiridos y consolidados en el momento del cambio de titularidad, sin que alcance a compromisos o expectativas futuras*”.

las condiciones laborales⁵⁷⁵. Así, los blindajes extraños y sorprendentes, las subidas salariales, la mejora de condiciones o, en general, el nacimiento de condiciones laborales especialmente sospechosas, justo antes de la transmisión de la empresa y en favor de los empleados a transmitir, deben ponerse en tela de juicio y analizarse si superan el obstáculo que podría suponer su incorporación al contrato en el último momento antes de la transmisión y por medio de quien va a dejar de ser empleador (en este sentido, los pactos deben respetar lo contemplado en el artículo 7.1 y 7.2 del Código Civil, pues la ley no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial⁵⁷⁶).

Piénsese, en este sentido, no solo en el nacimiento de condiciones especialmente onerosas justo antes de la transmisión, sino también en la incorporación a la unidad productiva, en el último momento, de trabajadores que habían venido estando adscritos siempre a otras ramas de actividad o centro de trabajo, y que se adscriben a la unidad productiva transmitida en el último momento, sin justificación y con el único fin de que sean asumidos por la cesionaria por el efecto subrogatorio del artículo 44.1 ET.

4.2 COMPROMISOS POR PENSIONES Y APORTACIONES ECONÓMICAS AL ESTADO POR DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A EMPLEADOS DE CINCUENTA O MÁS AÑOS DE EDAD

La obligación de subrogación abarca las obligaciones de seguridad social del anterior, incluyendo compromisos por pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente (artículo 44.1 del ET, *in fine*).

Los compromisos por pensiones son aquellas obligaciones de realizar aportaciones económicas u otorgar prestaciones, originadas por vía contractual individual (contrato de trabajo) o colectiva (previstas en convenio colectivo), cuando se produzcan las contingencias de (i) incapacidad permanente total, absoluta, o gran invalidez; (ii) muerte; (iii) jubilación; o (iv) dependencia severa o gran dependencia.

Su definición concreta se encuentra en el artículo 7 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios (BOE de 27 de octubre de 1999), en relación con el artículo 8.6 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones⁵⁷⁷. Las situaciones de dependencia severa y gran dependencia fueron introducidas por la disposición final 5.2 y 3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

Sin mayores precisiones ahora, conviene recordar que las empresas (salvo excepciones puntuales para la banca o entidades aseguradoras) están obligadas a instrumentarlos, esto es, asegurar su abono, para el momento en que se produzca la contingencia, mediante un plan de pensiones o contrato de seguro. El hecho de no hacerlo puede suponer la imposición de multas como consecuencia de la comisión de

⁵⁷⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: "Un comentario al art. 44...", *op. cit.*, pág. 19. Sobre este particular señala que "la doctrina judicial tiende a descartar el efecto subrogatorio respecto de los pactos y acuerdos celebrados por la empresa saliente que desborden los límites racionales, a fin de evitar resultados abusivos".

⁵⁷⁶ Y, desde luego, los actos que por la intención de su autor (favorecer a los empleados en detrimento del nuevo empleador), por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, darán lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso (artículo 7.2 del Código Civil).

⁵⁷⁷ El régimen de planes de pensiones ha experimentado importantes modificaciones recientemente por medio de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, la Ley 12/2022, de 30 de junio y la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, si bien las definiciones y conceptos de compromisos por pensiones, a lo que aquí interesa y a efectos de la obligación de subrogación, prosigue en los mismos términos.

una sanción muy grave prevista en el artículo 8.15 de la LISOS⁵⁷⁸. Por tanto, si los trabajadores de la empresa cedente que van a ser subrogados como consecuencia del artículo 44 ET gozaban de compromisos por pensiones, la empresa cesionaria deberá asegurarse de instrumentar (externalizar mediante planes de pensiones o contratos de seguro) esos compromisos por pensiones.

Pero, además, lo más relevante a efectos de la sucesión de empresa es que, en caso de que no se hayan instrumentado esos compromisos por pensiones, los trabajadores que hayan sufrido la contingencia podrán reclamar el pago directo a la empresa. Esto último es también relevante a efectos de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44.3 ET, pues el cesionario podría verse obligado a responder de los abonos de compromisos por pensiones no externalizados por la cedente y devengados por los trabajadores antes de la sucesión de empresas (por haberse producido la contingencia —incapacidad, muerte, jubilación— antes de la transmisión).

Por otra parte, debe recordarse que el artículo 9 del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, establece que *“A los efectos de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el nuevo empresario quedará subrogado en las obligaciones derivadas del pago de la aportación económica a que se refiere este Real Decreto”*.

5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL (44.3 ET)

5.1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA LABORAL

(A) Relaciones laborales a las que se refiere

El artículo 44.3 ET prevé que, cuando se produce una sucesión de empresas legal se activa la segunda derivada del régimen de garantías sucesorio con el que España ha cumplido con nota la trasposición de la Directiva 2001/23 CE. Nos referimos a la responsabilidad solidaria laboral (que no solo salarial, a diferencia del artículo 42 ET) y de seguridad social, durante el plazo de tres años desde la sucesión y por la cual cedente y cesionario quedan solidariamente obligados al cumplimiento⁵⁷⁹.

Respecto de las obligaciones laborales nacidas con posterioridad a la transmisión, el cedente y el cesionario responderán solidariamente únicamente *“cuando la cesión fuese declarada delito”*, cuestión excepcionalísima en la práctica.

El alcance de la responsabilidad solidaria abarca a las obligaciones laborales y de seguridad social anteriores a la transmisión. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la obligación de subrogación, no es necesario que las relaciones laborales de los empleados respecto de los que se ha generado deuda laboral o de seguridad social antes de la transmisión estén vigentes. Esa vigencia de la relación laboral no se requiere ni antes ni después de la transmisión. Lo relevante es que se hayan devengado

⁵⁷⁸ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁵⁷⁹ *“(…) Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”*.

esas deudas “antes de la transmisión”. Todo ello al margen de la prescripción de esas obligaciones (que se trata en el apartado 6).

La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de precisar que esta responsabilidad solidaria sobre obligaciones laborales (salarios e indemnizaciones) no solo afectaba a los empleados que se transferían al cesionario por efecto de la subrogación, sino también “a aquellos cuyos contratos de trabajo se habían extinguido en el momento de la sucesión, y aunque el empresario cesionario podrá reclamarlas del empresario cedente (STS 15 de julio de 2003 y 4 octubre 2003)”⁵⁸⁰. No en vano, se trata igualmente de obligaciones laborales nacidas antes de la sucesión y no satisfechas respecto de empleados adscritos a la unidad productiva, por lo que persisten las deudas laborales y de seguridad social respecto de esos empleados.

En contraposición a lo anterior, ya se ha expuesto anteriormente que, para que opere la obligación de subrogación, las relaciones laborales sí deben estar vivas en el momento de la transmisión y no pueden haberse “extinguido válidamente” antes de esa transmisión. Por tanto, esa “válida extinción” de las relaciones laborales antes de la sucesión, en los términos que fija, por todas, la STS 16 de julio de 2003 (RJ 2003, 6113), enerva la posibilidad, incluso en el caso de que se produzca sucesión de empresas, de que el cesionario tenga que subrogar a esos empleados cuyas extinciones se han producido de manera válida con anterioridad a la sucesión. Pero no protege al cesionario en una sucesión de empresas de la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social por deudas nacidas con anterioridad a la sucesión, respecto de esos empleados cuyas relaciones se han “extinguido válidamente”.

A este respecto, SEMPERE NAVARRO ha insistido en que no deben confundirse la obligación de subrogación (para la que es necesario que las relaciones laborales se encuentren vivas) y la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social, que se proyecta en deudas de los trabajadores adscritos a la unidad productiva, independientemente de que sus relaciones laborales se hayan continuado o no. Esto es, aunque fueran válidamente extinguidas las relaciones laborales de esos empleados, si se generaron deudas laborales o de seguridad social antes de la transmisión respecto de estos, no va a importar que finalmente se extinguiese su relación laboral. En ese contexto, se ha dicho que “*debe de finalizar ya un malentendido muy frecuente, conforme al cual respecto de quienes no son trabajadores al momento de producirse el cambio de empresario nada tiene que decir la Ley reguladora de las transmisiones. Lo que sucede, en realidad, es que para que opere la sucesión de empresa (entendida como continuidad del contrato de trabajo con variación de uno de sus elementos subjetivos) la relación laboral ha de estar viva y no haberse extinguido previamente; pero para que actúe el mecanismo garantista de que se saldarán, efectivamente, las deudas preexistentes sólo hace falta que las mismas existan y ello no presupone la continuidad del vínculo laboral*”⁵⁸¹.

La doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se pronunció en esta misma dirección en sentencias de 22 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8858), 15 de julio de 2003 (RJ 2003, 6108) y 4 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7378). En cuanto a la responsabilidad solidaria sobre los salarios de tramitación (ya desaparecidos desde el Real Decreto-ley 2/2012), cita la STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2005 (AS 2005, 2314).

⁵⁸⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 627 .

⁵⁸¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, op. cit., pág. 22.

- (B) En caso de no contratación en una sucesión de empresas, la cesionaria responde de ese despido (y no la cedente)

Otra cuestión relevante es quién responde de un despido improcedente que tiene lugar en el momento de la sucesión de empresas (por la no contratación de ese empleado por parte de la cesionaria). Es decir, asumiéndose la existencia de sucesión de empresas, ¿debe la cesionaria exclusivamente asumir las consecuencias de esa falta de contratación (de ese despido) o existe responsabilidad solidaria entre cedente y cesionaria sobre las consecuencias económicas de ese despido?

Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto ese debate en sentencias de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 6734), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7885) y 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1538) precisamente en favor de la primera interpretación, es decir, ha concluido que, habiéndose producido una sucesión de empresas, las consecuencias de esa falta de contratación o ese despido por parte de la cesionaria *“debe soportarlas la [cesionaria] que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, no procediendo por tanto condenar a [la cedente] ya que se trata de un supuesto distinto, no comprendido en el artículo 44.3 ET”*.

Por tanto, la Sala Cuarta ha confirmado que no existe responsabilidad solidaria sobre ese despido efectuado por la cesionaria, al negar la contratación habiéndose producido una sucesión de empresas, sino que es la cesionaria quien debe asumir las consecuencias de ese despido⁵⁸².

5.2 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

- (A) Alcance

Conviene advertir que los criterios que la jurisdicción contencioso-administrativa emplea para determinar si existe sucesión de empresa son distintos de los criterios que utiliza la jurisdicción social, siendo en la contencioso-administrativa mucho más laxos y favorables a la declaración de la sucesión de empresas para la derivación de cuotas de seguridad social, empleándose la “prueba indiciaria o de presunciones”⁵⁸³.

⁵⁸² En este mismo sentido, GARCÍA-PERROTE, con apoyo en esa doctrina de la Sala Cuarta (SSTS de 12 de julio, 19 de septiembre y 21 de diciembre de 2007), ha dicho: *“(…) los efectos de la no contratación del trabajador por la empresa cesionaria, deben recaer solo sobre esta última que se convirtió en empleadora del trabajador”* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo, op. cit.*, pág. 627).

⁵⁸³ La jurisdicción contencioso-administrativa no emplea los criterios típicamente laborales propios de la jurisdicción social, sino que se centra en otro tipo de criterios más amplios, flexibles y expansivos en favor de la efectiva recuperación de las cuotas impagadas de seguridad social por parte de la cedente. Estos criterios pueden ser el trasvase de trabajadores, la continuación de la actividad, la similitud de objetos sociales, los órganos de dirección cubiertos por las mismas personas que pertenecen a un mismo grupo familiar, dedicadas a la misma actividad, y la prueba indiciaria o de presunciones, y suelen considerarse en las actas de derivación de responsabilidad por cuotas de la seguridad social dejadas de abonar por la cedente. Es interesante comprobar algunos supuestos en los que se impugnan tales actas y son estimados los recursos contencioso-administrativos, como sucedió en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Islas Baleares 432/2015, de 24 de junio de 2015 (Autos 218/2014). Como es complicado determinar si existe sucesión de empresa *“dado que en pocas ocasiones se presenta con claridad”*, se sigue esta prueba indiciaria, de este modo *“nos movemos en el terreno de los indicios por lo que basta que estos sean suficientes para disponer de una base sólida de la cual extraer consecuencias de su conjunto, aun admitiendo que unos serán favorables y otros desfavorables”*. Se analiza con detalle este supuesto en el que se declara la inexistencia de transmisión de empresa por haber recibido una aerolínea tres aviones y un centenar de empleados de otra aerolínea en concurso en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: *“Sucesión de empresas en las líneas aéreas desde la perspectiva contenciosa-administrativa”*, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa, op. cit.* pág. 214 y ss.

Se produce responsabilidad solidaria entre cedente y cesionaria por la totalidad de las deudas generadas con anterioridad a la sucesión (artículo 142.1, párrafo tercero, LGSS⁵⁸⁴).

Por su parte, el artículo 168 LGSS establece que *“En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá, solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”*.

La doctrina se ha encargado de precisar, con base en el artículo 154 LGSS, que la responsabilidad solidaria en materia de seguridad social comprende los recargos y los intereses y costas devengados (evidentemente, si no han prescrito)⁵⁸⁵. Se encauza su solicitud a través de actas de derivación de responsabilidad emitidas por la TGSS, muy a menudo a instancias de la ITSS; aunque cabe reseñar que la propia TGSS cuenta con sistemas para detectar bajas y correlativas altas masivas de trabajadores, que pueden generar la alerta para activar estos procedimientos. En cuanto a las sanciones pecuniarias, no son transmisibles en el marco de la responsabilidad solidaria, pues es preciso que concurra el principio de culpabilidad propio del derecho sancionador y, adicionalmente, el artículo 12.5 del RD 1415/2004 también prevé⁵⁸⁶ que, salvo que exista disposición específica que así lo disponga, no son transmisibles estas sanciones⁵⁸⁷.

Debe recordarse, sin embargo, que en materia de derecho penal del trabajo se puede incurrir en el tipo penal del artículo 311 del Código Penal si el cesionario en una transmisión de empresas prosigue con conocimiento de los procedimientos empleados por la anterior adjudicataria en el mantenimiento de la imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tenga reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual o imponga condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantenga en contra de requerimiento o sanción administrativa. Es especialmente relevante la nueva redacción que ha experimentado el precepto desde el 12 de enero de 2023 a través de la Ley Orgánica 14/2022⁵⁸⁸, que muestra su preocupación por la imposición de sistemas de contratación distintos a la relación laboral cuando ello no corresponda, práctica que ha sido utilizada en el sector de los *raiders* y al amparo, precisamente, de las facilidades que las nuevas tecnologías han facilitado, como se encarga de reseñar

⁵⁸⁴ *“La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión”*.

Los artículos que tradicionalmente regulaban la responsabilidad solidaria en casos de sucesión de empresa pasaron a tener una nueva numeración desde la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De este modo, el antiguo artículo 104.1 LGSS es ahora el 142.1 LGSS y el antiguo 127 LGSS es ahora el 168 LGSS.

⁵⁸⁵ GALA DURÁN, Carolina: *El alcance de la responsabilidad de la empresa sucesora en los casos de sucesión de empresa. Deudas laborales, de seguridad social, mejoras voluntarias, recargo de prestaciones y concurso*, Bomarzo, Albacete, 2022, pág. 31 y ss.

⁵⁸⁶ *“Salvo que las normas legales de aplicación a los concretos supuestos de responsabilidad establezcan otra cosa, no podrán exigirse por responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa, las sanciones pecuniarias ni los recargos sobre prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo salvo, respecto de estos últimos, que exista declaración de responsabilidad de la entidad gestora competente”*.

⁵⁸⁷ GALA DURÁN, Carolina: *El alcance de la responsabilidad de la empresa sucesora en los casos de sucesión de empresa*, op. cit., pág. 32 y ss.

⁵⁸⁸ Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

la exposición de motivos⁵⁸⁹. En este contexto, conviene tener muy presente la cuestión desde la perspectiva de la evolucionada empresa como objeto de transmisión, pues de adquirirse empresas basadas en la economía de plataformas cuyas estructuras de personal debieran considerarse laborales y no de prestación de servicios, y continuarse por la cesionaria en la imposición de dicha condición de trabajadores autónomos al personal, el artículo 311 del Código Penal podría encontrar aplicación.

Por otra parte, la responsabilidad solidaria abarca las prestaciones de seguridad social causadas antes de la transmisión y no se aplica a las causadas con posterioridad a ella, aunque se fundamenten en incumplimientos anteriores a la transmisión por falta de alta o cotización (STS de 28 de enero de 2004 [RJ 2004, 1835] y 25 de enero de 2007 [n.º recurso 2097/2005])⁵⁹⁰.

En efecto, la obligación de pagar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad se transmite a la empresa sucesora, y ello a pesar de que el trabajador en cuestión no hubiera llegado a trabajar en esa empresa (STS de 15 de diciembre de 2015). En esta última sentencia, se ha añadido un matiz importante. La Sala recuerda que la doctrina jurisprudencial vigente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo establece la procedencia de la transmisión de la responsabilidad en el pago del recargo. Si bien anteriormente se anteponía la faceta punitiva del recargo, lo que impedía que operase el mecanismo subrogatorio de responsabilidad del artículo 168 LGSS, la Sala ha optado por rectificar su anterior doctrina, en el sentido de que ahora, en materia de sucesión de responsabilidad derivada del recargo, ha de primar el aspecto indemnizatorio sobre el sancionador preventivo. Por tanto, la responsabilidad de quien sucede al empresario anterior ha de comprender tanto los recargos de prestaciones reconocidos antes de la sucesión como aquellos que se impongan una vez consumada la sucesión empresarial.

Por otra parte, ya se ha anticipado también que el cesionario puede responder solidariamente con el cedente respecto del abono de compromisos por pensiones devengados antes de la transmisión, como

⁵⁸⁹ La irrupción de las nuevas tecnologías en los procesos productivos y en la evolución del concepto de empresa no siempre se emplea en el sentido correcto y, en ese contexto, ha suscitado la reacción en el sector de los *raiders* de la inspección de trabajo en el régimen sancionador laboral (por falta de alta en seguridad social, falta de cotización de las cuotas de los *raiders* que no debían haberse considerado autónomos e incluso falta de los correspondientes permisos de trabajo y residencia). La preocupación del legislador por esta cuestión se recoge en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022 y se cita concretamente cómo las nuevas tecnologías han contribuido a este tipo de maniobras. El artículo 311, que se ha venido a considerar como el “*tipo central del Derecho Penal del Trabajo*” y “*núcleo esencial de la tutela penal del trabajador*”, ha tenido que modificarse para adaptarse a estos nuevos tiempos en los que “*La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país*”. Uno de los objetivos del legislador con esta nueva reforma es “ *cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo; conductas que no pudieron ser previstas por el legislador de 1995 pero que no puede desconocer el de 2022*”. Pues bien, el mantenimiento de las condiciones de trabajo ilegales por parte del cesionario, que ya anteriormente se catalogaban como delito penal en el apartado segundo del artículo 311 en su redacción inicial, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, ahora pasan al artículo apartado cuarto del artículo 311. De este modo, como el artículo 311.4 se remite a las prácticas descritas “*en los apartados anteriores*”, queda actualizado el supuesto y las condiciones ilegales que, si el cesionario en una sucesión de empresa mantiene, le sitúan en el supuesto de hecho de este tipo penal.

⁵⁹⁰ CALDERÓN PASTOR, Francisco Javier: “Comentarios al artículo 104 LGSS”, en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lexnova-Thomson Reuters, Valladolid, 2015, pág. 538.

así lo recuerda la doctrina⁵⁹¹. En este punto, DESDENTADO BONETE⁵⁹² ha afirmado que la responsabilidad solidaria “se extiende a las obligaciones en materia de seguridad social complementaria” y que “la respuesta [sobre si la responsabilidad solidaria se extiende a la seguridad social complementaria] es favorable a la extensión (...) pero referida ahora a las prestaciones causadas y devengadas con anterioridad a la transmisión respecto a las obligaciones de pago directo por la empresa o las contribuciones a la entidad aseguradora o al fondo de pensiones correspondiente”.

El artículo 168.2 LGSS preveía que reglamentariamente se establecería la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que implicaran la garantía de no responsabilidad para los adquirentes, pero hasta la fecha no se ha materializado ese desarrollo reglamentario. Sobre el valor y alcance que deben darse a certificados similares al que se refiere el artículo 168.2 LGSS, resulta de interés la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2015 (AS 3511, 2015).

Por último, en materia de infracciones de seguridad social conviene recordar los artículos 22.1 y 23.1.b) de la LISOS, introducidos por la Ley 34/2014⁵⁹³.

Por lo que respecta a las sociedades anónimas laborales, el artículo 142.1, párrafo tercero, LGSS establece que el hecho de que se trate de una sociedad anónima laboral no enervará la sucesión de empresa cuando se continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior. Sobre este particular, GARCÍA PERROTE⁵⁹⁴ ha mantenido que “el interés de las SSTs 15 de abril de 1999, 25 de mayo de 2000, 11 de abril de 2001 y 25 de febrero de 2002, sobre constitución de sociedades laborales por trabajadores cuyos contratos se extinguieron en expedientes de regulación de empleo y, especialmente, en el orden contencioso-administrativo, de la STS 19 de julio 2002 (...) seguramente, el artículo 104.1 [ahora 142.1], párrafo tercero, segundo inciso, LGSS, modificado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, pretende «reaccionar» contra la última STS citada”.

6. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

6.1 LA POLÉMICA REFERENCIA A LOS TRES AÑOS DEL ARTÍCULO 44.3 ET

Cuestión especialmente controvertida es la de los plazos de prescripción que operan en relación con los distintos derechos o pretensiones que pueden reclamarse cuando tiene lugar una sucesión de empresas.

El principal debate se centra en si, cuando se produce una sucesión de empresas, se deben aplicar (a) los plazos de prescripción de un año para las obligaciones laborales (art. 59.1 ET) y de cuatro años para las obligaciones de seguridad social (art. 24 LGSS), o bien (b) el plazo de tres años que establece el

⁵⁹¹ CALDERÓN PASTOR, Francisco Javier: “Comentarios al artículo 104 LGSS”, *op. cit.*, pág. 538 hace hincapié en que “también se extiende [la responsabilidad solidaria] a los planes de pensiones y a la protección social complementaria”.

⁵⁹² DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 259.

⁵⁹³ El artículo 22.1 LISOS considera infracción grave “no comunicar las variaciones de datos u otras obligaciones establecidas legal o reglamentariamente en materia de inscripción de empresas, incluida la sucesión en la titularidad de la misma”. Por su parte, el 23.1.b) considera infracción muy grave el “actuar fraudulentamente al objeto de eludir la responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa en el cumplimiento de la obligación de cotizar o en el pago de los demás recursos de la Seguridad Social”.

⁵⁹⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, *op. cit.*, pág. 628.

artículo 44.3 ET, según el cual, “(...) *el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido transmitidas*”. Se ha planteado la cuestión acerca de si este plazo de tres años del 44.3 ET supone una ley especial sobre el plazo general de un año para las obligaciones laborales y cuatro años para las de seguridad social.

No son pocas las veces en las que se plantea, tras una sucesión de empresas, en qué momento existe seguridad acerca de la prescripción de acciones que reclamen derechos laborales y de seguridad social, sea por eventuales reclamaciones de trabajadores, sea como consecuencia de procedimientos de derivación de responsabilidad por impagos en cuotas de seguridad social. Piénsese, por ejemplo, en sede de operaciones mercantiles de compraventa de empresas en las que estos plazos de prescripción pueden estar cubiertos por garantías incluidas en el contrato de compraventa que van liberándose conforme van prescribiendo las contingencias.

Pues bien, el plazo de tres años del artículo 44.3 ET se refiere más bien al período al que se extiende la responsabilidad solidaria por las obligaciones nacidas antes de la sucesión de empresas y que no hayan sido satisfechas (por ejemplo, salarios o indemnizaciones impagadas, o cuotas de seguridad social) que a un verdadero plazo especial de prescripción, distinto al previsto en los artículos 59.1 ET y 24 LGSS. Por tanto, la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario a los tres años a contar desde la sucesión no supone un plazo especial que desplace a los previstos en el artículo 59 ET, sino el marco en el que opera esa responsabilidad solidaria y en el perímetro del cual deben ejercitarse las acciones sujetas a los plazos de prescripción y caducidad que procedan a la naturaleza de cada reclamación. Es decir, durante esos tres años, existirá responsabilidad solidaria, pero cada acción está sometida a su plazo de prescripción y caducidad.

Esto último lo había venido defendiendo tradicionalmente la doctrina científica, por ejemplo, SEMPERE NAVARRO⁵⁹⁵, quien interpretó que el plazo de tres años no es de prescripción, sino que opera exclusivamente sobre la responsabilidad solidaria entre ambas empresas a contar desde la transmisión, siempre que los derechos reclamados no estén prescritos, de forma que vendría a establecer un período máximo durante el cual se podría hacer valer la responsabilidad solidaria, siempre y cuando la obligación no estuviera prescrita. El criterio ha sido adoptado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo una vez SEMPERE NAVARRO formó parte de ella, por todas, en su sentencia de 28 de febrero de 2019 que confirma las sentencias de 17 de abril de 2018 (núm. de recurso 78/2016) y 11 de julio de 2018 (rcud. 916/2017) y de 10 de enero de 2019⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, págs. 22 y ss.

⁵⁹⁶ Así lo ha recordado TODOLÍ SIGNES, Adrián: “En sucesión de empresas la responsabilidad solidaria «durante» tres años, no impide la prescripción anual (art. 59) de deudas (STS de 28 de febrero de 2019)”, *Argumentos de Derecho Laboral*. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2023/02/23/en-sucesion-de-empresas-la-responsabilidad-solidaria-durante-tres-anos-no-impide-la-prescripcion-anual-art-59-et-de-deudas-sts-de-28-de-febrero-de-2019/>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2023. Se argumenta a este respecto que la nueva doctrina lo que establece, en el fondo, es una protección para el nuevo empresario. Es decir, un nuevo empresario sabrá que, pasados tres años desde la transmisión, ya no se le podrán reclamar deudas que tuviera el anterior empresario. Sin duda, esto proporciona seguridad jurídica para un posible comprador. Pero señala la contrapartida de que quizá el criterio no sea del todo respetuoso con el propósito de la Directiva 2001/23 CE en la medida en que podría darse el caso de que sólo fuera responsable la empresa cedente y, a su entender “*el objetivo declarado por la [Directiva 2001/23 CE] y confirmado por el TJUE es que «el cedente continúe siendo, después de la fecha de transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral, lo que supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en esa misma fecha» (STJUE noviembre/1996. asunto Rotsart de Hertaing , ap. 23: y 26/Mayo/2005. asunto C-478/03 , ap. 40)*”.

Pero, como se ha anticipado, el plazo de tres años del artículo 44.3 ET había sido también interpretado por los Tribunales en el sentido de que es un periodo especial de prescripción que mejora, para el caso de sucesión de empresas, el aplicable con carácter general (STS 13-11-1992) y que “*el plazo de tres años significa que las obligaciones no prescritas al momento de la transmisión pueden exigirse durante el trienio inmediatamente posterior, ampliándose así, por vía excepcional, los plazos generales*”. La doctrina (por ejemplo, SEMPERE NAVARRO) opuso a esta interpretación que el criterio era “muy discutible” y que esta falta de coherencia en los plazos se producía porque a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se rebaja el plazo general de prescripción del artículo 59 ET a un año, pero se olvida que el plazo de tres años que preveía la Ley de Relaciones Laborales de 1976 para la sucesión de empresa persistió, de modo que hubo una falta de coherencia por parte del legislador de 1980 en la actualización de ese plazo de un año⁵⁹⁷. Algo similar había concluido también DESDENTADO BONETE, que entendió que esta incoherencia era “desconcertante”⁵⁹⁸. La exégesis de la norma que explica esta diferencia aporta una interpretación histórica muy coherente y convincente que, quizá, debería llevar a la corrección de este plazo de tres años en futuras redacciones del artículo 44.3 para alinearlo con el plazo general de un año que rige con carácter general en el artículo 59 ET.

6.2 PLAZOS CONCRETOS ANTE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS POR PARTE DE LA CESIONARIA

Descendiendo al supuesto de los plazos concretos, conviene señalar que, cuando los empleados son contratados por la cesionaria, pero no se respeta la existencia de una sucesión de empresas (por ejemplo, porque el cesionario considera que no ha existido tal sucesión, si bien ha contratado parte de la plantilla de la cedente, pero tal vez haya aportado “*medios indispensables para continuar con la actividad*”), los plazos a tener en cuenta son los siguientes:

Esos empleados contratados por la cesionaria y que quieren debatir la sucesión de empresas podrían haber interpuesto la acción por despido contra ambas empresas, cedente y cesionaria, a los veinte días hábiles a contar desde la fecha de la pretendida sucesión de empresas, o bien (y esta segunda opción es más correcta a la vista de la doctrina del TS —por todas, en la STS de 30 de abril de 2002—) podrían haber interpuesto una reclamación de derechos dentro del año posterior a la transmisión, solicitando que se reconozca su derecho a la antigüedad que devengaron en la cedente, al entender que se ha producido una sucesión de empresas. En efecto, en este tipo de supuestos lo correcto es accionar por reconocimiento de derecho (que se reconozca la existencia de una sucesión de empresa con todas las consecuencias), pero no por despido, porque la relación laboral está viva y no se ha extinguido. Así lo ha aclarado la jurisprudencia, por ejemplo, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2002 (RJ 2003, 1401) y de 30 de abril de 2002 (rec. 3007/2000), que enseñan

⁵⁹⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 24.

⁵⁹⁸ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, págs. 259 y ss. Razonó con solidez que “*también es polémica la referencia a los tres años [del 44.3 ET] como ámbito temporal de la responsabilidad, que arranca sin duda de un descuido del legislador de 1980 en la transcripción del art. 18 de la Ley de Relaciones Laborales. Si la responsabilidad solidaria dura tres años, parece que el derecho a exigirla no puede prescribir al año. Así lo ha entendido en unificación de doctrina la STS 13.11.1992 (RJ 8802), que establece que el plazo de un año del art. 59.2 ET no rige en este caso por entender que «este precepto sólo es aplicable para aquellos supuestos en que no se establezca un plazo especial», como ocurre con el artículo 44 ET. La solución es desconcertante y se ha sugerido una interpretación alternativa más razonable: no se trata de un plazo de prescripción de los derechos, sino de un plazo que opera exclusivamente sobre la responsabilidad, por lo que se responde durante tres años, pero de los no prescritos (Samper)*”.

que la subrogación empresarial, cuando la relación laboral está viva, debe impugnarse a través de una demanda de proceso ordinario, y no mediante una demanda por despido. Por tanto, salvo que hayan interrumpido la prescripción de la acción, tendrían un plazo de un año desde que se produjo la sucesión.

El problema que se suscita aquí es el del *dies a quo*, que puede moverse en función del momento en que se abre la posibilidad de accionar o de discutir la antigüedad. En este sentido, al margen de todo lo anterior, y pasado el año desde la fecha de la sucesión, nunca se va a poder cerrar del todo el riesgo a que reclamen la existencia de sucesión de empresas. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que, en caso de extinción de su relación laboral que dé lugar a una indemnización en un futuro (artículo 51 o 52 ET, 50 ET, 40 o 41 ET, etc.), los trabajadores siempre podrán alegar esa existencia de sucesión de empresas previa a los efectos de fijar su antigüedad y calcular su salario. Por tanto, la cuestión de la antigüedad previa y de si existió sucesión de empresa en el pasado podría reabrirse, en teoría, cada vez que se despida a algún afectado por esa subrogación no reconocida y se cuestione cuál es la antigüedad a tener en cuenta a efectos de computar las indemnizaciones.

Bien es verdad, por otra parte, que cuanto más tiempo transcurra desde esa sucesión de empresas, más diluido queda su derecho (se podrá alegar que los trabajadores van contra sus propios actos al no haber suscitado la cuestión, o suscitar que está prescrita, etc.) y, además, es posible que cada vez sea más complicado reunir pruebas de la pretendida sucesión por el paso del tiempo, o que existan sentencias firmes que declaren la no sucesión resolviendo pleitos, respecto de otros compañeros, por lo que esas sentencias sean, al menos un *“antecedente lógico”* a los efectos de la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada al que se refiere el artículo 222.4 ET, pues al fin y al cabo *“las cosas no pueden ser y no ser para los órganos de la Administración de Justicia”*. Por tanto, estas razones conllevan que estemos ante una problemática más teórica que práctica, si bien, en puridad, el problema de la antigüedad podría reabrirse y ponerse en cuestión cada vez que haya necesidad de discutir la antigüedad (y, claramente, esto ocurre cuando se produce una extinción del contrato y se necesita fijar la fecha de antigüedad en la sentencia a efectos de calcular la indemnización por despido).

Por último, para el caso de que los empleados contratados por la cesionaria sin reconocimiento de sucesión de empresas hubieran causado baja voluntaria en la cedente, conviene señalar la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección Segunda, n.º 876/2015, de 4 de noviembre de 2015 (n.º de recurso 542/2015-T), que desestima una demanda basándose precisamente en la doctrina de los propios actos y en el hecho de que los trabajadores habían firmado una baja voluntaria y un contrato de trabajo con *“antigüedad cero”*. Aunque la sentencia de instancia confirmaba la inexistencia de sucesión de empresas, y esta TSJ de Madrid⁵⁹⁹ recogía en sus hechos probados que la pretendida cesionaria había aportado los elementos indispensables para la actividad, es reseñable como esta última no entra en la sucesión porque no lo cree necesario, pues (i) los empleados habían firmado baja voluntaria con la pretendida cedente y, además, (ii) habían firmado un contrato de trabajo con *“antigüedad ex novo”* con la pretendida cesionaria. Por tanto, este tipo de pronunciamientos muestran que no es baladí la manera en la que se

⁵⁹⁹ Resulta interesante el hecho de que la sentencia ni siquiera considere necesario entrar a debatir acerca de la existencia o inexistencia de la sucesión de empresa porque *“lo definitivo es que el demandante había extinguido su relación laboral contractual con [la pretendida cedente] el día 18 de febrero de 2013 por la causa legal prevista en el artículo 49.1-d) ET. Desde ese día se había extinguido por causa de dimisión su contrato de trabajo con dicha empresa. La única relación laboral que tenía el día 30.08.2013 cuando fue despedido era la que constituyó el día 19.02.2013 [con la pretendida cesionaria], al suscribir contrato de trabajo a tiempo completo con categoría de asesor de empresa. Si esta era la única relación contractual existente a la fecha 30.08.2013 no pueden extenderse los efectos de su despido a quien no era parte de la relación contractual porque «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan» (art. 1257 Código Civil)”*.

produce la extinción del contrato de trabajo con la cedente y que, en supuestos de inexistencia de sucesión de empresa en la que se producen bajas y altas de trabajadores, la baja voluntaria emitida sin fraude y con las correspondientes garantías puede tener un peso relevante para desestimar posteriores demandas en las que se reclame la existencia de sucesión de empresa.

7. MANTENIMIENTO, SALVO PACTO EN CONTRARIO, DEL CONVENIO COLECTIVO

Además de la obligación de subrogar a los empleados adscritos a la unidad productiva y de la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social, la sucesión legal de empresa acarrea otra relevante y compleja consecuencia: el mantenimiento transitorio de la aplicación del convenio colectivo aplicable a la empresa cedente. La cuestión genera importantes dificultades y tiende a aparecer de manera muy constante no solo en las operaciones de compraventa de empresas y unidades productivas y en su adaptación y encaje en la nueva empresa cesionaria. También los movimientos tendentes a configurar redes de empresas, rasgo manifiesto de las nuevas formas de actividad empresarial en la sociedad posindustrial y prestadora de servicios, conllevan esta problemática. Y es que, cuando se desagrega una empresa y se concentra en otra empresa del grupo una de sus actividades para realizarla transversalmente desde esa nueva empresa, surge el problema del convenio colectivo que se le debe aplicar. El movimiento es típico en grupos empresariales que tejen redes de empresas y encomiendan y traspasan en una empresa del grupo la totalidad de los servicios compartidos (gerencia y dirección, administración, finanzas, RR. HH., *marketing*, IT, etc.). En esos casos se plantea también que esos trabajadores a los que se venía aplicando el convenio colectivo de la empresa cedente pueden experimentar cambios en el régimen jurídico de la fuente del derecho que les resulta aplicable (en concreto, la del convenio colectivo a aplicar tras la transmisión).

Lo que prevé la norma, con carácter general, es el mantenimiento, salvo pacto en contrario, del convenio colectivo aplicable⁶⁰⁰. Lo determina el artículo 44.4 ET, cuyo espíritu sigue lo previsto en el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23, que quiere garantizar que, al menos de manera transitoria, se siga aplicando el convenio colectivo de la cedente a la empresa cesionaria para otorgar estabilidad a las condiciones de trabajo de la plantilla que cambia de titular empresarial. Esta situación transitoria se extenderá hasta que (a) expire el convenio colectivo de origen, que era aplicable a la empresa cedente; o bien (b) hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo que sea aplicable a la cesionaria (a la que reciba la unidad económica transmitida) (art. 44.4, párrafo segundo, ET). Todo ello, con el importante matiz de que la continuación en la aplicación del convenio colectivo de la cedente se producirá “*salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión*” (art. 44.4, párrafo primero, ET).

Se trata, por tanto, de que las condiciones laborales provenientes de los pactos o convenios que venían siendo aplicables a los trabajadores de la unidad productiva autónoma transmitida queden garantizadas con la salvedad de ese “*pacto en contrario*” en el que enseguida pasamos a profundizar.

Conviene desgranar cuidadosamente las implicaciones de este complejo precepto.

⁶⁰⁰ Dispone el artículo 44.4 ET lo siguiente: “*Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transmitida*”.

7.1 “SALVO PACTO EN CONTRARIO”

Hay que partir de la premisa de que la regla del artículo 44.4 ET es “*dispositiva*” por las partes. Es decir, la aplicación interina del convenio colectivo de la cedente puede evitarse si existe pacto en contrario alcanzado mediante acuerdo de empresa suscrito por los representantes de los trabajadores y el cesionario, acuerdo que debe ser posterior a la sucesión de empresas⁶⁰¹.

Pero se debe ser cuidadoso y no confundir términos. Una cosa es que empresa y representantes de los trabajadores puedan acordar que no se va a producir la aplicación interina del convenio colectivo de la empresa cedente, y otra distinta es que ese “*salvo pacto en contrario*” que cristaliza en un acuerdo extraestatutario tenga viabilidad para, por sí mismo, regular cuáles van a ser las condiciones aplicables a ese colectivo de empleados subrogados, desplazando así el sistema de fuentes y la obligatoriedad y fuerza vinculante de los convenios colectivos estatutarios en nuestro sistema (recordemos que los convenios extraestatutarios no forman parte del sistema de fuentes de la relación laboral, no se encuentran en el artículo 3.1 del ET y, además, sus efectos son limitados entre quienes los concertaron). La Sala Cuarta del Tribunal Supremo lo ha aclarado de manera indubitada en su Sentencia de 12 de abril de 2010 (RJ 2010, 3606), en la que expone que ese acuerdo extraestatutario que se alcanza en el seno de la empresa al amparo del artículo 44.4 ET y para acordar la no continuación transitoria en la aplicación del convenio de la cedente no constituye “*un convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la unidad económica transmitida*”.

Es interesante el marco en el que se produce este pronunciamiento en el que un grupo de empresas de telecomunicaciones crea una agrupación de interés económico que va a ser la gestora de servicios compartidos, a la que vuelcan los servicios y personal, produciéndose una sucesión legal de empresa⁶⁰². En ese contexto se alcanza un acuerdo subrogatorio que suscriben dos de los tres sindicatos que conforman el comité (la mayoría de miembros de ese comité) y la empresa, en el que, además de acordar que no se seguiría aplicando el convenio colectivo de la empresa cedente, se conviene también la adhesión al convenio colectivo de oficinas y despachos de Madrid. Tal situación es impugnada por el sindicato no firmante en convenio colectivo, que ve estimada su demanda en el sentido de que el artículo 44.4 ET no puede emplearse a los fines de sustitución entre convenios, que ese “pacto en contrario” no constituye un convenio colectivo nuevo para la unidad económica transmitida. Si eso se aceptara, el acuerdo extraestatutario del artículo 44.4 ET —que, en verdad, no tiene eficacia normativa— provocaría

⁶⁰¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 25, ha remarcado que “*la Ley establece una solución dispositiva, supletoria para el caso de que no se haya optado por otro camino: puesto que la regla del ET opera «salvo pacto en contrario» todo parece indicar que es indiferente el tenor del acuerdo logrado (más o menos favorable, matizado o genérico, con o sin arco temporal, etc.) y que siempre que exista desplazará (en este punto concreto) a la Ley*”.

⁶⁰² Conviene tener en cuenta que, con carácter general y al margen de la sucesión de empresa, la creación de redes de empresas en las que un grupo dedicado a una determinada actividad (por ejemplo, el metal) decide volcar todos los servicios compartidos en una nueva empresa del grupo no varía el hecho de que a esa empresa le seguiría siendo de aplicación el convenio del metal (y no el de oficinas y despachos). En ese sentido se ha pronunciado la CCNCC argumentando que lo que tiene sentido es aplicar a la sociedad de servicios compartidos el convenio de la actividad preponderante o principal del grupo y no el de oficinas y despachos, que es el que se alega al tener la compañía de alta en el código CNA 6420 (Actividades de las sociedades *holding*). Por ejemplo, mantiene este criterio la Consulta de la CCNCC de 11 de octubre de 2006 (Expdte. 74/06), que determina que debe aplicarse el convenio colectivo del comercio del metal y no el de oficinas y despachos, dado que la empresa de servicios compartidos era integrante de un grupo principalmente dedicado al comercio al por mayor de tuberías y sus accesorios. En términos similares se ha pronunciado la CCNCC en consulta n.º 16/2019, de 29 de mayo de 2019, que entiende que debe aplicarse el del comercio del textil en lugar del de oficinas y despachos. A conclusiones similares puede llegarse, obviamente, si estamos ante grupos de empresas patológicos, a lo que se refiere indirectamente esta última consulta.

que la autonomía de la voluntad individual imperase sobre la colectiva y, por ende, se desplazara esa autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la empresa, de modo que “*se quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios ex art. 37.1 CE*”.

7.2 “UNA VEZ CONSUMADA LA SUCESIÓN”

El “*pacto en contrario*” al que se refiere el artículo 44.4 ET no podrá tener lugar antes de la transmisión, sino que deberá producirse necesariamente después (“*consumada la sucesión*”) y no existe un límite temporal para alcanzar ese pacto⁶⁰³.

7.3 SUJETOS QUE PUEDEN SUSCRIBIR EL ACUERDO Y TIPO DE ACUERDO

Los sujetos que pueden suscribir el acuerdo son los representantes de los trabajadores, entendiéndose por tales (a) la representación unitaria y sindical si dispone de la suficiente implantación en la cesionaria (pues el art. 44.4 ET no limita a unos u otros); y (b) la empresa cesionaria. Debe hacerse mediante “*acuerdo de empresa*” y no a nivel individual, trabajador por trabajador, pues esto supondría el establecimiento de condiciones individuales en masa en detrimento de la negociación colectiva⁶⁰⁴.

En esta misma línea se ha interpretado que el tipo de pacto es un acuerdo de empresa a suscribir por dos sujetos muy definidos: la empresa cesionaria y la representación de los trabajadores (unitaria o sindical). El tipo de acuerdo deberá ser un acuerdo de empresa y con ello “*se descarta la validez del pacto convenido con cada trabajador [acuerdos individuales en masa], pero también del que pueda alcanzarse a un nivel superior al de la empresa (convenios sectoriales o de ámbito territorial). El precepto no habla de representantes legales de los trabajadores, sino de representantes de éstos, por lo que parece que pueden alcanzarlo tanto los de carácter unitario como los sindicatos, si bien en el caso de éstos su eficacia quedará reducida a sus afiliados (sin que sea posible la adhesión de los no afiliados, en la medida en que tampoco cabe el pacto individual)*”⁶⁰⁵.

⁶⁰³ La doctrina es unánime respecto de que el pacto en contrario puede alcanzarse en todo momento. Se ha dicho que el “*eventual pacto que desplace al criterio del legislador puede llevarse a cabo válidamente está fijado por referencia a un término inicial («una vez consumada la sucesión»), pero sin que se ponga un plazo máximo*” (SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 26). Y que el ET emplea el participio *consumada* de modo que el acuerdo va a ser siempre posterior a la sucesión, lo que no puede hacerse es acordarlo de manera previa, como así lo ha recordado MERCADER UGUINA, Jesús: “Comentarios al artículo 44 ET”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOERLICH PESET, José María (dirs.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3.ª edición, Lexnova, Valladolid, 2014, pág. 509. De hecho, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha insistido en que el pacto debe ser posterior a la sucesión, como así lo fija indubitadamente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014 a la que alude GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, *op. cit.*, pág. 624.

⁶⁰⁴ Evidentemente, para determinar quiénes son los legitimados para la suscripción de esos acuerdos habrá que estar al momento concreto y al ámbito del pacto a alcanzar. Desde luego el 44.4 ET permite en la amplitud de su redacción dar encaje a representación unitaria y sindical siempre que cumpla la legitimación necesaria para suscribir el pacto colectivo en el ámbito concreto. Adicionalmente, “[l]a exigencia de una mayoría interna similar a la necesaria para que surja un convenio estatutario, pese al silencio normativo, hay que considerarla razonable” (SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 26).

⁶⁰⁵ MERCADER UGUINA, Jesús: “Comentarios al artículo 44 ET”, *op. cit.*, pág. 509.

7.4 ALCANCE TEMPORAL DEL MANTENIMIENTO DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA CEDENTE HASTA LA DESAPARICIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CEDENTE (TRAS LA ULTRAATIVIDAD) O LA ENTRADA EN VIGOR DE UN NUEVO CONVENIO COLECTIVO. “CARÁCTER DINÁMICO” VS. “CARÁCTER ESTÁTICO” DE LAS CLÁUSULAS DE REMISIÓN A CONVENIOS COLECTIVOS

Ya se ha dicho que, al margen de la posibilidad del *“pacto en contrario”*, la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente no se produce de manera indefinida, sino que es provisional hasta que (a) expire el convenio colectivo de la empresa cedente o (b) entre en vigor un convenio colectivo nuevo aplicable a la cesionaria (y, lógicamente a la unidad productiva autónoma transmitida). Desde luego, lo que no se plantea es la imposición de una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores ni un mantenimiento indefinido de las condiciones previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente, produciéndose una suerte de petrificación. El mantenimiento interino de la aplicación del convenio de la cedente tiene una fecha de caducidad prevista en el momento de la expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la unidad económica transmitida⁶⁰⁶.

En todo caso, la jurisprudencia ha coincidido de manera unánime en que la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la unidad económica transmitida no tiene que ser, necesariamente, el de un nuevo convenio colectivo de empresa —puede tratarse de un nuevo convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o provincial— y no tiene que ser necesariamente del mismo ámbito que el que ha perdido vigencia (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2021 [JUR 2021, 147083] y de 14 de mayo de 2020 [RJ 2020, 2029]). Lo importante es que sea nuevo y suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de la transmisión de empresa (no puede ser un convenio en vigor con anterioridad a la sucesión). La prioridad aplicativa del convenio de empresa fijada por el artículo 84.2 ET y todavía vigente en la mayoría de las materias tras la reforma laboral de 2021 no altera esta conclusión, como se ha encargado de recordar, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2020 (RJ 2020, 2029).

RODRÍGUEZ-PIÑERO⁶⁰⁷ se ha pronunciado sobre la cuestión de las denominadas cláusulas de remisión *“dinámicas”*⁶⁰⁸ al convenio colectivo de la cedente en casos de sucesión de empresas con apoyo en los pronunciamientos del TJUE, especialmente la STJUE de 9 de marzo de 2006, asunto *Werhof* (TJCE 2006, 66), y la STJUE de 18 de julio de 2013, asunto *Alemo-Herron* (TJCE 2013, 228).

La sentencia del asunto *Werhof* planteaba si una sociedad a la que se había transmitido una parte de un centro de trabajo en el que trabajaba el demandante tenía que estar vinculada por el convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión de empresa, pero actualizado por una revisión posterior a la fecha de transmisión, pues el contrato del trabajador establecía que su salario se regía por el convenio colectivo de su antiguo empleador.

⁶⁰⁶ *Idem*, pág. 508.

⁶⁰⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa”, *Diario La Ley*, n.º 8435, 4 de diciembre de 2014, pág. 4.

⁶⁰⁸ *Ibidem*. Ha señalado lo siguiente: “En general estas cláusulas operan de manera dinámica, es decir se remiten al convenio colectivo en vigor aplicado en cada momento a la empresa o sector económico. Pero en caso de transmisión de empresa esa interpretación dinámica implicaría que el cesionario haya de aplicar no el convenio en vigor en el momento de la transmisión sino el convenio revisado en fecha posterior a esa transmisión y pactada entre un sindicato y una federación empresarial ajena al nuevo empleador”.

El TJUE rechazó que la Directiva 2001/23 permitiera realizar una interpretación dinámica de este tipo de cláusulas contractuales, que obligaría al cesionario a aplicar los convenios colectivos futuros de los que no ha sido parte, y ha defendido una interpretación estática.

En esencia se argumentaba que esta doctrina *Werhof* entendió que la remisión no podía concebirse como algo dinámico porque tenía los mismos límites temporales que las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo. Por esa razón, no podía extenderse la aplicación del convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión a todas sus revisiones posteriores, porque esa inmovilización de las condiciones laborales restringiría el poder de dirección empresarial y fracasaría cualquier intento de homogeneización de condiciones⁶⁰⁹ pues, se entendía que “*la Directiva no pretende proteger beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos*”⁶¹⁰.

Por su parte, la sentencia *Alemo-Herron* adoptó un criterio algo más elaborado respecto del alcance de la sentencia *Werhof*. Afirma que la Directiva 2001/23 permite realizar ajustes para la continuación de la actividad, que la Directiva “*indica que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y actuaciones necesarias para continuar su actividad*”, por tanto, deja la puerta abierta a la modificación de esas condiciones. Subraya, además, que en un caso de transmisión de una empresa del sector público (que disponía de su convenio colectivo) al privado, “*requerirá ajustes y adaptaciones importantes*”, pues entiende que existen “*diferencias inevitables que existen entre los dos sectores [público y privado]*”.

En todo caso, la sentencia *Alemo-Herron*, en relación con las cláusulas dinámicas que la sentencia *Werhof* había excluido de manera tajante, pone ahora el foco, para negar la posibilidad de las cláusulas de remisión dinámicas, en el hecho de que el cesionario efectivamente “*no tenga posibilidad de participar en el proceso de negociación*” de ese convenio colectivo de la empresa cesionaria (en el caso analizado de empresa pública)⁶¹¹.

7.5 ULTRAACTIVIDAD

En relación con la continuación de la aplicación del convenio colectivo de la cedente, cuando este se encuentra ultraactivo, cabe señalar que, en efecto, incluso estando en vigencia prorrogada como ultraactiva, es aplicable el artículo 44.4 ET y, por tanto, afecta a la empresa cesionaria. La cuestión es indubitada, como se ha encargado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de afirmar con contundencia al exponer que su jurisprudencia ya ha establecido que, a los efectos del artículo 44.4 ET “*un convenio*

⁶⁰⁹ En esta línea se pronunciaba también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 1590). La idea es que se respeten las condiciones existentes en el momento de la sucesión de empresa, pero también pensando en que esto es algo a realizar de manera interina, que debe poderse acomodar a los futuros convenios que entren en vigor a la unidad económica transmitida (STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto C-108/10, TJCE 2011, 246) y que sea posible la homogeneización de condiciones futura sin que se produzca una petrificación o inmovilismo que lleven a la obsolescencia de esas condiciones (se han pronunciado en esta línea las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003, RJ 2003, 8709; de 12 de abril de 2010, RJ 2010, 3606; o de 31 de marzo de 2011, RJ 2011, 3692).

⁶¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa”, *op. cit.*, pág. 4.

⁶¹¹ *Idem*, pág. 3. El TJUE finalmente concluyó que “*el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca, en caso de una transmisión de empresa, que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión podrán hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios colectivos celebrados después de la transmisión»*”.

prorrogado o ultraactivo es un convenio colectivo vigente” (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2020 [AS 2021, 346] y de 14 de mayo de 2020 [RJ 2020, 2029]).

La doctrina científica también ha alcanzado la misma conclusión. Cuando se trata de la continuación en la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente, el “*convenio colectivo prorrogado o en fase de ultraactividad es un convenio colectivo vigente y sigue obligando a la cesionaria hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio colectivo que sea aplicable a dicha empresa y que ha de ser un «nuevo» convenio colectivo*”⁶¹². Por tanto, “*sigue obligando a la nueva empresa hasta que se produzca el pacto reseñado [se refiere al “pacto en contrario”] o la entrada en vigor de otro convenio que afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria (SSTS 22 de marzo [RJ 2002, 5994] y 11 octubre de 2002 [RJ 2002, 10682] (...))*”⁶¹³. De modo que no cabe duda de que el concepto de convenio colectivo vigente de la empresa cedente al que afecta el 44.4 ET incluye la finalización de la vigencia inicial, la prorrogada (86.2 ET) e incluso su fase de ultraactividad (86.3 ET)⁶¹⁴.

Por otra parte, en el ámbito del derecho comunitario, la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-328/2013, caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*) [TJCE 2014, 220] es de necesaria cita en el presente apartado. Se debatió en este pleito si la sucesión de empresas y los efectos del artículo 3.3 (muy similar al 44.4 ET) afectaba a un convenio colectivo ultraactivo, y la respuesta del TJUE fue también afirmativa, como se encargó de destacar, en su momento, la doctrina científica⁶¹⁵.

7.6 FALTA DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA CEDENTE A LAS NUEVAS CONTRATACIONES QUE ACOMETA LA CESIONARIA

A las nuevas contrataciones que se produzcan en la empresa cesionaria no les será de aplicación el convenio colectivo de la cedente, sino que podrá aplicárseles el convenio colectivo de la cesionaria. Ello sin necesidad de esperar al momento en que entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la cesionaria. Simplemente, al no tratarse de empleados subrogados, no gozan de ese derecho. Por tanto, a los empleados contratados tras la sucesión de empresa se les puede aplicar el convenio colectivo que considere aplicable la entidad resultante de la sucesión de empresa⁶¹⁶.

7.7 LAS CONDICIONES DE IMPOSIBLE MANTENIMIENTO O QUE NO SON “RAZONABLEMENTE EXTRAPOLABLES”

En algunas ocasiones, el convenio colectivo de la cedente puede prever condiciones cuya aplicación en la empresa cesionaria carezca de sentido o sea imposible, porque se trate de condiciones de trabajo que tienen su razón de ser en la “*singularidad*” de la empresa cedente y sus especiales características, bien por el tipo de actividad que realiza la cedente —distinta de la que realiza la cesionaria—, o bien por la

⁶¹² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 624.

⁶¹³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, op. cit., pág. 27. En términos similares se pronuncian la STS de 12 de abril de 2011, la STSJ de las Islas Baleares de 6 de abril de 2022 (n.º recurso 545/2021), y la STSJ de Madrid de 7 de abril de 2022, (n.º recurso 711/2021).

⁶¹⁴ MERCADER UGUINA, Jesús: “Comentarios al artículo 44 ET”, op. cit., pág. 508.

⁶¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa”, op. cit., pág. 4. En los mismos términos, LLANO SÁNCHEZ, Mónica: “Ultraactividad y convenio aplicable en la sucesión de empresa: la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 180, 2015 (BIB 2015, 16256).

⁶¹⁶ Por tanto, no es obligatorio esperar, como ocurre con los trabajadores afectados por la sucesión, a una nueva, y posterior a la sucesión de empresa, edición de esos convenios colectivos. La Sala Cuarta, en Sentencias de 3 de junio de 2002, 14 febrero 2011, 27 de junio 2011 y 15 de abril de 2014, ya se encargó de confirmar este extremo, como nos recuerda GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, op. cit., pág. 625.

naturaleza jurídica de la cedente (p. ej., un ente público empresarial) en comparación con la de la cesionaria (una sociedad mercantil).

Esto ocurre con claridad cuando la empresa cedente cuenta con la posibilidad de dar facilidades o descuentos sobre el producto que elabora y a la cesionaria le resulta imposible o muy gravoso hacerlo. Piénsese, por ejemplo, en una aerolínea que transmite su *call center* y su personal de atención al cliente a una empresa de *contact center*, y que el personal subrogado tenía garantizado en convenio colectivo la posibilidad de tener importantes descuentos en los billetes en la aerolínea para la que trabajaban y que, difícilmente, puede ofrecerles la empresa de *contact center* cesionaria⁶¹⁷.

Otro ejemplo claro lo constituiría el hecho de que la cedente tenga previsto en el convenio colectivo la constitución de un comité intercentros y la cesionaria solo disponga de un centro de trabajo. O piénsese también en las condiciones de trabajo fundamentadas en la especial naturaleza de la cedente (que se trate de una entidad pública empresarial). Por ejemplo, en el caso de escisión de parte de un ente público empresarial que se transmite a una sociedad mercantil. Muy probablemente existan condiciones de trabajo, que preveía el convenio colectivo aplicable a ese ente público empresarial, que resulten de muy difícil o imposible aplicación en la sociedad mercantil, a pesar de lo establecido en el artículo 44.4 ET. Así, por ejemplo, que el convenio colectivo establezca la obligación de remitir catálogos de puestos de trabajo a la Administración, o que se establezcan procesos de selección y contratación propios del derecho público, o que se prevea la obligación de informar a determinados órganos del Estado sobre las relaciones de puestos de trabajo o sobre sus salarios, etc.

En este tipo de supuestos, la Sala de lo Social del TS ha manifestado que, pese a la concurrencia de una sucesión de empresas del artículo 44 del ET, en ocasiones, no hay otro remedio y resulta necesario excluir la vigencia de las condiciones que correspondan a la singularidad de la empresa cedente “y que no son razonablemente extrapolables a los diferentes marcos laborales en que se desenvuelven las nuevas empresas sucesoras”⁶¹⁸. En el marco de la configuración de las empresas en red y de las nuevas actividades empresariales en las que se produzcan movimientos de escisión, fusión, etc., o ventas de empresas en las que la cesionaria no pueda garantizar derechos que mantenía la cedente (por cuestiones de obsolescencia o por cuestiones de tecnología de las que no se disponga por la cesionaria) esto podría tener repercusiones relevantes y esta doctrina puede encontrar una creciente aplicación.

En ocasiones, los representantes de los trabajadores son conscientes de que esa situación se producirá respecto de determinadas materias, lo que suele facilitar su consentimiento a la adaptación de estas condiciones, tanto de forma definitiva (a través de un nuevo convenio colectivo de empresa) como

⁶¹⁷ Algo similar ocurría en un supuesto de gratuidad de billetes disfrutados por trabajadores de una línea aérea que luego son subrogados por una compañía de *handling*, como puede comprobarse en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005, 9933). La inclusión de pactos de compensación suele ser la solución al problema, como también en materia de billetes de avión señalaba la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2018 (RJ 2018, 2285).

⁶¹⁸ En este sentido, la STS de 16 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 8441) ha razonado que no era posible la aplicación del régimen de crédito horario pactado en el convenio de la cedente en la cesionaria, dado que “(...) no necesariamente deben tener aplicación todas las previsiones convencionales del citado Convenio, pues por necesidad han de excluirse la vigencia de todas aquellas que correspondan a la singularidad de la empresa extinguida y que no son razonablemente extrapolables a los diferentes marcos laborales en que se desenvuelven las nuevas empresas sucesoras, pues en los supuestos de sucesión de empresa no pueden mantenerse condiciones de trabajo —o sindicales— si la cesionaria es una «empresa que no reúna las condiciones determinantes del derecho en cuestión» (así, las SSTS 27/10/05 (RJ 2005, 9933) -rcud 697/04-; 04/07/06 (RJ 2006, 8342) -rcud 895/05-; 12/07/06 (RJ 2006, 8528) -rcud 3067/05-; y 26/09/06 (RJ 2006, 7494) -rcud 694/05-. Todas ellas dictadas para supuestos de subrogación en el servicio aeroportuario de «handling»”.

temporal (durante el periodo transitorio en el que se aplique el convenio colectivo de la cedente por mor del artículo 44.4 ET).

Igualmente, habrá otras materias que, aunque no sean de imposible aplicación, sí necesitarán de una imprescindible adaptación, especialmente durante el periodo transitorio hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo o de una compensación general.

En este sentido, una fórmula óptima para alcanzar acuerdos que permitan la adaptación temporal de las condiciones laborales a las que se viene haciendo referencia sería la prevista en el artículo 86.3, párrafo 2.º, del ET⁶¹⁹. Si bien es cierto que este precepto está concebido para un escenario de negociación de un nuevo convenio colectivo ante la denuncia previa del anterior, quizá pudiera defenderse una aplicación analógica del citado artículo para la adaptación de las condiciones de muy difícil o imposible traslación a la cesionaria, habida cuenta de las múltiples similitudes concurrentes (es decir, en ambos supuestos existe un convenio colectivo cuya modificación está siendo negociada). Por tanto, nada impediría que las partes que estuvieran negociando el nuevo convenio colectivo de empresa aplicable a la cesionaria alcanzaran acuerdos parciales respecto de las materias más perentorias, a efectos de adaptar las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores, sin perjuicio de que posteriormente se alcanzara un acuerdo global que se plasmara en el convenio colectivo definitivo.

8. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

El artículo 44.5 del ET⁶²⁰ prevé un régimen de conservación interina del mandato de los representantes de los trabajadores de la unidad productiva transmitida. La sucesión de empresa no extingue el mandato de esos representantes, pero para que ello pueda ser así es preciso que la unidad productiva conserve su autonomía⁶²¹, y esta referencia debe entenderse a la unidad electoral, como a continuación se expondrá.

Por tanto —dicho al revés— la sucesión de empresas sí extingue el mandato de los representantes de los trabajadores, salvo que lo transmitido “*conserva su autonomía*”. Resulta clave analizar cuándo debe considerarse que tal cosa sucede. El concepto de autonomía fue definido con claridad en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por todas, en su sentencia de 23 de julio de

⁶¹⁹ Artículo 86.3, párrafo 2.º del ET: “*Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo (...) las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen*”.

⁶²⁰ Dispone este precepto que “[c]uando la empresa, centro de trabajo o unidad productiva objeto de la transmisión «conserva su autonomía», el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”.

⁶²¹ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2010, C-151/09 (apartados 44 a 46) recuerda que el sentido de autonomía al que se refiere el artículo 6.1, párrafo primero de la Directiva 2001/23CE se refiere a que esa autonomía se conserva “*en principio, cuando, con posterioridad a la transmisión, las facultades organizativas de los responsables de la entidad transmitida permanecen en esencia inalteradas, dentro de las estructuras de la organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión*”. Entiende que en esos casos el derecho de los trabajadores a ser representados debe ejercitarse, en principio, según los términos y condiciones existentes antes de la transmisión. En cambio, “*en una situación en la que, tras la transmisión, los trabajadores dependen de responsables cuyas facultades organizativas han sido reducidas y ya no puede calificarse de autónomas, los intereses de dichos trabajadores ya no son, por tanto, los mismos y, en consecuencia, los términos y las condiciones de su representación deben adaptarse a los cambios que se hayan producido*”.

1990 [RJ 1990,6453], que sigue siendo plenamente vigente y aplicable hoy en día, y en la que se aclaró que “(...) *lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo, para el que el trabajador fue elegido, y no la empresa*”.

No subsistirá, por tanto, esa condición de representante unitario de los trabajadores si el centro de trabajo es dividido o desaparece en la medida en que no se conserva la unidad electoral⁶²². La clave es, en suma, la transmisión de la unidad electoral en la que esos representantes fueron elegidos, como recuerda la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2013 (RJ 2014, 1227). De hecho, la doctrina se ha basado en esta STS de 23 de julio de 1990 para concluir que si no se transmite la totalidad de la unidad electoral en la que el trabajador fue elegido representante de los trabajadores, si lo que tiene lugar es que tan solo se transmite parte de esa unidad electoral, que se integra en la nueva empresa, de modo que no se mantiene como unidad productiva autónoma, no se mantendrá de manera interina la cualidad de representante de los trabajadores. Ello, “*sin perjuicio de que haya que acometer las correspondientes correcciones y actualizaciones de las representaciones resultantes bajo la modalidad de elecciones parciales en los centros cedente y cesionario para que esos órganos unitarios puedan reestablecer los integrantes que hayan perdido con ocasión de la transmisión (TSJ Cantabria 13 de abril 1999 [AS 1999, 2029]) (...)*”⁶²³.

Lo clave a los efectos del artículo 44.5 del ET es verificar si se transmite la totalidad de la unidad electoral en la que el trabajador fue elegido representante de los trabajadores. Por ejemplo, si se trata de un centro de trabajo, hay que ver si se transmite la totalidad de la unidad electoral de ese centro o solo una parte. En el primer caso, mantendrá su condición de representante de los trabajadores y, en el segundo, no lo hará. En este mismo sentido se vienen pronunciando reiteradamente diversas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia⁶²⁴.

Es interesante comprobar cómo esta problemática acerca de la determinación de la conservación de la autonomía y del mantenimiento de la unidad electoral toma relevancia en las configuraciones de redes empresariales, tan típicas de la sociedad posindustrial. Un ejemplo de ello lo constituye, por ejemplo, el que resuelven la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de

⁶²² En esos casos ocurre, como ha señalado la doctrina, que “(...) *cuando los trabajadores se desarraigan de sus órganos de representación quedan incluidos en el ámbito de representación de la nueva entidad económica a la que son transferidos, aplicándose, si fuese necesario, las reglas del art. 67.1.5 ET que prevé la promoción de elecciones parciales por incremento de plantilla, o lo que, en su caso, establezca el convenio colectivo que sea aplicable (STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (n.º recurso 5263/2005))*” (PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Comentario al artículo 44 ET”, en VILLA GIL, L. E. (dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 789).

⁶²³ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 28.

⁶²⁴ Es indispensable que el centro o unidad productiva mantenga la autonomía y se conserve la unidad electoral, como apuntan, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2007 (AS 2008, 780), o la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1124). Esta última aclara que esa autonomía debe analizarse respecto del centro de trabajo o unidad productiva transmitida y en la que fue elegido el representante. Que la expresión “*conservación de la autonomía*” que ofrece el 44.5 del ET, para comprenderla correctamente, debe tomarse “(...) *en el sentido de que la conservación del mandato representativo requiere que el centro transmitido mantenga su identidad desde el punto de vista de la unidad electoral que dio vida a ese mandato (...)* el representante laboral elegido por una determinada unidad electoral sólo puede hacer valer tal condición, caso de sucesión empresarial, cuando el cuerpo electoral de la unidad transmitente se corresponda con el de la unidad transmitida. (...) *Por eso precisamente habla la Ley de que el centro en el que se subroga la empresa a la que pertenece el representante de los trabajadores debe conservar SU AUTONOMÍA, lo que, en el contexto de una norma dedicada a regular materia de representación laboral, debe entenderse en el sentido de que la unidad o centro transmitido debe conservar su identidad como unidad electoral*”.

junio de 2008 (AS 2008, 472) y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 15 de marzo de 2012 (AS 2012, 173), que invoca y transcribe buena parte de la primera. Destaca el supuesto de hecho de esta STSJ de Castilla y León que del centro de trabajo de una empresa de unos 565 trabajadores se escinde el departamento de logística, de 35 empleados, que pasan a otra empresa en virtud de un proceso de externalización (por tanto, en el marco de una estructuración como red empresarial, se sacan actividades no nucleares fuera del perímetro de la actividad sustancial y primordial de la empresa y, en ese marco, se plantea la problemática de la conservación de la RLT en su mandato). Uno de esos 35 empleados reclama mantener su condición de representante en la cesionaria en virtud del artículo 44.5 ET, y la Sala desestima la demanda al concluir, con apoyo en la STS de 23 de julio de 1990 antes citada, que no existe “*subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido*”, de modo que no se conserva la unidad electoral, lo que en el supuesto aparece con claridad.

Estas dos sentencias también resultan de interés porque desestiman el intento de los representantes legales de invocar el efecto directo del artículo 6.1, párrafo cuarto, de la Directiva 2001/23/CE, en el que se prevé que, en ausencia de esa conservación de la autonomía, los Estados miembros deben prever las “*medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores*”.

No obstante, tanto la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como la de Castilla y León desestiman este argumento porque, “*Aún en el supuesto de defectuosa transposición de la Directiva 2001/23, en cuanto a su art. 6.1 párrafo cuarto, no es admisible la solución de la sentencia de instancia [del Juzgado de lo Social 33 de Madrid], que se traduce no sólo en una aplicación directa, sino en la determinación o concreción de una medida que la Directiva no prevé. No reúne la Directiva los presupuestos del “efecto directo” según la jurisprudencia comunitaria, consistentes en que la norma comunitaria ha de ser clara y precisa, en el sentido de que plasme una obligación concreta, y que su mandato sea incondicional, sin dejar márgenes de apreciación discrecional. El art. 6.1 párrafo cuarto no establece medida alguna, sino que remite su concreción a los estados*”.

9. DEBERES DE INFORMACIÓN (ARTÍCULOS 44.6 A 10 ET Y 39 DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES)

Los deberes de información son especialmente relevantes en el marco de la sucesión de empresa. Como se ha venido exponiendo, entendemos que las nuevas formas empresariales y la nueva empresa como objeto de transmisión, al tornarse en algo más difuso y etéreo, va a precisar de un refuerzo en estos deberes de información. Claramente, esto va a ser necesario para que la determinación de los trabajadores adscritos a las unidades productivas sea más plausible. Que no se convierta en una nebulosa desconcertante que desoriente y merme los derechos de defensa de los trabajadores (que pueden tener dificultades para probar su adscripción a la unidad productiva o cliente que cambia de adjudicataria) ni tampoco a los intereses del cesionario que también merecen protección, como el TJUE se ha encargado de recordar en la doctrina *ISS Facility Services* tan citada en este trabajo. Esta es una de las cuestiones nucleares del futuro de la sucesión de empresa y por ello nos hemos permitido insistir tanto a ese respecto. Los cambios en el contorno de la figura van a precisar una intervención legislativa

para dotar de mayor seguridad jurídica. Lo están apuntando los tribunales (como siempre, el precursor es el TJUE en la doctrina antes citada y confirmada en el caso *Strong Charon*), pero conviene dar ese paso adicional para conseguir que el sistema asegure mayor confort jurídico a los operadores, y el marco debe ser, sin duda, el de los derechos de información y consulta.

Además de esta cuestión, ocurre también que se ha concluido que una de las formas más habituales en el mercado para acometer las transmisiones de empresas es, precisamente, la compraventa de participaciones y acciones societarias. Es decir, el *share deal*, que —a diferencia del *asset deal* o compraventa de activos— no constituye un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 del ET ni de la Directiva 2001/23 CE. Al encontrarse extramuros de la sucesión de empresa, no cuenta con las consecuencias jurídicas que acarrea la misma, si bien entendemos que la manera de paliar esto es crear un régimen jurídico para los cambios de accionariado relevantes, que impliquen en la práctica la transmisión completa de la empresa. En ese marco, como no existe cambio de titularidad empresarial, no hay necesidad de subrogar empleados ni de imponer responsabilidad solidaria en las deudas laborales y de la seguridad social (la empresa sigue siendo la misma y no hay cambio de titularidad), pero sí queda espacio para la mejora de los derechos de información y consulta en esos casos, de modo que pueda monitorizarse que el empleo se mantiene y no se destruye justo antes de ese cambio de accionariado (de modo similar a lo que sucede en caso de sucesión de empresa como consecuencia de la doctrina judicial que alude a los fraudes de ley que se producen cuando se llevan a cabo despidos con anterioridad a la sucesión de empresa y que deben corregirse al amparo del artículo 6.4 del Código Civil, que no permitirá que el artículo 44 del ET —norma eludida— sea burlado por el artículo 51 o 52.c del ET —norma de cobertura—⁶²⁵). La cercanía entre los despidos y la sucesión de empresa siempre ha resultado un signo clave para detectar la existencia de dichos fraudes, como ha señalado la doctrina⁶²⁶.

Pues bien, nuestra sugerencia para reforzar estos derechos de información y consulta previstos en los artículos 44.6 a 8 del ET consistiría en hacerlos extensivos a los supuestos de toma de control accionarial del 100 % de una sociedad, en los que resultarían, igualmente, aplicables, los derechos de información y consulta previstos en los apartados 44.6 a 8 del ET.

En este contexto, es preciso abordar la situación actual en materia de deberes de información y consulta.

⁶²⁵ Véanse, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2769) en el famoso caso de la gasolinera que se adquiere el día después de ejecutar un despido colectivo. También son muy conocidas las sentencias dictadas en los casos en los que se evitó la subrogación de empleados de un consorcio andaluz por el Servicio Andaluz de Empleo (las SSTs de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1037), 11 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6819), 24 de junio de 2014 (RJ 2014, 4381), 16 de abril de 2014 (RJ 2014, 3278), 16 de abril de 2014 (RJ 2014, 3279), 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 2967), 20 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2096), 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2094), 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2770) y 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2071). También resultan de interés en este punto el caso de la agencia de Protección de Datos de Madrid y los despidos efectuados con base a un proyecto de ley que determinaba su desaparición cuando se pretendió sobre la base del despido colectivo, eludir la subrogación por sucesión de empresa (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2014 (RJ 2014, 4392). En cambio, se rechazó la existencia de fraude en el despido colectivo implementado en la fundación del Servicio Valenciano de Empleo que resolvió la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014 (RJ 2015, 867). Todos estos casos muestran la aplicación del 6.4 del Código Civil para evitar que con despidos colectivos se viole el artículo 44 del ET y la Directiva 2001/23 CE. Se analizan con detalle en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa y los despidos colectivos” en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.), *La sucesión de empresa*, op. cit., pág. 269.

⁶²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude”, *Revista de Información Laboral*, n.º 4, 2015 (BIB 2015, 1377).

9.1 LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PREVISTOS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

(A) Regulación de los deberes de información

Las obligaciones de información a los empleados se regulan en los artículos 44.6 a 44.10 ET

En caso de fusión, deben tenerse en cuenta las obligaciones adicionales de puesta a disposición de información y documentación que prevé el artículo 39.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”).

(B) Sujetos en los que recae la obligación

Las obligaciones del artículo 44.6 y ss. de informar, en caso de sucesión de empresas, recaen sobre ambas empresas, cedente y cesionaria. Por tanto, el deber de información (en forma de comunicación o carta) a la que se refiere ese artículo deberán cumplirlo el cedente y el cesionario (lo reitera también el 44.7 ET). Lógicamente, si el cesionario no dispone de trabajadores, no se le podrá exigir esa obligación (por ejemplo, en caso de escisión de rama de actividad que se vuelca en una empresa de nueva creación).

(C) Destinatarios de la información

El artículo 44.6 ET aclara que la información debe ser proporcionada por el cedente y el cesionario a “*los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad*”. Por tanto, el deber de información queda cumplido si cedente y cesionario (en ocasiones a través incluso de la misma carta, que firman ambos) informan a sus respectivos representantes de los trabajadores. En su defecto, debe proporcionarse la información a “*los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión*”. Si no se prevén consecuencias jurídicas, económicas y sociales, derivadas de la transmisión, los trabajadores afectados serán solo los que son objeto de subrogación.

No obstante, si “*pudieran resultar afectados por la transmisión*” trabajadores del cedente o del cesionario (por ejemplo, como consecuencia de despidos objetivos por duplicidades, modificaciones sustanciales —quizá homogeneización de condiciones de trabajo—, etc.), en tal caso deberá informarse a esos trabajadores que potencialmente pudieran verse afectados por la sucesión de empresa.

SEMPERE NAVARRO⁶²⁷ interpreta también de esta manera el artículo 44.7 ET y explica que “*lo cierto es que el ET acoge la moderna concepción, conforme a la cual los trabajadores afectados no son sólo los que cambian de empleador, sino también los que, en su caso, ya estuvieren prestando servicios por cuenta del cesionario o los que permanecen en la empresa originaria*”.

Los delegados sindicales (que no formen parte del comité de empresa) también tiene derecho a esa información (10.3.1.º LOLS).

(D) Momento en que ha de proporcionarse y forma

La información debe proporcionarse “*con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión*” y, “*en todo caso, antes de que los trabajadores se vean afectados en sus condiciones de trabajo*” (artículo 44.8 ET). El artículo 44.8, párrafo segundo, prevé un plazo especial para los supuestos de fusión y escisión de sociedades, en cuyo caso cedente y cesionario deben proporcionar la información

⁶²⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 29.

al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de aprobar los respectivos acuerdos. Ese plazo es de un mes.

Por ello, para el resto de los casos, se viene entendiendo que notificar con un mes de antelación cumple sobradamente el precepto. Lo cierto es que la presión en los tiempos de ejecución en las operaciones mercantiles suele propiciar que habitualmente se proporcione esa información con unos quince días de antelación (lo que tampoco supone un incumplimiento del artículo 44.6 y 8 ET, sino que suele considerarse que esa antelación de quince días cumple con el precepto), pues no en vano no se ha reflejado un plazo concreto que defina lo que es “suficiente antelación”. No obstante, resulta conveniente comunicarlo cuanto antes, especialmente, en caso de que se prevea impacto en las condiciones de trabajo o en el empleo. El deber de información se cumple mediante una carta de comunicación (la norma presupone que es por escrito, y así debe ser, además, para poder acreditar su cumplimiento) que recoja los extremos que indica el artículo 44.6 ET.

(E) Contenido de la información

La información que debe proporcionarse se detalla en el artículo 44.6 ET de manera clara:

- (a) Fecha prevista de la transmisión.
- (b) Motivos de la transmisión.
- (c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la transmisión.
- (d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

Lo más reseñable en este punto es que, si se prevén consecuencias para los trabajadores y la aplicación de medidas, y esa previsión se conoce antes de la transmisión, se proporcione esa información. No hacerlo podría comprometer la efectividad de esas medidas.

De nuevo, la doctrina ha recordado en este punto que “*algunos de sus efectos directos [del cambio de titularidad] o colaterales (despidos, traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) pueden quedar viciados si se omiten los trámites legalmente establecidos [en referencia al artículo 44.6 a 8 ET]*”⁶²⁸.

En nuestra opinión, entre las cuestiones a informar del elenco de materias que indica el artículo 44.6 ET resultaría muy pertinente añadir un nuevo apartado (e) que incluyera la obligación informar “*tanto a los representantes de los trabajadores, como a los trabajadores individualmente, así como a la potencial empresa cesionaria con la suficiente antelación*” acerca de “*los trabajadores adscritos a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma que se transmite, el porcentaje de adscripción a la misma y la documentación que acredite ese porcentaje de adscripción*”. Su inclusión ayudaría a resolver la problemática expuesta en el apartado 2 de este capítulo acerca de la determinación de los trabajadores adscritos a aquello que se traspasa. Además, su incumplimiento debiera prever dos consecuencias: (i) en caso de falta de transmisión de información en este punto, una presunción *iuris tantum* de que los empleados respecto de los que no se proporciona suficiente información no se encuentran adscritos a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva que se transmite; y (ii) la aplicación de la correspondiente multa por quebranto del deber de información.

⁶²⁸ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44...”, *op. cit.*, pág. 29.

Igualmente, habida cuenta de que la manera más empleada para transmitir empresas en el tráfico jurídico es la compraventa de acciones en lugar de la compraventa de activos, y ello no comporta una sucesión de empresa, entendemos que sería positivo reforzar este derecho para esos casos. Así, podría preverse que la información de los artículos 44.6 a 44.8 del ET se proporcionase también en caso de transmisiones de acciones o participaciones sociales de la totalidad de una sociedad, que impliquen, de *facto*, la práctica transmisión de la empresa por vía de compraventa de acciones en lugar de por compraventa de activos. Con esta medida, se mejoraría la seguridad jurídica de ese tipo de operaciones, manteniéndolas extramuros de la sucesión de empresa, dado que al no producirse cambio de titular empresarial (elemento subjetivo) no les puede ser aplicable la maquinaria subrogatoria del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE.

En este punto, nuestra sugerencia consistiría en incluir un nuevo artículo 44.8 bis que contemplara que “*las obligaciones de información y consulta de los artículos 44.6 a 44.8 del ET se extenderán a los supuestos de toma de control accionarial del 100 % de una sociedad*”.

(F) Consecuencias del incumplimiento

La principal consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del artículo 44.6 y ss. ET es la imposición de una sanción administrativa por infracción grave en materia de relaciones laborales (artículo 7.7 y 7.10 LISOS), que podría acarrear una multa de 751 a 7.500 euros.

Resulta pacífico que el incumplimiento de esa obligación no enerva la sucesión de empresas: “*En ninguno de estos supuestos estará en juego la validez de la sucesión, sino, en su caso, de las medidas adoptadas como consecuencia de la misma (STS 25 de abril de 1998 [RJ 3021, 1988])*” (DESDENTADO BONETE)⁶²⁹.

Se analiza un supuesto muy extremo de incumplimiento de estos deberes y ocultación a los trabajadores en el contexto de una operación declarada fraudulenta al apreciarse “*compraventa de plantilla*” en la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid, de 21 de diciembre de 2002 [AS 2013, 172], que fue confirmada por la STSJ de Madrid, de 30 de octubre de 2013 (n.º de recurso 1416/2013)⁶³⁰.

Ya se ha mencionado que, en relación con la falta de información de la posible venta de la unidad productiva autónoma en el período de consultas del despido colectivo efectuado antes de la sucesión, en fraude de ley y con objeto de violentar la aplicación del artículo 44 del ET y de la Directiva 2001/23 CE, se debe tener en cuenta, por todas, la STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2769)⁶³¹.

(G) Oposición a la sucesión

En España, a diferencia de otros países, los empleados no disponen de un derecho de oposición, como sucede, por ejemplo, en Alemania, donde los trabajadores tienen posibilidad de oponerse a ser transmitidos mediante el derecho de oposición (*Widerspruchsrecht*) previsto en el § 613.a) VI del *Bürgerliches Gesetzbuch* (artículo del código civil alemán que regula la sucesión de empresas)⁶³².

⁶²⁹ DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *op. cit.*, pág. 261.

⁶³⁰ Se analiza con detalle en MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa y los despidos colectivos”, *op. cit.*, pág. 264.

⁶³¹ *Idem*, pág. 269 y ss.

⁶³² MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa del artículo 44 ET...”, *op. cit.*, pág. 7.

Otra cuestión es que los empleados se planteen impugnar vía conflicto colectivo si se está ante una verdadera sucesión de empresas o no, o que planteen reclamaciones de derechos solicitando la reincorporación a la cesionaria por entender que no existe sucesión de empresas. Este tipo de pleitos se han planteado en los últimos años en la jurisdicción social, especialmente en el caso de las externalizaciones de los *servicers* que se desgajaron de los grandes bancos. La actividad cada vez más etérea que entraña la evolución de la empresa como objeto de transmisión es posible que propicie la proliferación de este tipo de pleitos en los que se discuta si ha existido o no una sucesión de empresa.

Los trabajadores y sus representantes no disponen, en todo caso, de acción en sede social para impugnar la validez de la operación mercantil y, en la práctica, si así lo solicitan, se les declarará falta de acción o falta de competencia del orden social (la Sentencia n.º 260/15 del Juzgado de lo Social n.º 25 de Madrid, de 9 de abril de 2015, estima falta de acción ante un suplico de esas características, y la Sentencia 65/16 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de enero de 2016 [JUR 2016, 41346], precisa que, en realidad, lo que procede es declarar falta de competencia por razón de la materia)⁶³³. Otra cosa es que puedan plantear pleitos de reconocimiento de derecho para discutir si ha existido verdadera sucesión de empresa y si les afecta a título individual (o bien pueden ejercitar su derecho a permanecer en la empresa cedente). En el plano colectivo, si se dispone de un sujeto colectivo (comité de empresa o sindicato), podría plantearse el pleito encauzado como conflicto colectivo.

(H) Procedimiento en caso de adopción de medidas

El siguiente paso a la información, cuando van a tener lugar medidas laborales, es la negociación. Se regula el procedimiento de negociación en el artículo 44.9 ET, si bien en la práctica queda muy limitada su utilización, pues el propio artículo 44.9 ET establece que *“cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos, en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior [44.9, primer párrafo, ET] se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET”*.

Por tanto, si son modificaciones sustanciales (artículo 41 ET), o traslados (artículo 40 ET) o también, y aunque no se diga expresamente, si se trata de despidos colectivos (artículo 51 ET), ERTE o procedimientos de suspensión y reducción temporal de jornada (artículo 47 ET), habrá que seguir los procedimientos específicos para cada una de esas medidas.

9.2 LOS DEBERES DE INFORMACIÓN DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Conviene retener que, para los casos de fusión, el artículo 39 de la LME⁶³⁴ prevé la obligación —antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la

⁶³³ La doctrina ha valorado este tipo de acciones en las que se pretende la impugnación de la operación mercantil en el sentido de que *“La eventual anulación de la sucesión sería, en su caso, una consecuencia de la impugnación del correspondiente acuerdo social ante el orden civil, sobre la que el orden social sólo podría decidir prejudicialmente si el acuerdo no hubiera adquirido firmeza”*. Se cita la STS 27.10.1994 (RJ 8531, 1994) en la que indirectamente se trata la cuestión y se desestima la pretensión de infracción de la norma mercantil, entre otras razones, porque *«los efectos laborales de la transmisión son inseparables del acuerdo social correspondiente y de la creación de la nueva sociedad, cuya impugnación debería hacerse ante el orden jurisdiccional civil en los términos y con las limitaciones que establece la legislación mercantil»*. DESDENTADO BONETE, Aurelio: *“La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”*, *op. cit.*, pág. 261.

⁶³⁴ Resultan también de interés, en relación con la fusión, los artículos 33 y 42 LME, y, en relación con la escisión, los artículos 73 a 80 LME.

fusión o de la comunicación individual de ese anuncio de socios— de los administradores de *“insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, si no tuviera página web, poner a disposición de los (...) representantes de los trabajadores, los siguientes documentos”*:

- (a) El proyecto común de fusión.
- (b) En su caso, los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión.
- (c) En su caso, los informes de los expertos independientes.
- (d) Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles.
- (e) El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido.
- (f) Los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público.
- (g) El proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente o, a falta de estos, de la escritura por la que se rijan, incluyendo destacadamente las modificaciones que hayan de introducirse.
- (h) La identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión.

Hay que destacar que, si la sociedad no tuviera página web, los representantes de los trabajadores *“tendrán derecho al examen en el domicilio social de copia íntegra de los documentos a que se refiere el apartado anterior [los desglosados más arriba], así como a la entrega o al envío gratuitos de un ejemplar de cada uno de ellos”*.

9.3 OBLIGACIONES ADICIONALES Y DERECHOS DE PARTICIPACIÓN (ALEMANIA)

Finalmente, no pueden pasarse por alto algunas obligaciones y derechos adicionales previstos para supuestos muy singulares. Conviene citar aquí el supuesto de las fusiones transnacionales intracomunitarias cuya sociedad resultante tenga centros de trabajo en España.

La posibilidad de participación de los trabajadores en casos de fusiones transfronterizas proviene de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

Al tratarse de una fusión, habrá que cumplir los deberes de los artículos 44.6 a 10 ET y 39 LME, pero deberán tenerse en cuenta obligaciones adicionales de participación de los representantes de los trabajadores en la empresa extranjera involucrada en la sucesión de empresas si su legislación prevé esa posibilidad de participación. Estas previsiones de participación de los representantes en órganos de supervisión de sociedades resultan únicamente aplicables en aquellos países en cuyos ordenamientos jurídicos se prevé la posibilidad de que los representantes de los trabajadores participen en los órganos de vigilancia de las sociedades (como es el caso, esencialmente, de Alemania).

Piénsese, por ejemplo en una fusión de una empresa española y una empresa alemana cuya sociedad resultante va a tener centro de trabajo en España. Cuando exista obligación de que los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión puedan participar en esa sociedad, habrá que facilitarles esa participación.

Basta con decir aquí que los derechos de participación de los trabajadores en las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias están regulados en el título IV de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, cuya redacción fue añadida por la disposición final 3.1 de la LME. La posibilidad de participación de los trabajadores en casos de fusiones transfronterizas proviene de la Directiva 2005/56 antes citada, que es de donde procede el referido título IV de la Ley 31/2006.

El ámbito de aplicación de esta complejísima normativa se prevé en el artículo 44 de la Ley 31/2006, que determina que será aplicable a los *“centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas con domicilio social en cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo”*. A su vez, el artículo 44.3 de la Ley 31/2006 contiene una cláusula de cierre que aclara que lo dispuesto en el capítulo II de la Ley 31/2006 *“únicamente será de aplicación en los casos que deba existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, de conformidad con las disposiciones de los Estados miembros por las que se dé cumplimiento al artículo 16 de la Directiva 2005/56”*.

En definitiva, el sentido de la normativa y su aplicación es para aquellos casos en los que se prevean derechos de participación para los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión como consecuencia de las legislaciones de origen de uno de los integrantes de la fusión (muy señaladamente Alemania) y siempre y cuando la sociedad resultante tenga centro de trabajo situado en España (artículo 44.1 de la Ley 31/2006)⁶³⁵.

10. CONCLUSIONES

Como se ha venido exponiendo en este trabajo, resulta patente que la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión ha experimentado y va a seguir experimentando en los próximos años una serie de cambios decisivos, que provocan la modulación y actualización del propio concepto de unidad productiva y de empresa como objeto del tráfico jurídico. Esto ha revolucionado los criterios interpretativos, que necesitan de una actualización constante de la que los tribunales se vienen encargando desde la sociedad posindustrial y la caída en la cuenta de que los elementos corpóreos van perdiendo hegemonía en favor de otros activos esenciales (el factor humano, el inmaterial, la clientela, etc.).

Pero, además de la capacidad de alterar aquello que debe entenderse por empresa como objeto de transmisión, como se ha podido comprobar, esta revolución conceptual ha afectado incluso a propio

⁶³⁵ Los complejos detalles de este procedimiento de participación del título II de la Ley 31/2006, a los que se remite el artículo 44.2 de la misma ley para el caso de las fusiones transnacionales (designación de los miembros del órgano de representación, del órgano de administración y control de la sociedad extranjera, etc.), y el procedimiento y contenido específico de ese procedimiento de participación se han analizado de manera clarificadora en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: *“Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales en España de Sociedades Anónimas Europeas”*, en SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (dir.): *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson Civitas, Madrid, pág. 226.

sistema de fuentes del *derecho de la sucesión de empresa*. El sistema estaba clásicamente configurado por una triple fuente estructurada en tres niveles distintos con consecuencias de alcance diverso: (i) una sucesión de empresa legal (posteriormente ampliada jurisprudencialmente a la sucesión de plantillas para las actividades intensivas en mano de obra) que implicaba la subrogación del personal y la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social en el sentido más amplio, previsto en la Directiva 2001/23 CE y mejorado por el artículo 44 ET; (ii) una subrogación convencional, de alcances limitados a aquello que determinaba el convenio, sistema que se consideró por la Sala Cuarta como perfectamente válido en la medida en que mejoraba, por la vía del pacto convencional, los mínimos legales de derecho necesario en materia de sucesión de empresa y los ampliaba y extendía (pudiendo hacerlo en términos limitados al estar extramuros de la sucesión legal de empresa); y (iii) la sucesión prevista en los pliegos privados y públicos. Ambas con los problemas de falta de eficacia *erga omnes* y, con las limitaciones que la legislación en materia de contratación pública estableció para los segundos (a los que está vedado imponer la subrogación desde la entrada en vigor de la LCSP). Pues bien, la actualización y la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión alteró el sistema de fuentes convirtiendo la segunda fuente (la sucesión de empresa *por mor* del convenio, de efectos limitados) en la primera, es decir, en una sucesión legal de empresa plena, a todos los efectos, legal, del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, para aquellos supuestos en los que, por cumplimiento del convenio, se produce una sucesión de plantillas al asumir parte cuantitativa y cualitativamente relevante de la mano de obra (de modo que, al imperar la sucesión legal de empresa, los límites de la sucesión convencional dejan de ser válidos) tal y como estableció la doctrina *Somoza Hermo*.

Pues bien, además de la capacidad de alterar aquello que debe entenderse por sucesión de empresa legal y de revolucionar el sistema de fuentes de la sucesión de empresa, en el plano de las consecuencias jurídicas que acarrea la transmisión de empresa, la irrupción de la inmaterialidad aviva antiguos fuegos que nunca terminaron de apagarse y revela la importancia de aclarar dos viejas cuestiones cuya necesidad de soluciones se torna cada vez en más acuciante y que desde aquí se propone humildemente acometer. Nos referimos (i) al problema de la adscripción de los empleados a la unidad productiva autónoma o al servicio que se transmite; así como (ii) a la cuestión de los derechos de información y consulta cuando se produce una compraventa de acciones en lugar de una compraventa de activos (y no aplica, por tanto, el régimen de los artículos 44.6 a 8 del Estatuto de los Trabajadores).

Respecto de la primera cuestión, se ha puesto de manifiesto que la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión ahonda y profundiza en un problema pendiente de solucionar, que es la delimitación o el perímetro de los empleados adscritos a la unidad productiva que se transmite. Así, siendo este problema un clásico en la propia empresa típicamente industrial basada en elementos tangibles y con varios negocios (por ejemplo, señaladamente, en el sector hotelero en el que puede haber trabajadores realizando funciones para diversos hoteles a la vez como se ha expuesto en diversos ejemplos), la cuestión se complica especialmente cuando los activos se tornan más etéreos y la empresa resulta ingrátida.

Habiéndose constatado la problemática de que en ocasiones los empleados no se encuentran exclusivamente afectos a la unidad productiva autónoma, lo primero que habría que hacer es aclarar si la antigua (pero todavía vigente) doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que exigía una adscripción total a la unidad productiva para ser subrogado, continúa vigente. Si ha perdido vigencia, debiere ser casada y actualizada. Nos encontraríamos en un escenario en el que habría que comprobar si la adscripción es mayoritaria o no. Y bien, en el marco de ese escenario, habría que comprobar si la

solución de la subrogación parcial que sugiere la doctrina del TJUE en el caso *ISS Facility Services* es plausible. Desde luego, es una doctrina que tiene en cuenta, no solo la protección de los trabajadores en caso de cambio de titular, sino también los intereses del cesionario que no debería verse perjudicado con empleados no adscritos al servicio o porcentajes de jornada que, realmente no se dedicaban a ese servicio. Por tanto, la doctrina es respetuosa con el principio de libertad de empresa (artículo 38 CE) y vela por evitar que el empresario entrante, cesionario en la sucesión de empresa, asuma obligaciones que no deberían ser transmitidas, al no formar parte del negocio, empresa o unidad productiva que recibe.

Pero, como se ha visto, la cuestión requiere de un elemento adicional a decidir si se deben asumir solo los empleados exclusivamente adscritos, los mayoritariamente adscritos o la parte proporcional de la jornada que dedicaban al negocio transmitido. Estas soluciones son inviables en su implementación si no se cuenta con información y datos claros y fiables acerca de la adscripción de los empleados al negocio.

Hemos sugerido aquí que la solución puede hallarse precisamente en una obligación de proporcionar esa información al potencial cesionario, con carácter previo a la transmisión.

Quizá, la manera más práctica y plausible sería incorporar en sede de negociación colectiva (donde las patronales pueden tutelar el interés del cesionario) una obligación de la cedente respecto de la cesionaria de compartir información específica sobre la adscripción de los empleados al servicio que cambia de adjudicataria, junto con una acreditación documental de esa adscripción. El incumplimiento de esa obligación debería tener como consecuencia la responsabilidad única de la cedente, tanto en la subrogación como en la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social de ese empleado cuya adscripción al servicio que cambia de adjudicataria no se ha acreditado. Por tanto, una posible solución consistiría en que el incumplimiento del cedente de esa obligación de informar y acreditar al cesionario acerca de los empleados adscritos a la unidad productiva pudiera impedir la entrada en juego de la subrogación convencional.

Pero, esta solución tan solo resolvería el problema para un tipo concreto de sucesión (la sucesión convencional). Por eso entendemos que sería necesario reforzar también los intereses del cesionario en la sucesión de empresa legal. La manera de hacerlo bien pudiera ser la inclusión de un deber de información adicional que incumbiera al cedente respecto del cesionario en la propia sucesión de empresa legal y que se insertara en el contexto de los deberes de información que cedente y cesionario tienen para con los representantes de los trabajadores y de los trabajadores en ausencia de representantes, que se prevé en el artículo 44.6 a 8 del ET.

Es decir, se sugiere como posible solución una obligación legal concreta de que el cedente informe al cesionario acerca de quiénes son los empleados adscritos al servicio que cambia de titularidad (en caso de cambio de empresa adjudicataria) o a la unidad productiva que se desgaja y se transmite (cuando quedan en la cedente otras líneas de negocio o unidades productivas que atender), de cuál es el porcentaje de adscripción que dedican a cada negocio de la Empresa, y ello podría incluirse en una suerte de registro de pertenencia a cada subnegocio o a cada contrata a la que se concurre. Esa información podría incluirse como un nuevo apartado (e) del artículo 44 ET en el que el cedente tenga obligación de informar a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores afectados por la transmisión y, además, al cesionario, acerca de la adscripción de los empleados a la unidad productiva que se transmite o al servicio que cambia de adjudicataria, además de proporcionar a ambos (trabajadores y cesionaria) la documentación que acredite este extremo. No hacerlo debería

generar una presunción *iuris tantum* de la falta de adscripción de los empleados a la unidad productiva y reequilibrar la situación entre cedente y cesionario, de modo que, en caso de litigio, el cesionario no se viera tan desamparado en cuanto a la posibilidad de colmar la carga de la prueba sobre la adscripción.

Este nuevo precepto tendría, de este modo, dos objetivos: (i) asegurar la tutela del interés del cesionario en los términos que se comentan en este capítulo; y (ii) permitir que los intereses de los empleados que se han incluido indebidamente dentro de la lista de empleados a subrogar, pero que realmente no pertenezcan a esa unidad productiva transmitida o servicio que cambia de titular, puedan accionar reclamando su no pertenencia a la unidad productiva y la necesidad de que su relación laboral continúe en la empresa cedente (sea en pleitos individuales de reconocimiento de derecho o bien, si se cuenta con sujeto legitimado colectivamente para interponerlos, a través de conflictos colectivos). Esta nueva redacción que proponemos consistiría en introducir un apartado (e) del artículo 44.6 del ET que sentaría las bases para poder evitar situaciones fraudulentas en las que empleados no adscritos al servicio o a la unidad productiva sean adheridos a ella artificiosamente para conseguir desprenderse de ellos, o también que empleados que no pertenezcan verdaderamente a ese servicio o unidad productiva sean “cargados” a cuenta del cesionario.

Este nuevo apartado (e) artículo 44.6 ET ampliaría, por tanto, la obligación de informar “tanto a los representantes de los trabajadores, como a los trabajadores individualmente, así como a la potencial empresa cesionaria con la suficiente antelación” acerca de “los trabajadores adscritos a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma que se transmite, el porcentaje de adscripción a la misma y la documentación que acredite ese porcentaje de adscripción”. Además, su incumplimiento debiera prever dos consecuencias: (i) en caso de falta de transmisión de información en este punto, una presunción *iuris tantum* de que los empleados respecto de los que no se proporciona suficiente información no se encuentran adscritos a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva que se transmite; y (ii) la aplicación de la correspondiente multa por incumplimiento de este precepto en materia de información.

Respecto de la segunda cuestión, viene relacionada con la primera, en la medida en que incide, también en los derechos de información y consulta de los empleados en casos de transmisión de empresa.

Como se ha venido exponiendo, está constatado que la transmisión de acciones (*share deal*) viene predominando en el tráfico jurídico sobre la transmisión de activos (*asset deal*) para acometer los traspasos de empresa. Ocurre que el esquema de la toma de control accionarial, que está más allá del alcance de la sucesión de empresa porque no activa esta figura al no producirse el elemento subjetivo, no puede calificarse como una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE. Por ello, no le aplican los artículos 44.6 a 44.8 ET, los deberes de información y, en ese marco, como se ha expuesto, puede que los empleados de las empresas que se han transmitido por la vía del cambio de accionariado necesiten un refuerzo en sus derechos de información y consulta (por ejemplo, para valorar los despidos que se produzcan por razones de ese cambio de control accionarial, justo antes de la transmisión y realizar un control del fraude).

Pues bien, habida cuenta de que la manera más empleada para transmitir empresas en el tráfico jurídico es la compraventa de acciones en lugar de la compraventa de activos, y ello no comporta una sucesión de empresa, entendemos que sería positivo reforzar este derecho para esos casos. Así, podría preverse que la información de los artículos 44.6 a 44.8 del ET se proporcionase también en caso de transmisiones de acciones o participaciones sociales de la totalidad de una sociedad, que impliquen, de

facto, la práctica transmisión de la empresa por vía de compraventa de acciones en lugar de por compraventa de activos. Con esta medida, se mejoraría la seguridad jurídica de ese tipo de operaciones, manteniéndolas extramuros de la sucesión de empresa, dado que al no producirse cambio de titular empresarial (elemento subjetivo) no les puede ser aplicable la maquinaria subrogatoria del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE. En este punto, nuestra sugerencia consistiría en incluir un nuevo artículo 44.8 bis que contemplara que *“las obligaciones de información y consulta de los artículos 44.6 a 44.8 del ET se extenderán a los supuestos de toma de control accionarial del 100 % de una sociedad”*.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RESULTADOS

“Los negocios sobre transmisión de activos intangibles serán, sin duda, el siguiente escenario en el que la aplicación del art. 44 ET mida su eficacia”⁶³⁶

1. RESUMEN DE LA TESIS: RETOS PLANTEADOS EN ESTE TRABAJO Y OBJETIVOS ALCANZADOS

El objetivo aquí pretendido ha consistido en efectuar un análisis del concepto de empresa como objeto de transmisión para determinar si se está ante una nueva fase evolutiva en la que, en el marco de la cuarta revolución industrial en cuyos albores estamos, es planteable concluir que un negocio, hoy en día, puede sustentarse de manera esencial en elementos intangibles como la clientela, las aplicaciones o los algoritmos. Se ha alcanzado una respuesta positiva a esta cuestión en el capítulo 1.

A partir de aquí, la meta planteada ha consistido en, partiendo del axioma anterior, visitar las categorías esenciales del concepto de sucesión de empresa para proceder a la necesaria actualización que impone esa nueva realidad empresarial, lo que conduce a la necesidad de conseguir mayor seguridad jurídica para lo que se propone (i) una actualización de los criterios jurisprudenciales empleados por los órganos jurisdiccionales; así como (ii) unas propuestas legislativas, aunque conscientemente plantadas como mínimas, imprescindibles para evitar efectos indeseados que ya se están produciendo en la práctica y que se acrecientan como consecuencia de la ingravidez de la empresa (muy señaladamente, el problema de la determinación de la adscripción de los trabajadores a la unidad productiva que se trata en el capítulo 5 y que constituye una de las aportaciones más relevantes que, humildemente, se pretenden conseguir como resultado de este trabajo).

Así, en esa necesaria actualización que demanda la trayectoria del concepto de empresa como objeto transmisivo, el capítulo 2 ha analizado el concepto de transmisión de empresa observando que el conflicto latente entre la libertad de empresa del artículo 38 CE y la necesidad de protección de los trabajadores y la continuidad de sus relaciones laborales (la “zozobra” de los trabajadores respecto de la continuidad sus empleos ante los vaivenes del tráfico empresarial que ya se apuntaba a mitad del siglo XX) sigue más vigente que nunca. En ese marco, se ha advertido que el modo preferido para transmitir negocios resulta ser la compraventa de acciones (o *share deal*) frente a la compraventa de activos (o *asset deal*), lo que provoca que el modo más usual de transmisión empresarial se encuentre extramuros de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET dado que con la adquisición de accionariado no se cumple el elemento subjetivo consistente en la concurrencia de un cambio de titular empresarial. Por esta razón, en el capítulo 5, también se propondrá una mejora en los derechos de información y consulta de los trabajadores que les permita corroborar que no se producen extinciones o modificaciones con ocasión de la adquisición (y, por tanto, que pudieran considerarse fraudulentas).

Igualmente, la puesta al día respecto de aquello que debe entenderse como transmisión empresarial afecta singularmente a la sucesión de empresa legal o clásica, la prevista en el artículo 44 ET y la

⁶³⁶ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *op. cit.*

Directiva 2001/23/CE. Por eso, en el capítulo 3 se profundiza en la necesaria renovación de la doctrina jurisprudencial de la sucesión de empresa legal. Así, por una parte, se concluye la necesidad de asumir un quebranto del binomio clásico entre empresas que descansan en la industria y empresas que descansan en la plantilla, para añadir una innovación hacia un sistema en el que el análisis se abra a una tríada que contemple la posibilidad de que la empresa se sustente en algo intangible o inmaterial (pudiendo ser una aplicación, un algoritmo o incluso la clientela). Además, por otra parte, se propone modernizar el canon jurisprudencial del “conjunto de elementos” que determinan la existencia de una sucesión de empresa, renovándolo con los nuevos caminos que apunta, por ejemplo, el TJUE en su doctrina *Dodic*, acerca de la transmisión de la clientela que, en determinados casos, podría ser configuradora de una sucesión legal de empresa. O nuevos caminos que sugiere, asimismo, en su doctrina *Grafe/Pohle*, en la que se advierte que en actividades materializadas, la ausencia de transmisión de activos tangibles puede no evitar la sucesión de empresa si esos activos no se transmiten por estar obsoletos como consecuencia de la imposición de requisitos ambientales, técnicos o jurídicos que lo impiden (de modo que carecen de valor) y, en consecuencia, es posible que al analizar el conjunto de elementos, igualmente exista una sucesión de empresa si el resto de factores abogan por esa conclusión pese a la falta de presencia de la transmisión de activos obsoletos. Doctrina, esta última, potencialmente muy relevante en la futura transmisión de negocios basados en tangibles obsoletos y contaminantes, por tanto, alineada con la sostenibilidad en la producción que defiende la ONU en los objetivos de desarrollo sostenible (también conocidos como ODS).

La investigación, prosigue deduciendo que la evolución del concepto empresarial también ha incidido en la sucesión convencional que aporta la negociación colectiva. Tal y como se analiza en el capítulo 4, esta metamorfosis de la noción de empresa objeto ha alcanzado a la propia lógica del sistema de fuentes de la sucesión de empresa. Y ello porque la antigua sucesión convencional, de efectos limitados, ahora, en la medida en que puede provocar una sucesión de plantillas, puede tornarse en una sucesión legal de empresa de efectos plenos (como consecuencia de la doctrina *Somoza Hermo*). La resolución que se alcanza aquí va encaminada a la acción reguladora de la negociación colectiva, que es un instrumento que puede aportar certeza y seguridad jurídica en el ámbito que le es propio. Y, en este punto, si la negociación colectiva tuvo que cubrir y proporcionar una segunda red de seguridad para el cambio de adjudicataria de servicios en actividades basadas en la plantilla, menos evidente y más etérea que la actividad basada en el elemento material, más aún debería tejer esa segunda red en las actividades inmaterializadas hacia las que se está avanzando. No obstante, una breve comprobación del mapa actual de la negociación colectiva revela que muy pocos convenios involucrados en las actividades basadas esencialmente en los elementos inmateriales prevén la subrogación convencional, por lo que se identifica esta como una posible área de avance. Por último, se plantea también la corrección de algunos efectos no queridos que produce la doctrina *Somoza Hermo*, y que podrían enmendarse si los propios convenios determinan que no se activa la sucesión convencional en caso de que la última adjudicataria arrastre deudas laborales y de seguridad social, o bien, en un plano más ambicioso, se propone la reforma del artículo 44.3 ET en el sentido de limitar la responsabilidad solidaria a los supuestos de sucesión legal clásica por transmisión de industria o bien al menos dejar claro que no aplique en los casos de sucesión de plantilla que se produjese como consecuencia del cumplimiento de la obligación de subrogación convencional.

Por último, a la vista de la transición de la idea de empresa como objeto de transmisión, el capítulo 5 cristaliza en las propuestas concretas de modificación legislativa que se plantean y que, en esencia, gravitan en torno a (i) una mejora de las obligaciones de información del artículo 44.6 a 44.8 del ET de

modo que se especifique y acredite la adscripción de los trabajadores a la unidad productiva; y (ii) la necesidad de reforzar los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores (y, en su defecto, de los trabajadores) en los supuestos de transmisión de empresa que se implementan vía compraventa de acciones, en lugar de vía compraventa de activos, pues ello reforzará la evitación del fraude (por ejemplo, en casos de acometer despidos o modificaciones sustanciales por razón de esa transmisión justo antes de que se produzca la compraventa de acciones).

A continuación se desgranar con mayor detalle las conclusiones y resultados alcanzados (que en este apartado se han resumido de manera sumarisima).

2. LA METAMORFOSIS DE LA NOCIÓN DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN SE ENCUENTRA EN UNA NUEVA FASE EN LA QUE UN NEGOCIO PUEDE BASARSE ESENCIALMENTE EN ACTIVOS INTANGIBLES Y LA JURISPRUDENCIA ESTÁ EMPEZANDO A ADAPTARSE A ESTOS CAMBIOS

(a) La empresa como objeto de transmisión, pasó de un negocio de producción basado en los elementos tangibles a un negocio de servicios basado en las plantillas y el factor humano. Su siguiente fase consiste en un negocio basado en activos intangibles o inmateriales (aplicaciones, algoritmos, clientela)

Este estudio ha alcanzado una primera resolución que fija su punto de partida: el estudio de la transmisión de empresa requiere analizar la empresa como objeto de transmisión, y este es un concepto en constante y permanente evolución que ha transitado desde la noción de empresa basada en la absoluta materialidad (empresa productora de bienes basada en maquinaria, elementos tangibles y líneas de producción) hasta la relevancia del factor humano (empresa prestadora de servicios basada en las plantillas). En ese tránsito, se advierte ahora un siguiente nivel de evolución en la que la irrupción de los activos intangibles provoca que una actividad económica pueda basarse de manera esencial en esos elementos no corpóreos.

(b) La evolución histórica revela esa evolución de la empresa-objeto de transmisión, lo que aparece en los textos legales que la regulan, en la jurisprudencia que la interpreta e, incluso, en el plano léxico (de industria a empresa)

Para poder analizar la sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la Directiva 2001/32 CE, es indispensable considerar su vertiente como objeto de transmisión, y el análisis desde la perspectiva histórica revela cómo las modulaciones económicas de la figura han afectado a su concepción en el plano jurídico. La investigación realizada ha puesto de manifiesto, asimismo, que las distintas evoluciones que ha experimentado el concepto empresarial como objeto de transmisión han quedado patentes tanto en los textos legales como en los criterios jurisprudenciales y en el propio léxico empleado para referirnos a la figura (inicialmente *industria*; posteriormente, *empresa*).

(c) La empresa-objeto de transmisión, en una primera etapa la “industria” productora de bienes se basa en los activos corpóreos

Así, puede concluirse que existe una primera etapa en la que el concepto empresarial tiene como elemento central los activos tangibles. Desde el nacimiento del derecho del trabajo en la revolución industrial, el concepto de empresa está eminentemente formado por la maquinaria, las naves, la fábrica, la industria. Su cometido es la producción de bienes en un contexto fabril. Tanto es así que el propio léxico acoge esa concepción. Incluso los primeros textos legales centroeuropeos utilizan esa expresión (“reglamentos fabriles” o “*Gewerbeordnung*”). En España, desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, se hará referencia a la transmisión de la *industria*, y este concepto predominará en la normativa hasta prácticamente la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980. La jurisprudencia en esta primera etapa se concentrará en la transmisión de los activos tangibles, teniendo que ofrecer, incluso, aclaración para diferenciar los conceptos de empresa, industria y fábrica debido a su cercanía conceptual⁶³⁷.

La evolución de la empresa industrial proseguirá y experimentará un importante cambio con la introducción de nuevos métodos de producción, como son el *fordismo* y el *taylorismo*, si bien desde la perspectiva de la empresa como objeto de transmisión proseguirá la centralidad del activo tangible entre los elementos definidores del negocio. Así la fábrica, la maquinaria, la cadena de montaje son los activos esenciales para definir lo que se entiende por empresa como objeto transmisor, sin perjuicio de que en ese momento sean relevantes esos nuevos métodos de organización empresarial *fordistas* y *tayloristas*. Por supuesto, existen activos intangibles en ese contexto histórico: la marca, la clientela, la “buena fama”, los procesos de producción, pero no alcanzan todavía la entidad suficiente para poder constituir, de manera aislada y por sí mismos, una empresa a efectos transmisivos. Máxime cuando se está inmerso en un patrón industrial. Por ello resulta reseñable el hecho de que, ya en un momento en el que el negocio reside claramente en los elementos físicos, se tome en consideración el valor (entonces proporcionalmente reducido) de la intangibilidad.

(d) La sociedad posindustrial provocará la evolución a un concepto de “empresa” prestadora de servicios más basado en el factor humano y que provoca la proliferación de empresas en red

Distinto será el escenario desde el momento en que se avanza hacia la sociedad posindustrial. Aquí, se observa que diversos factores, como la tercerización de la actividad, el cambio de enfoque de una empresa productora a una empresa prestadora de servicios, necesitada de menos y distintos activos materiales, afectarán lo que debe entenderse por empresa como objeto de transmisión. También la evolución de la segmentación y especialización del trabajo propia del *taylorismo* a la externalización de actividades a terceras empresas (primero de actividades no esenciales, pero, posteriormente, de partes del proceso productivo esencial) propiciarán la aparición de nuevas estructuras empresariales y de las empresas en red. El propio proceso de creación de esas redes empresariales entrañará, en ocasiones, la existencia de transmisión de empresa. Igualmente, la subcontratación, que es otro fenómeno asociado a las redes empresariales, también provocará que puedan producirse transmisiones de empresa al

⁶³⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil de 4 de febrero de 1953.

cambiar la adjudicación de la prestación de determinados servicios, o también a la necesidad de subrogar por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo.

(e) La jurisprudencia hubo de adaptarse a esa actualización de la noción empresarial (doctrina del TJUE en el asunto Sützen)

Se puede concluir, asimismo, que, en el contexto de este cambio de paradigma, se produce también un cambio en el concepto legal de empresa a efectos de transmisión. Podríamos convenir en que se trata de una segunda etapa que se inicia desde la Ley de Relaciones Laborales de 1977, momento en que ya no se empleará el término *industria*, sino el más amplio concepto de *empresa*, con una carga semántica menos dependiente del elemento fabril y tangible. Más allá de esa significativa huella, lo verdaderamente relevante es el cambio que va a empezar a experimentar la jurisprudencia al considerar la empresa no tanto algo configurado por elementos puramente materiales, sino como un concepto más amplio y ensanchado en el que debe valorarse un conjunto de elementos y verificar cuál es la actividad de la que se trata, porque ello dará un distinto peso específico a cada uno de esos elementos, y la transmisión de ese elemento relevante podrá determinar que se ha transmitido un negocio. Así claramente ocurre con la revolución que supone la doctrina de la sucesión en la plantilla que estableció el TJUE en la doctrina *Sützen* en 1997⁶³⁸ y que consideró que el factor humano era la esencia de la empresa, de modo que su transmisión provocaba la activación de la normativa sucesoria. En la sociedad posindustrial y prestadora de servicios, un grupo de empleados relevante en término de número y competencias podría ser considerado como un negocio a efectos de transmisión.

(f) El siguiente paso del proceso evolutivo lo protagoniza la empresa ingrávida que puede actuar sin elementos tangibles, pues los elementos inmateriales comienzan a ser la clave

Por último, se ha concluido que estamos ahora en el siguiente paso de la evolución o en el inicio de una nueva etapa. La empresa en la sociedad posindustrial se ha tornado *ingrávida* y puede actuar sin necesidad de elementos tangibles relevantes. La doctrina judicial se va adaptando a estos nuevos cambios. Surgen pronunciamientos judiciales en los que la inmaterialidad puede resultar la viga maestra de la empresa. Algunos pronunciamientos del TJUE muestran que una empresa puede resumirse en el activo intangible de la clientela y que su transmisión conlleve la transmisión de una empresa a efectos sucesorios, porque el resto de la actividad de gestión de carteras no conlleve la involucración de otro tipo de activos que sean esenciales y no accesorios (como ocurre en la doctrina *Dodic*⁶³⁹). Otros precedentes judiciales han mostrado que determinadas actividades, como la de agencias de viajes, descansan esencialmente en los elementos intangibles, las licencias, el *software*, el producto y el crédito de los proveedores, luego su falta de transmisión, pese a haberse recibido locales, mobiliario y algunos

⁶³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, *Sützen* (TJCE 1997, 45).

⁶³⁹ TJUE de 8 de mayo de 2019, C-194/18, asunto *Dodic*.

trabajadores, enerva la existencia de una transmisión de negocio empresarial que pueda activar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Estamos en los albores de la cuarta revolución industrial, en la que una explosión de nuevos elementos intangibles de enorme relevancia están volviendo a delimitar y redefinir los contornos de lo que debe entenderse por una empresa transmisible. Los datos, los algoritmos, las *apps*, la intangibilidad en general está viviendo un momento álgido en el que el objeto de la empresa es más prestador de servicios que nunca. Los activos intangibles son lo que imperan en un nuevo modelo en el que, en lugar de comprar un cd, un vinilo o una cinta de VHS, se recibe el servicio de escuchar una canción o ver una serie o una película en una plataforma, por lo que la materialidad está de más. Las puestos de mayor valor en los *rankings* empresariales mundiales se van copando paulatinamente por empresas tecnológicas cuya actividad requiere de pocos elementos tangibles (e incluso humanos) y de mucha tecnología inmaterial.

Por todo ello, esta revolución de lo que debe entenderse como una empresa como objeto de transmisión y de sus activos esenciales requiere también una nueva visión de la sucesión de empresa que conlleve la actualización de criterios interpretativos jurisprudenciales a los nuevos tiempos.

3. EL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA TAMBIÉN SE ENCUENTRA ENORMEMENTE TENSIONADO COMO CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS EXPERIMENTADOS POR LO QUE PRECISA DE ALGUNAS ADAPTACIONES, ALGUNAS DE LAS CUALES HAN EMPEZADO A SUGERIRSE POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA (SEÑALADAMENTE, DEL TJUE)

(a) La clásica contraposición de intereses (libertad de empresa vs. continuidad en las relaciones laborales) sigue plenamente vigente pese a la evolución del concepto de empresa-objeto

El estudio prosigue alcanzado una segunda conclusión, en este caso sobre la noción de sucesión de empresa. Pese a la evolución de la empresa como objeto de transmisión, permanece inalterada la necesidad de contar con un sistema que siga resolviendo los dos intereses contrapuestos que subyacen a la sucesión de empresa: la libertad de empresa del artículo 38 CE y la continuidad de los contratos de trabajo de los empleados adscritos a la unidad productiva. Esto se produce a través de un sistema de fuentes de la sucesión de empresa, que son la sucesión legal de empresa (evolucionada a la sucesión legal de plantillas), la sucesión por orden de los convenios colectivos y la sucesión al amparo de los pliegos. Extraña, no obstante, que uno de los medios más utilizados en el tráfico jurídico actual, como es la compraventa de participaciones o acciones de la sociedad, quede fuera del régimen jurídico de la sucesión de empresa.

Por tanto, puede convenirse que, en la medida en que la industria, empresa o negocio puede enajenarse y trasladarse a terceros, se precisa un sistema que dé cobertura a los empleados afectos. La misma necesidad se comparte tanto en el momento en que la empresa tenía rasgos típicamente industriales basados en la tangibilidad (y se regulaba en el artículo 79 LCT) como en la actualidad, en la que la empresa prestadora de servicios puede basarse en la plantilla o en los activos intangibles, como la clientela. La regulación que concilie dos líneas generales de intereses socioeconómicos contrapuestos es lo que da sentido a la figura, acogiendo, por un lado, el interés empresarial de asegurar una libertad

de empresa (reconocida en el artículo 38 CE), la conservación de la empresa y la movilidad del capital y los empleados; por otro, tutelando el imprescindible respeto a los principios de estabilidad e inamovilidad en el empleo que defiende la parte social.

En este punto puede concluirse que la génesis de la norma, esto es, la “*incertidumbre angustia y zozobra que todo trabajador habría de tener, al saber que sus relaciones de trabajo estaban pendientes de tales transacciones* [transmisiones de empresa]” que identificaba la doctrina en 1945 al comentar la LCT⁶⁴⁰, sigue siendo un interés necesitado de tutela con plena vigencia casi ochenta años después. Y que el negocio, sea una *industria* basada en maquinaria y fábricas o una *empresa* del siglo XXI cuyo pilar fundamental lo constituya un elemento intangible, debe ser disociado de “*los vaivenes de que es objeto (...) al estar sujeto a la contratación privada*”. Por consiguiente, tanto en una transmisión de un patrimonio industrial de principios del siglo XX como en el de una empresa centrada en los intangibles en el siglo XXI, hay que asegurar que su transmisión no extinga, no altere, las relaciones de trabajo del personal afecto al mismo, que continuará en los mismos términos con aquel que lo adquiriera.

(b) La sucesión de empresa se prevé en un complejo sistema de fuentes actualmente tensionado por la propia evolución de la noción de empresa como objeto de transmisión

El conflicto lo resuelve la normativa sucesoria (artículo 44 ET que transpone la Directiva 2001/23/CE), que encuentra el equilibrio en ese choque de intereses instaurando la sucesión legal de empresa que prevé que (i) el cambio de titular de esa industria no extinguirá las relaciones laborales que serán subrogadas en sus mismos términos por el adquirente o cesionario, quien además; (ii) será solidariamente responsable, durante tres años desde la transmisión, de las obligaciones laborales y de seguridad social (incluyendo compromisos por pensiones) nacidas con anterioridad al traspaso y pendientes de satisfacer —obligación adicional no prevista en la Directiva 2001/23/CE y propia del régimen jurídico español—. El sistema se completa con al menos otras tres fuentes principales, que son (i) la interpretación judicial extensiva que comporta la doctrina de la sucesión de la plantilla, extendiendo la figura de la sucesión legal a aquellos negocios que descansan de manera esencial en el capital humano; (ii) la sucesión impuesta por la negociación colectiva, que juega el papel de ser la segunda red cuando no existe una sucesión de empresa legal, pero que puede (en actividades que descansan de manera central en los empleados, cuya transmisión implica cesión de un negocio) tornarse en un supuesto de sucesión legal de empresa según ha reinterpretado el TJUE con la doctrina *Somoza*; y (iii) la sucesión impuesta por los pliegos de condiciones en el sector privado.

En este marco del sistema de fuentes de la sucesión de empresa, se ha realizado una profunda reflexión acerca de cómo el cambio en el concepto de empresa objeto de transmisión afecta al concepto de sucesión de empresa, pues, como advirtió con clarividencia la doctrina, ambas cuestiones están

⁶⁴⁰ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, op. cit., pág. 243.

interrelacionadas, dado que lo que hay que entender por empresa “*sólo podrá saberse con una relativa certeza después y al mismo tiempo que se examine qué debe entenderse por cambio de titularidad*”⁶⁴¹.

La evolución conceptual del concepto va a tensionar cuestiones clásicas como el elemento subjetivo de la sucesión de empresa (qué ocurre con este elemento cuando estamos ante compraventas de acciones) o con los propios efectos de la sucesión convencional (que pasan, de ser limitados a ser plenos de acuerdo con la doctrina *Somoza Hermo*).

(c) *Pese a que la compraventa de acciones sea la vía más utilizada para transmitir empresas, no configura un supuesto de sucesión empresarial por no cumplirse el elemento subjetivo*

Existe un punto en el concepto de sucesión de empresa que también permanece inalterado pese a las modulaciones que experimenta la figura de la empresa como objeto de transmisión. Para que entre en juego la maquinaria sucesoria, conceptualmente es necesario que haya un cambio de titular empresarial, de la persona jurídica que emplea a los trabajadores y que es titular del negocio, de modo que tengamos una modificación de este sujeto y que un empresario cedente dé paso a un empresario cesionario (elemento subjetivo). Por el momento, el criterio no se ha visto modificado (y, creemos que no debe modificarse) y las transmisiones de acciones de una empresa, incluso en bloque, y el cambio de control de las sociedades mercantiles por la vía del accionariado no constituyen un supuesto de sucesión de empresa ni activan el régimen jurídico del 44 ET.

No obstante lo anterior, se concluye que en absoluto cuadra esta práctica (el uso prioritario de la compraventa de acciones para transmitir empresas) con la nueva configuración del concepto empresarial. En ella, la generación de redes de empresas, de las que frecuentemente se toma control vía accionarial, y el auge de actividad de los fondos de inversión y *private equity*, han encontrado la vía posiblemente más habitual de realizar las transacciones en las compraventas de accionariado. Desde luego, cuanto menos, podría decirse que el *share deal* es una alternativa clara al *asset deal* al planificar estas operaciones, y la activación del régimen subrogatorio es algo que puede incidir en la toma de decisión de optar por un esquema u otro (pues si se produce una compraventa de activos, se activará la sucesión de empresa y si se plantea la operación como una compraventa de acciones, esto no sucederá).

Se ha constatado que la doctrina científica ha sido muy crítica ante esa falta de inclusión de la compraventa de acciones en el sistema de la sucesión de empresa, al entender que se excluye “*el modo más importante de llevar a cabo el cambio de propiedad de una empresa en nuestro sistema jurídico mercantil*”⁶⁴². Y aun cuando se reconoce que jurídicamente es claro que es preciso un cambio de titular empresarial para activar el régimen sucesorio, pues el argumento es impecable desde el punto de vista formal (se necesita un elemento subjetivo), se critica por la doctrina con firmeza que en estos casos la persona jurídica actúa “*como una suerte de barrera que impide captar un verdadero cambio de poder y de titularidad sobre la empresa y que en consecuencia, impide aplicar a estos supuestos la normativa laboral*”⁶⁴³. Se comparte que esas dudas planteadas sobre el sistema podrían tener su sentido pero, por otra parte, no albergamos duda alguna en que la compraventa de acciones no puede activar la sucesión

⁶⁴¹ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., pág. 9.

⁶⁴² PRASSL, Jeremias: *The concept of employer*, op. cit., pág. 104.

⁶⁴³ PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, op. cit., pág. 40.

de empresa por falta de concurrencia del elemento subjetivo. De hecho, la Comisión Europea, en su Informe número 46, se ha planteado la cuestión señalando que la compraventa de acciones no puede constituir una sucesión de empresa “*porque la personalidad jurídica del empleador continúa inalterada*”.

Además, consideramos que debe oponerse a los partidarios de considerar la compraventa de acciones como una sucesión de empresa que conviene sopesar que no es lo mismo una transmisión en bloque de acciones que una adquisición capital minoritaria en la empresa. En todo caso, resulta claro, a nuestro modo de ver, que si se entra en una empresa por la vía del accionariado, ya se asumen las obligaciones laborales de seguridad social y resto de responsabilidades, pues quedan inalteradas, igual que las relaciones laborales permanecen intactas, precisamente porque no hay un cambio de titular empresarial, todo sigue igual. Cuestión distinta es que convenga plantearse un nuevo régimen jurídico para estos casos, de modo que los derechos de información y consulta permitan a los representantes de los trabajadores el control de situaciones de despidos y modificaciones fraudulentas que pueden darse en el contexto de esa compraventa accionarial que se ha preferido al cambio de titular empresarial activador del artículo 44 ET y de las obligaciones del artículo 44.6 a 8 del ET.

(d) La corrección necesaria en los casos de transmisión de la totalidad del accionariado, consiste en el refuerzo de los derechos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, para evitar las situaciones de fraude

En este contexto, alcanzamos la conclusión de que, por su naturaleza, una compraventa de acciones no desencadena el elemento subjetivo de la transmisión de empresa y debe quedar excluido del sistema. Otra cosa es que, en el capítulo 5, se plantee una posible línea para cuadrar el círculo —respetando que el cambio de accionariado no constituye un cambio de titular empresarial, pero que puede ser merecedor de alguna protección adicional—. En concreto, se trataría de incluir medidas de protección de los trabajadores para cambios de control relevantes en los accionariados por la vía de la mejora de los derechos de información y consulta de los empleados. Como se ha dicho, el refuerzo en los derechos de información y consulta de los empleados en caso de transmisión de la empresa por compraventa de la totalidad del capital social podría contribuir a evitar maniobras fraudulentas (por ejemplo, la implementación de despidos o modificación de condiciones justo antes del cambio de control accionarial de la empresa).

(e) El TJUE está contribuyendo de manera decisiva a la modulación de los criterios interpretativos de aquello que debe entenderse por una sucesión de empresa. Lo hizo para adaptarse a la empresa prestadora de servicios en la sociedad posindustrial más intensiva en mano de obra (Doctrina Sützen) y ha encaminado el siguiente paso del proceso para las actividades de la empresa ingravida, intensivas en elementos intangibles y clientela (Doctrina Dodic), matizando el impacto de la falta de transmisión de activos materiales obsoletos (Doctrina Grafe/Pohle)

Debe concluirse también que la evolución del concepto de empresa está afectando al concepto de sucesión de empresa en el ámbito jurisprudencial. Es preciso aludir al indispensable papel que está jugando el TJUE en materia de transmisión de empresa con una contribución que está siendo decisiva,

no solo porque su jurisprudencia es de obligado cumplimiento y por el efecto del principio de interpretación conforme con la doctrina comunitaria, sino también porque el TJUE está jugando un papel innovador al entender la evolución del concepto de empresa y modificar su doctrina para adecuarlo a las nuevas modulaciones e identidades de lo que debe entenderse por negocio. Así, lo hizo de manera decisiva al redibujar lo que debe entenderse como empresa objeto de transmisión en una sociedad posindustrial y prestadora de servicios que dependen de la plantilla (con la introducción de la doctrina de la sucesión en la plantilla y la doctrina *Süzen*). Y, actualmente, prosigue su labor perfilando el concepto al considerar que una empresa puede descansar en activos intangibles como la clientela (Doctrina *Dodic*) o redimensionando el papel de los elementos tangibles cuando puede afectarles la obsolescencia y dejar de ser decisivos (Doctrina *Grafe/Pohle*). Pues bien, siendo este papel decisivo en la confección de aquello que debe entenderse por empresa, conviene también advertir que las interpretaciones del TJUE han afectado incluso a las fuentes que generan la obligación de subrogación, las fuentes de la sucesión de empresa. Y ello como consecuencia de la doctrina *Somoza Hermo*, en la que ha redefinido en parte el sistema de fuentes de la sucesión de empresa, porque la sucesión convencional, anteriormente considerada por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como una sucesión con efectos y alcance limitado, puede ahora activar y transformarse en un supuesto de sucesión legal cuando por cumplimiento de la sucesión convencional se asume un número de empleados que en términos de número y competencias constituyen un negocio basado en la mano de obra. Por tanto, también desde esta perspectiva, la modulación y actualización del concepto de empresa ha llevado al TJUE a redefinir las consecuencias jurídicas que una de sus modalidades (la sucesión convencional) desencadena.

4. LA SUCESIÓN DE EMPRESA POR IMPERIO DE LA LEY ES LA MÁS AFECTADA POR LAS TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO EMPRESARIAL, LO QUE REQUIERE DE UNOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS ACTUALIZADOS QUE APORTEN MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA

(a) La jurisprudencia deberá realizar el siguiente paso en su actualización e ir adaptándose a la nueva realidad de la cuarta revolución industrial en la que la empresa puede basarse en activos intangibles

La tercera conclusión que se alcanza en este trabajo se refiere a la noción de sucesión legal de empresas o sucesión “clásica”: la prevista en el artículo 44 del ET y la Directiva 2001/23 CE. Se ha puesto de manifiesto como la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión conllevó un cambio decisivo en la jurisprudencia del TJUE y, posteriormente, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Se migró de la idea de que la empresa se basaba en los activos tangibles (propia de la sociedad industrial) al evolucionado concepto de que un negocio de la sociedad posindustrial, más centrado en la prestación de servicios, puede asentarse de manera esencial en las personas que lo llevan a cabo, de modo que si se transmite una parte relevante de esas personas en términos de número y competencias, se transmite el negocio (doctrina del TJUE en los asuntos *Süzen* y, previamente, *Schmidt*).

El siguiente paso en este proceso evolutivo consiste en bascular de la sociedad posindustrial a la empresa ingrávida en los albores de la cuarta revolución industrial. En el mundo en que vivimos, la noción de negocio progresa hasta basarse en algo todavía más etéreo que la prestación de servicios basada en

el factor humano, pues entra ahora en juego la tecnología y la inmaterialidad como piedra angular del negocio.

(b) El TJUE, mediante el binomio Dodic-Grafe/Pohle marca el inicio de la línea jurisprudencial a seguir para alinear la nueva tipología de negocios con la sucesión legal de empresa

Si en ese futuro en el que nos estamos adentrando ya se comprueba que aquello intangible y tecnológico es la base del negocio, será preciso concluir que la jurisprudencia deberá realizar el siguiente paso en su actualización e ir adaptándose a esa nueva realidad, incorporando una nueva modulación a ese concepto de sucesión empresarial. Así lo ha apuntado claramente el TJUE en las doctrinas recientes en las que se señalan cuestiones de enorme calado para este análisis. Cuestiones tales como que una actividad pueda descansar esencialmente en la clientela (doctrina *Dodic*) o que la falta de transmisión de los activos tangibles obsoletos (por imposiciones técnicas, jurídicas o medioambientales externas), aun cuando la actividad requiere de esos elementos materiales importantes, no enerva la sucesión de empresa si concurren de manera relevante el resto del “conjunto de elementos” (doctrina *Grafe/Pohle*). La jurisprudencia española poco a poco va recibiendo estas ideas innovadoras y de vanguardia. El binomio *Dodic-Grafe/Pohle* implica una nueva era para la sucesión de empresa legal en la que hay que replantearse antiguos criterios y adaptarse a las nuevas formas de actividad empresarial, siempre con prudencia y atendiendo al necesario casuismo que requiere el análisis judicial de la sucesión de empresa (como se expone en el capítulo 3 con detalle y se referirá someramente a continuación).

(c) Los nuevos criterios interpretativos deben considerar que, si la actividad descansa en elementos intangibles esenciales no accesorios, que son la esencia del negocio y que son transmitidos, se deberá declarar la existencia de sucesión de empresa

Respecto del primer elemento disruptor —la tecnología y la inmaterialidad— conviene concluir que los pronunciamientos judiciales españoles ya se han hecho eco de la relevancia de los elementos inmateriales y cómo tienen la virtualidad de poner patas arriba las instituciones clásicas del derecho del trabajo. Aunque esto todavía no aparece con tanta intensidad en el plano de la sucesión de empresa, sí se ha advertido en la doctrina del Tribunal Supremo en el caso *Glovo*⁶⁴⁴ y se acoge de nuevo en el caso *Amazon Flex*⁶⁴⁵. Ambos centrados en la idea de que la puesta a disposición de una aplicación y algoritmos insertos en ella son capaces de revelar la existencia de dependencia y ajenidad en los frutos y en los bienes, de modo que es preciso categorizar a los *raiders* de Glovo o a los repartidores de paquetería de Amazon-Flex en el esquema de economía de plataformas en el que se contratan a trabajadores autónomos como personal laboral. Pero es que las propias acciones legislativas (como la

⁶⁴⁴ Sentencia 805/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020.

⁶⁴⁵ La Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid, de 2 de febrero de 2023, aplica la doctrina *Glovo* y sigue la línea de enseñar que esa misma importancia de una *app* y unos algoritmos para determinar la existencia de una relación laboral puede extrapolarse en el plano de la transmisión de empresas, precisamente para concluir que se ha transmitido el activo (en este caso inmaterial) esencial que encierra el negocio.

nueva Ley 28/2022, conocida como Ley de *Startups*⁶⁴⁶) se orientan en la misma línea e incluso aluden al concepto de “empresa de base tecnológica”. Estos signos apuntan vientos de cambio imparables que también terminarán por afectar a la sucesión de empresa, aplicando la relevancia de los elementos intangibles en términos similares a la que se le otorga para determinar la existencia de la relación laboral, *mutatis mutandis*, pues la *app* y el algoritmo parecen ser la clave y corazón del negocio (lo que habrá que analizar y acreditar caso por caso).

Este cambio de mentalidad consecuencia de las nuevas formas de negocio y empresa objeto de transmisión obliga, a nuestro entender, a alcanzar una primera conclusión acerca de la sucesión de empresa legal: es necesaria la introducción de nuevos criterios interpretativos jurisprudenciales que analicen la empresa objeto de transmisión (por supuesto, siempre con prudencia y caso por caso) desde esta nueva perspectiva, en la que aquello intangible e inmaterial puede ser lo preponderante. De este modo, si por sí mismo es esencialmente capaz de generar bienes y servicios, su transmisión puede desencadenar la existencia de sucesión de empresa. Por contra, su aportación por parte de la cesionaria la puede enervar.

(d) En sentido, contrario, si la actividad descansa en elementos intangibles esenciales no accesorios, que son la esencia del negocio y que son aportados por la cesionaria, se deberá declarar la inexistencia de sucesión de empresa

Esto último se ha demostrado en los supuestos de agencias de viajes, en los que, pese a la transmisión de oficinas y personal, se demuestra que la actividad no puede realizarse sin licencias, tecnología, producto y crédito del proveedor y que han supuesto un banco de pruebas de referencia en la que estas tesis han resistido⁶⁴⁷. Si lo esencial para el negocio es lo inmaterial y no lo recibe la cesionaria, sino que es ella la que lo aporta, no podrá existir sucesión de empresa.

(e) El análisis jurisprudencial para comprobar si existe sucesión deberá, a partir de ahora (i) previamente, verificar si la actividad descansa en (a) los medios materiales; (b) en la plantilla o (c) en los elementos inmateriales y en comprobar si se han transmitido; y (ii) verificar, en todo caso, si concurren el resto de rasgos que conlleva el “conjunto de elementos”

La segunda conclusión principal que se alcanza reside en recordar que ese análisis sobre la existencia de sucesión de empresa se compondrá, evidentemente, de dos fases. En primer lugar, se deberá determinar sobre qué activos esenciales descansa la industria (tradicionalmente, elementos patrimoniales vs. factor humano y, a partir de ahora, debiere contemplarse que la industria pueda descansar en el factor tecnológico-inmaterial). Pues bien, derivado de la irrupción de la tecnología, esa primera parte del análisis debe dejar de ser binaria, pues ya no solo estamos ante la dicotomía elementos materiales contra elementos personales. Se añaden también ahora los intangibles, inmateriales y tecnológicos-inmateriales. En segundo lugar, ello no descarta (sino que complementa) el imprescindible

⁶⁴⁶ Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento de las empresas emergentes.

⁶⁴⁷ Apartado 10.3 del capítulo 3.

análisis del conjunto de elementos que debe realizarse caso por caso al que tradicionalmente alude el TJUE desde la doctrina *Spijkers*⁶⁴⁸ y que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y la jurisdicción social al completo asumieron hace mucho como propio⁶⁴⁹. La novedad se encuentra en que, en el seno de ese análisis del conjunto de elementos, aunque se concluya previamente que la actividad no descansa esencialmente en la tecnología inmaterial, su concurrencia en la transmisión puede contribuir, cada vez más, a la declaración de sucesión de empresa. Es decir, cuando la actividad no descansa esencialmente en aquello inmaterial, pero este tenga una incidencia, su transmisión, sumada al conjunto de otros signos que pueden aparecer (transmisión de materiales, falta de interrupción del servicio, analogía de las actividades, transmisión de empleados o transmisión de clientela, etc.), puede facilitar la activación de la maquinaria subrogatoria por concurrencia de la sucesión legal de empresa⁶⁵⁰. Esto ya venía siendo así en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo, al valorar que no existía sucesión en la plantilla por no ser actividad que descansara esencialmente en la mano de obra, si bien a su vez se tenía en cuenta la transmisión de parte de los empleados como un signo más en el análisis del “conjunto de elementos”.

(f) Las doctrinas Dodic y Grafe/Pohle son, en estos momentos, las más determinantes para dilucidar si se está ante una sucesión de empresa legal o no

La tercera conclusión que se alcanza pivota sobre los dos últimos pronunciamientos del TJUE que consideramos más relevantes en materia de determinación de sucesión de empresa, y que marcan la línea clara de tendencia sobre esta figura, que va a ir asumiéndose paulatinamente por nuestra jurisdicción social. Se trata de dos ejes doctrinales esenciales. Por una parte, la doctrina *Dodic* (sobre la transmisión de clientela y elementos inmateriales) y, por otra, la doctrina *Grafe/Pohle* (sobre la irrelevancia de la falta de transmisión de medios materiales obsoletos).

(g) La doctrina Dodic posibilita que se declare una sucesión de empresa cuando el elemento esencial sea un activo intangible (en ese caso, la clientela, si bien podría concluirse que si la actividad se basa esencialmente en un algoritmo o una app, su transmisión provoque la sucesión de empresa)

A la doctrina *Dodic* se le ha llamado la doctrina de la “sucesión sin sucesión”, la que puede contestar afirmativamente a la pregunta de si “¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ STJUE de 18 de marzo de 1986, asunto C-24/85, *Spijkers*.

⁶⁴⁹ Por ejemplo, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 2997) y de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 106), entre muchas otras.

⁶⁵⁰ La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de noviembre de 2021 acoge la doctrina *Dodic* y destaca ese doble papel de la clientela o del activo inmaterial para determinar la sucesión de empresa (por un lado, en el seno del conjunto de signos o elementos, analizado conjuntamente con la transmisión de plantilla, tangibles, interrupción o analogía de la actividad y, por otro, por su potencia y peso específico que puede ser suficiente para desencadenar la sucesión).

⁶⁵¹ PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *op. cit.*

Debemos concluir que es un pronunciamiento crucial y que marca tendencia, porque muestra la vanguardia del camino actual de la jurisprudencia y, de hecho, nos atreveríamos a decir que podría constituir un hito similar al que un día supuso la doctrina *Süzen* para la sucesión de plantillas al adecuar el concepto de empresa transmisible al contexto de la sociedad posindustrial prestadora de servicios. *Dodic* tiene potencialidad para suponer la misma revolución, pero aplicada a la empresa ingravida en los albores de la cuarta revolución industrial, en la que el modelo de empresa puede asentarse sobre la inmaterialidad y, dentro de esta, está también, por supuesto, la clientela (que era el activo esencial en la transmisión de carteras masiva que se producía en *Dodic*). Aunque en ese caso se refiriese muy principalmente a la clientela (junto con instrumentos financieros y demás activos de los clientes que gestionaba, la contabilidad de títulos inmateriales de sus clientes y resto de servicios de inversión), el supuesto es relevante porque revela que el análisis de las situaciones de sucesión de empresa se va a centrar, cada vez más, en el tipo de medios inmateriales y su importancia para la continuidad del negocio. Y ello hasta el punto de que la transmisión de los elementos intangibles e inmateriales, si son lo esencial y decisivo para el negocio, puedan desencadenar la sucesión de empresa (como se ha planteado ya la doctrina científica, que ha concluido que la transmisión de algoritmos puede desencadenar una sucesión de empresa, como se expone en el capítulo 3). En ese marco, como se expone en el apartado 11.4, van proliferando los pronunciamientos en los que ya se empieza a aplicar la doctrina *Dodic*, tanto confirmando la transmisión de clientela⁶⁵² como su inexistencia⁶⁵³.

(h) La doctrina Grafe/Pohle (confirmada en el caso Acciona Agua) aporta un relevante criterio para la adquisición de negocios basados en elementos patrimoniales no sostenibles u obsoletos (por tanto, carentes de valor). La falta de transmisión de esos tangibles en actividades basadas en ese tipo de elementos, no implica automáticamente la inexistencia de sucesión de empresas sino que debe analizarse las circunstancias de esa falta de transmisión y si concurren el resto del “conjunto de elementos”.

En efecto, los cambios y modulaciones a los que se somete el concepto de empresa como objeto de transmisión también tienen incidencia en actividades intensivas en elementos tangibles. En concreto, algo está cambiando también en aquellas actividades fuertemente materializadas, en las que se atisba un inicio de cierta revolución en la jurisprudencia. Así la doctrina *Grafe/Pohle* va a forjar el criterio de que, aunque una actividad se encuentre basada en la materialidad, si esos activos tangibles se encuentran obsoletos, y, por tanto, existen obstáculos legales, medioambientales o técnicos relevantes para que sean adquiridos por la cesionaria, su falta de transmisión podría implicar que, en realidad, no tienen un valor económico decisivo y, por tanto, no enerva la existencia de sucesión de empresa.

El TJUE va a apartarse de su anterior doctrina (STJUE *Liikenne*), y lo va a hacer basándose en dos argumentos esenciales: (i) el conjunto de elementos que configuran la sucesión de empresa debe analizarse “no aisladamente”, sino considerando todos los elementos concurrentes y el distinto peso específico de cada uno de ellos, de hecho, si no se transmiten los elementos materiales, ello no puede

⁶⁵² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de enero de 2021 y de 8 de septiembre de 2020 o Andalucía de 18 de noviembre de 2021.

⁶⁵³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2021 o Galicia de 6 de marzo de 2018.

considerarse sin comprender y analizar su contexto de posible obsolescencia y consiguiente falta de valor; y (ii) la obsolescencia de los medios por “imperativos externos” sobre los elementos materiales (en este caso, los autobuses) puede provocar que su falta de transmisión no enerve la sucesión de empresa, porque los autobuses “*no son el único factor determinante de una transmisión de empresa cuya actividad consiste en el transporte de autobús*” (apartado 30).

Por supuesto, la necesidad de realizar el análisis del “conjunto de elementos” y de apreciarlos globalmente siempre ha resultado importante para determinar si existe sucesión de empresa, pero esta sentencia muestra que esa valoración conjunta puede llegar al extremo de justificar que existe sucesión cuando un elemento clásicamente considerado como esencial, como es la transmisión de los elementos materiales en una contrata de autobuses que tiene componente tangible relevante, no se transmite y, en cambio, sí concurren otros requisitos (analogía de la actividad, falta de interrupción, contratación de personal —aunque la actividad no descansa esencialmente en mano de obra— y transmisión de clientela —líneas y pasajeros—).

Respecto de la obsolescencia de los medios, la STJUE *Grafe/Pohle* es también muy relevante porque introduce la idea de que, en esa valoración conjunta de medios, es posible que en una actividad claramente necesitada de medios materiales (autobuses), cuando esos medios no se transmitan porque se encuentran obsoletos, porque haya requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, pueda existir sucesión de empresa si otra serie de elementos concurren (como la transmisión de los empleados, de la clientela, la analogía de la actividad y la falta de interrupción).

Por tanto, debe concluirse que la idea de la obsolescencia de los medios podría llegar a suponer la viga maestra de una nueva doctrina judicial que matizara el valor de los elementos materiales en este tipo de casos, pues el hecho de estar obsoletos implica de algún modo que no carecen de valor económico, y su falta de transmisión (cuando concurren otros elementos) no impide la sucesión de empresa legal. Así las cosas, la interpretación judicial en los casos de actividades fuertemente materializadas debería incorporar un nuevo elemento al análisis en caso de que no se transmitan esos medios materiales. En concreto, en el análisis de la falta de transmisión de medios, se debiere incorporar un nuevo filtro acerca de si la falta de transmisión se produce por la obsolescencia de los elementos tangibles y de si esa obsolescencia es impuesta externamente (el obstáculo legal, técnico o medioambiental impuesto por el poder adjudicador) o no, que va a ser uno de los puntos claves en la nueva doctrina en construcción —la Sala Cuarta en su sentencia de 24 de septiembre de 2020 lo denomina *premisa fundamental* de esta doctrina— y que debe llevar a la conclusión que la falta de elementos materiales transmitidos “*carece de cualquier valor económico*”.

(i) El nuevo canon interpretativo o “nuevo filtro” que aporta la Doctrina Grafe/Pohle y ratifica la Doctrina Acciona Agua, debe considerarse en la transmisión de negocios materializados que cuenten con activos obsoletos

El propio TJUE ha confirmado la importancia de esta doctrina en la STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/2019, asunto *Acciona Agua*, en cuyos apartados 99 y 110 ha recalado, con cita de la doctrina *Grafe/Pohle* que (i) cuando se está ante una actividad materializada, ya no se debe considerar la transmisión de elementos patrimoniales *in abstracto*; y (ii) si es materializada, y no concurre la transmisión de los elementos tangibles, deben tenerse en cuenta las circunstancias de esa falta de

traspaso (su posible obsolescencia impuesta externamente por razones ambientales, técnicas o jurídicas) y pasar a analizar si el “conjunto de elementos” puede determinar la existencia de sucesión de empresa pese a esa falta de transmisión de los activos tangibles. Aunque es todavía pronto para valorar su impacto, algunos pronunciamientos como la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 4 de noviembre de 2021 (JUR 2022, 59418) ya muestran una tendencia automática a valorar la falta de transmisión de activos intangibles desde esta perspectiva (sin que se haya alegado que la falta de transmisión obedecía a la obsolescencia).

(j) La doctrina Grafe/Pohle va a ser relevante para interpretar la sucesión de empresa en clave de sostenibilidad, lo que atañe al plano laboral de acuerdo con los ODS

La cuestión no es baladí y va a jugar un papel notorio en un futuro en que la sostenibilidad aparece como un valor a proteger y claramente en alza, que afecta también al derecho del trabajo. Y ello, sin duda, cuando se trate de la adquisición de actividades materializadas con activos obsoletos. Ahora se abre la puerta a que el rechazo a la adquisición de esos elementos materiales antiguos no impida la sucesión de empresa cuando el resto de signos del análisis apunten a su existencia (pese a la falta de transmisión de tangibles obsoletos, se transmiten empleados, clientela, inmateriales, licencias, se produce la misma actividad y sin interrupción). Hay que analizarlo con toda prudencia y caso por caso, pero puede concluirse que, en esos contextos, la falta de transmisión de elementos tangibles no eficientes en su consumo energético, basados en fuentes de energía contaminantes, que no cumplan normativas de distinta índole (incluyendo el acceso a personas discapacitadas) y que impliquen la necesidad de que sea el cesionario quien adquiera unos medios materiales nuevos y adaptados, no impiden la existencia de sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, cuando el resto de elementos apuntan a su existencia.

La doctrina *Grafe/Pohle* aporta un relevante criterio para la adquisición de negocios basados en elementos patrimoniales no sostenibles u obsoletos. La falta de transmisión de esos tangibles en actividades basadas en ese tipo de elementos, no implica automáticamente la inexistencia de sucesión de empresas. Al contrario, debe introducirse un nuevo filtro, según el cual (i) se plantee la cuestión de si su falta de transmisión se debe a la obsolescencia; (ii) se plantee si esa obsolescencia se debe a requisitos tecnológicos, legales o ambientales impuestos externamente al cesionario; y (iii) en ese contexto, se debe analizar de nuevo el “conjunto de elementos” para verificar si la transmisión de otros elementos puede conllevar que existe una sucesión de empresa (atendiendo a que los elementos patrimoniales en los que se basaba la actividad son obsoletos y, por tanto, carecen de valor).

Dicho lo anterior, es importante apuntar aquí que la doctrina de la obsolescencia de los medios debe ponderarse también con la doctrina de la necesidad de aportación de los medios por la cesionaria (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 [JUR 2015, 68338]), pues si la falta de traspaso de los medios obsoletos implica la aportación y adquisición de esos medios materiales indispensables por parte de la potencial cesionaria, parece complicado sostener que aquello transmitido constituya un verdadero negocio en funcionamiento. Habrá que seguir de cerca, en consecuencia, la evolución de esta doctrina y sus posibles matizaciones.

5. LA SUCESIÓN CONVENCIONAL TAMBIÉN SE HA VISTO AFECTADA POR LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN

(a) La metamorfosis de la noción de empresa-objeto ha alcanzado a la propia lógica del sistema de fuentes de la sucesión de empresa. La subrogación convencional limitada se convierte en sucesión legal de empresas plena en actividades esencialmente basadas en factor humano (Doctrina Somoza Hermo)

La evolución de la empresa como objeto transmisivo no solo ha afectado a la redefinición de los contornos de la sucesión legal de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23CE, aunque en ese ámbito sea donde el impacto es más notorio. También ha conllevado importantes modificaciones en la sucesión de empresa convencional, la prevista en convenio colectivo.

Conviene extraer aquí una importante conclusión. Esos cambios se han producido, en este caso, en el régimen jurídico que venía rigiendo el funcionamiento de la sucesión *por mor* del convenio y sus consecuencias jurídicas y alcance específico.

Como se ha venido insistiendo, las mutaciones de aquello que debía entenderse como empresa-objeto de transmisión llevaron a la jurisprudencia del TJUE a alcanzar la conclusión de que, en una sociedad posindustrial, con una empresa prestadora de servicios que basaba su actividad en el factor humano, su transmisión podía entenderse como la transmisión de una empresa. Esto suscitó un cambio importante, en el que la concepción de empresa como objeto de transmisión incluía específicamente a un grupo de empleados relevante en términos cuantitativos y cualitativos, cuya transmisión pasaba a considerarse una sucesión de empresa legal del artículo 44 ET. El cambio fue forzado por la evolución de aquello que debía entenderse por empresa. Pero no se detuvo aquí, sino que terminó alcanzando a la subrogación convencional. Y ello porque, en la medida en que, en los cambios de adjudicatarias de servicios, la sucesión de contratos sin transmisión de elementos tangibles venía cubierta por la sucesión convencional (con reglas de estabilidad en el empleo previstas para esa plantilla que cambiaba de adjudicataria, pero de efectos limitados y no tan intensos como los de la sucesión legal), ahora pasaría a tener la plena protección prevista para la sucesión de empresa legal. Por tanto, las consecuencias de la doctrina de la sucesión en la plantilla surgida en los años noventa en torno a la doctrina *Süzen* seguían produciendo efectos con su onda expansiva, ahora en la modificación de la manera de funcionar de la subrogación convencional que, cuando implicaba la transmisión de un grupo de empleados relevante en términos de número y competencias, ya no podía conllevar un régimen jurídico protector limitado, sino el máximo grado de protección. Este fue el resultado de la doctrina *Somoza Hermo* y el cambio más relevante que ha experimentado la sucesión convencional como consecuencia de la transición de un modelo de empresa productora, industrial, a un modelo de empresa prestadora de servicios, basado en las plantillas y los recursos humanos. De este modo, se comprueba que la modulación del concepto de empresa como objeto de transmisión ha afectado a la propia lógica del sistema de fuentes de la sucesión de empresa. Y ello porque, lo que antes era una sucesión convencional de efectos limitados, una mera obligación de subrogar en los términos expuestos por el convenio (con antigüedad limitada, sin responsabilidad en materia salarial o con las limitaciones pactadas por la negociación colectiva) ahora, en la medida en que provocaba una sucesión de plantillas, invadía el campo de la sucesión legal de empresa. Por tanto, por el hecho de cumplir el convenio colectivo, en lugar de una sucesión convencional, se acababa produciendo la sucesión de plantillas que, como tiene los mismo efectos de la sucesión legal de empresa,

generaba todas sus responsabilidades, esto es, obligación de subrogar al personal adscrito y responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social.

(b) Dado que la segunda red de seguridad que supone la subrogación convencional se tejó para actividades más difusas, basadas en las plantillas, es necesaria ahora una red similar para las nuevas actividades emergentes basadas en los elementos intangibles

Ocurre —como hemos mantenido reiteradamente en este trabajo— que ha tenido ya lugar otra explosión relevante en el significado y alcance de lo que debe entenderse como una empresa como consecuencia de la irrupción de la inmaterialidad. Por eso, concluimos que el siguiente paso en la evolución, tras abandonar la tangibilidad y pasar por la relevancia del factor humano, nos lleva a la preponderancia de los elementos inmateriales y, como se está observando, el siempre precursor TJUE ya ha fijado que una empresa puede asentarse en la clientela, o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha destacado la relevancia de las aplicaciones y algoritmos para definir lo que es un empleador en el caso de los *raiders* de Glovo, doctrina aplicada posteriormente por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid en el caso Amazon Flex, también en el seno de la economía de plataformas. Por esta razón, muy probablemente esta nueva explosión signifique un nuevo cambio de paradigma, nuevos sedimentos que configuran aquello que debe entenderse por una sucesión legal de empresa y, con ello, alcanzarse la conclusión de que existen actividades que *descansan esencialmente en la intangibilidad y en los elementos inmateriales*, de modo que la transmisión de esos medios clave puedan acarrear la sucesión legal de empresa si el cesionario no aporta elementos indispensables para realizar la actividad y puede acometerla con esos elementos intangibles que recibe.

En este ámbito es donde conviene realizar la siguiente reflexión que atañe a la sucesión convencional. La negociación colectiva tuvo que cubrir y proporcionar una segunda red de seguridad para el cambio de adjudicataria de las actividades basadas en la plantilla por su naturaleza menos evidente y más etérea a la hora de determinar si se transmitía o no una empresa. Ese nuevo nivel de protección ayudó a dotar de mayor estabilidad a las plantillas en cambios de adjudicataria sin transmisión de la industria física. Pues bien, si pensamos en lo etéreo, parece evidente que los activos inmateriales son un perfecto ejemplo de ello. Su transmisión no es tan evidente o sencilla de perfilar como la transmisión de una fábrica, de una línea de producción, de un negocio basado en lo corpóreo y, por tanto, del mismo modo que la negociación colectiva tuvo que tejer esa segunda red de protección que es la sucesión convencional, concluimos que ahora debería asumir el rol de hacer lo propio para las actividades emergentes basadas en lo intangible y no corpóreo.

(c) Un análisis del actual mapa de la negociación colectiva revela que las industrias basadas en los elementos inmateriales no prevén la subrogación

Un somero análisis de la negociación colectiva actual (apartado 4.2 del capítulo 4) revela que pocos convenios vinculados a actividades en las que el componente inmaterial es relevante (como el *contact*

*center*⁶⁵⁴ o la gestión de archivos en el convenio de fotografía⁶⁵⁵) prevén la subrogación convencional⁶⁵⁶ y, muy probablemente, nuevos convenios colectivos de las nuevas actividades que están emergiendo o que puedan surgir posiblemente acaben contemplándolo, una vez detectada esa falta de seguridad para esos sectores.

(d) La sucesión convencional es una herramienta de utilidad para reforzar las garantías de los derechos de los trabajadores en actividades esencialmente basadas en elementos intangibles (que no se está aprovechando por el momento)

En los sectores en los que la inmaterialidad es la clave de bóveda y la esencia de la actividad (cuya mayoría no contempla la subrogación convencional en sus convenios sectoriales), puedan necesitar de este refuerzo garantista por la vía de la sucesión convencional. La experiencia judicial demostró que la evolución de la empresa como objeto de transmisión y el paulatino abandono de la tangibilidad por el factor humano precisó de una reacción jurisprudencial en forma de la doctrina de la sucesión en la plantilla y de una cobertura por la vía convencional. En la medida en que se avanza hacia la ingravidez y pueda haber actividades basadas en activos intangibles y etéreos, entendemos que es preciso visitar la jurisprudencia y forjar un criterio de actividades basadas en la intangibilidad. Y ello, a buen seguro, necesita de un acompañamiento en la negociación colectiva donde se pueden introducir cláusulas de sucesión convencional para estos sectores ingravidos o cuyas actividades se basan en activos intangibles. Todo ello, por supuesto, procurando sobreponerse a las dificultades generadas por la doctrina *Somoza* sobre la subrogación convencional.

(e) La doctrina Somoza plantea una serie de efectos indeseados que pueden mitigarse en sede de negociación colectiva, o bien con una reforma del artículo 44.3 ET

Pero, al margen de la posible conquista de nuevos territorios por parte de la subrogación convencional que, tras colonizar las actividades basadas en el factor humano, incluyan también aquello inmaterial, lo cierto es que la doctrina *Somoza* ha planteado algunos problemas relevantes por entrañar un régimen de responsabilidad solidaria pleno y una obligación de subrogación completa y a todos los efectos, como la que se prevé para la sucesión de empresa legal. Aunque la revisión de los convenios que se vienen pactando en la actualidad arroja la conclusión de que las cláusulas de subrogación convencional siguen manteniendo su posición en plataformas y articulados, la doctrina *Somoza* conlleva también un efecto perverso, porque cumplir el convenio puede implicar adentrarse en la sucesión legal de empresa y tener que asumir las deudas laborales y de seguridad social de la última contratista.

⁶⁵⁴ IV Convenio colectivo estatal del sector del *contact center* (artículo 18).

⁶⁵⁵ Convenio colectivo para la industria fotográfica (artículo 22.2).

⁶⁵⁶ Sorprende que actividades como la informática, incardinada en el XII Convenio colectivo de consultoría y estudios de mercado, no prevea la sucesión convencional para actividades vinculadas a los elementos intangibles como puedan ser el *software* o las *apps*.

En ese contexto, dos son las soluciones que pueden proponerse desde aquí. La primera pasaría por actuar en el presupuesto de aplicación fáctico de la subrogación convencional. Se trataría de establecer requisitos de acuerdo con los cuales la sucesión convencional no se activará si la última contratista mantiene deudas laborales y de seguridad social. Así, el empresario incumplidor de sus obligaciones laborales y de seguridad social en relación con la plantilla adscrita a la contrata no podría gozar de la subrogación convencional ni podría obligarse al cesionario a tener que subrogarse por mor del convenio en esas situaciones. La segunda, de mayor calado y más compleja de acometer, implicaría reformar el apartado tercero del artículo 44 ET en el sentido de limitar la responsabilidad solidaria a los supuestos de sucesión legal “clásica” por transmisión de industria, o al menos inaplicarla claramente en casos de sucesión de plantilla que tuviera lugar como consecuencia del cumplimiento de la subrogación convencional limitada prevista en el convenio colectivo.

6. EL RÉGIMEN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA PRECISA DE ALGUNAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS QUE SE ADAPTEN A LAS NUEVAS FORMAS DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL

(a) La evolución del concepto de empresa propició que en actividades intensivas en mano de obra en la que se transmitía la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos, se quebraran los límites de la sucesión convencional y se alcanzaran las consecuencias plenas de la sucesión de empresa legal. Esto alteró el sistema de fuentes de la sucesión de empresa

La evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión no solo provoca la modulación y actualización del propio concepto de unidad productiva y de empresa como objeto del tráfico jurídico y la consiguiente modificación de los criterios interpretativos de aquello que debe entenderse por transmisión de empresa.

Adicionalmente, se debe concluir que la capacidad de alterar aquello que debe entenderse por empresa como objeto de transmisión, como se ha podido comprobar, ha implicado una revolución conceptual que ha afectado incluso a propio sistema de fuentes del *derecho de la sucesión de empresa*. El sistema estaba clásicamente configurado por una triple fuente estructurada en tres niveles distintos con consecuencias de alcance diverso: (i) Una sucesión de empresa legal (posteriormente ampliada jurisprudencialmente a la sucesión de plantillas para las actividades intensivas en mano de obra), que implicaba la subrogación del personal y la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social en el sentido más amplio, previsto en la Directiva 2001/23 CE y mejorado por el artículo 44 ET; (ii) una subrogación convencional, de alcances limitados a aquello que determinaba el convenio, sistema que se consideró por la Sala Cuarta como perfectamente válido en la medida en que mejoraba, por la vía del pacto convencional, los mínimos legales de derecho necesario en materia de sucesión de empresa y los ampliaba y extendía (pudiendo hacerlo en términos limitados al estar extramuros de la sucesión legal de empresa); y (iii) la sucesión prevista en los pliegos privados y públicos, en ambos tipos de pliegos con los problemas de falta de eficacia *erga omnes* y, con las limitaciones que la legislación en materia de contratación pública estableció para los segundos (a los que está vedado imponer la subrogación desde la entrada en vigor de la LCSP). Pues bien, la actualización y la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión alteró el sistema de fuentes convirtiendo la segunda fuente (la sucesión de empresa

por mor del convenio, de efectos limitados) en la primera, es decir, en una sucesión legal de empresa plena, a todos los efectos, legal, del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, para aquellos supuestos en los que, por cumplimiento del convenio, se produce una sucesión de plantillas al asumir parte cuantitativa y cualitativamente relevante de la mano de obra (de modo que, al imperar la sucesión legal de empresa, los límites de la sucesión convencional dejan de ser válidos) tal y como estableció la doctrina *Somoza Hermo*.

Pero, además de la modificación del alcance de las consecuencias jurídicas de la sucesión convencional, además de la capacidad de alterar aquello que debe entenderse por sucesión de empresa convencional y de revolucionar el sistema de fuentes de la sucesión de empresa, en el plano de las consecuencias jurídicas que acarrea la transmisión de empresa, la irrupción de la inmaterialidad aviva antiguos fuegos que nunca terminaron de apagarse. Estos cambios en la concepción de la empresa-objeto señalan la importancia de aclarar dos viejas cuestiones cuya necesidad de soluciones se torna cada vez más acuciante y que, desde aquí, se ha propuesto, humildemente, acometer. Nos referimos al problema de la adscripción de los empleados a la unidad productiva autónoma o al servicio que se transmite, así como a la cuestión de los derechos de información y consulta cuando se produce una compraventa de acciones en lugar de una compraventa de activos (y no se aplica, por tanto, el régimen de los artículos 44.6 a 8 del Estatuto de los Trabajadores). Se concluye en este trabajo que es preciso realizar modificaciones legislativas que puedan resolver los problemas que vienen acarreado esas dos cuestiones, acrecentados por la irrupción de las empresas basadas en activos aún más etéreos (en el primer caso) o por el hecho de que las operaciones mercantiles más habituales sean las compraventas de acciones (en el segundo).

(b) Es preciso modificar las obligaciones de información del artículo 44.6 a 8 del ET especificando y acreditando la adscripción de trabajadores a la unidad productiva, máxime ante un futuro en el que la empresa ingrávida todavía complica más la tarea de determinar la adscripción

Respecto de la primera cuestión, se ha puesto de manifiesto que la evolución del concepto de empresa como objeto de transmisión ahonda y profundiza en un problema pendiente de solucionar, que es la delimitación o el perímetro de los empleados adscritos a la unidad productiva que se transmite. Así, siendo este problema un clásico en la propia empresa clásica basada en elementos tangibles y con varios negocios (por ejemplo, señaladamente, en el sector hotelero, en el que puede haber trabajadores realizando funciones para diversos hoteles a la vez), la cuestión se complica especialmente cuando los activos se tornan más etéreos y la empresa resulta ingrávida.

Habiéndose constatado la problemática de que en ocasiones los empleados no se encuentran exclusivamente afectos a la unidad productiva autónoma, lo primero que habría que hacer es aclarar si continúa vigente la antigua doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que exigía una adscripción total a la unidad productiva para ser subrogado. Si ha perdido vigencia, debería ser casada y actualizada.

Así, si se concluye que no es necesaria la adscripción total del empleado a la unidad productiva que se transmite, nos encontraríamos en un escenario en el que habría que comprobar si la adscripción es mayoritaria o no. Y bien, en el marco de ese escenario, habría que comprobar si la solución de la subrogación parcial que sugiere la doctrina del TJUE en el muy importante caso *ISS Facility Services* es plausible. Esta sentencia, junto con *Dodic y Grafe/Pohle*, es parte de la tríada de pronunciamientos

relevantes que apuntan el futuro de la sucesión de empresa. En este caso, *ISS Facility Services* es capital porque aplica la subrogación proporcional y, creemos que puede ser una solución a los problemas de falta de adscripción clara de los empleados a actividades, contrataciones que cambian de adjudicataria y unidades productivas cuyo perímetro cuesta de delimitar (lo que ocurre aún más con las actividades que descansan en elementos inmateriales).

Se trata, además, de una doctrina que tiene en cuenta no solo la protección de los trabajadores en caso de cambio de titular, sino también los intereses del cesionario, que no debería verse perjudicado con empleados no adscritos al servicio o porcentajes de jornada que, realmente, no se dedicaban a ese servicio (idea que aparece cada vez con más insistencia en la doctrina del TJUE, por ejemplo y como se ha expuesto en el capítulo 5, en el caso *Strong Charon*). Por tanto, la doctrina es respetuosa con el principio de libertad de empresa (artículo 38 CE) y vela por evitar que el empresario entrante, cesionario en la sucesión de empresa, asuma obligaciones que no deberían ser transmitidas al no formar parte del negocio, empresa o unidad productiva que recibe.

Pero, como se ha visto, la cuestión requiere de un elemento adicional a decidir: si se deben asumir solo los empleados exclusivamente adscritos, los mayoritariamente adscritos o la parte proporcional de la jornada que dedicaban al negocio transmitido. Estas soluciones son inviables en su implementación si no se cuenta con información y datos claros y fiables acerca de la adscripción de los empleados al negocio, y es aquí donde nos permitimos realizar propuestas concretas *de lege ferenda*.

Hemos sugerido aquí que la solución puede hallarse precisamente en una obligación, del cedente, de proporcionar esa información al potencial cesionario con carácter previo a la transmisión. Quizá, la manera más práctica y plausible sería incorporar en sede de negociación colectiva (donde las patronales pueden tutelar el interés del cesionario) una obligación de la cedente respecto de la cesionaria de compartir información específica sobre la adscripción de los empleados al servicio que cambia de adjudicataria, junto con una acreditación documental de esa adscripción. El incumplimiento de esa obligación debería tener como consecuencia la responsabilidad de la cedente, tanto en la subrogación como en la responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social de ese empleado cuya adscripción al servicio que cambia de adjudicataria no se ha acreditado. Por tanto, una posible solución consistiría en que el incumplimiento del cedente de esa obligación de informar y acreditar al cesionario acerca de los empleados adscritos a la unidad productiva pudiera impedir la entrada en juego de la subrogación convencional.

No obstante, esta solución tan solo resolvería el problema para un tipo concreto de sucesión (la sucesión convencional) y para el caso de que la actividad concreta de la que se trate estuviera cubierta por convenio colectivo que hiciera esas previsiones. Por eso concluimos que debería darse un paso más allá, que sería necesario reforzar también los intereses del cesionario en la sucesión de empresa legal. La manera de hacerlo bien pudiera ser la inclusión de un deber de información adicional que incumbiera al cedente respecto del cesionario en la propia sucesión de empresa legal y que se insertara en el contexto de los deberes de información que cedente y cesionario tienen para con los representantes de los trabajadores y de los trabajadores en ausencia de representantes, que se prevé en el artículo 44.6 a 8 del ET (como se ha propuesto en el capítulo 5). Ahora se incluiría también una obligación de información sobre los empleados adscritos al negocio que cambia de titular, y la empresa cesionaria sería beneficiaria de esa información junto con los trabajadores y sus representantes.

Es decir, se sugiere como posible solución una obligación legal concreta de que el cedente informe al cesionario acerca de quiénes son los empleados adscritos al servicio que cambia de titularidad (en caso de cambio de empresa adjudicataria) o a la unidad productiva que se desgaja y se transmite (cuando quedan en la cedente otras líneas de negocio o unidades productivas que atender), de cuál es el porcentaje de adscripción que dedican a cada negocio de la Empresa, y ello podría incluirse en una suerte de registro de pertenencia a cada subnegocio o a cada contrata a la que se concurre.

Esa información podría incluirse como un nuevo apartado (e) del artículo 44 ET en el que el cedente tenga obligación de informar a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores afectados por la transmisión y, además, al cesionario, acerca de la adscripción de los empleados a la unidad productiva que se transmite o al servicio que cambia de adjudicataria, además de proporcionar a ambos (trabajadores y cesionaria) la documentación que acredite este extremo (si están adscritos a la unidad que se transmite y en qué medida). No hacerlo debería generar una presunción *iuris tantum* de la falta de adscripción de los empleados a la unidad productiva y reequilibrar la situación entre cedente y cesionario, de modo que, en caso de litigio, el cesionario no se viera tan desamparado en cuanto a la posibilidad de colmar la carga de la prueba sobre la adscripción.

Este nuevo precepto tendría, de este modo, dos objetivos: (i) asegurar la tutela del interés del cesionario en los términos que se comentan en este capítulo y apunta el TJUE en *ISS Facility Services* y *Strong Charon* y evitar resultados indeseados en los que el cedente se beneficie de no aportar la documentación acerca de la verdadera adscripción de trabajadores a la unidad productiva; y (ii) permitir que los intereses de los empleados que se han incluido indebidamente dentro de la lista de empleados a subrogar, pero que realmente no pertenezcan a esa unidad productiva transmitida o servicio que cambia de titular, puedan accionar reclamando su no pertenencia a la unidad productiva y la necesidad de que su relación laboral continúe en la empresa cedente (sea en pleitos individuales de reconocimiento de derecho, o bien, si se cuenta con sujeto colectivo, a través de conflictos colectivos). Esta nueva redacción que proponemos consistiría en introducir un apartado (e) del artículo 44.6 del ET que sentaría las bases para poder evitar situaciones fraudulentas en las que empleados no adscritos al servicio o a la unidad productiva sean adheridos a ella artificiosamente para conseguir desprenderse de ellos, o también que empleados que no pertenezcan verdaderamente a ese servicio o unidad productiva sean “cargados” a cuenta del cesionario.

Este nuevo apartado (e) artículo 44.6 ET ampliaría, por tanto, la obligación de informar “tanto a los representantes de los trabajadores como a los trabajadores individualmente, así como a la potencial empresa cesionaria con la suficiente antelación” acerca de “los trabajadores adscritos a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma que se transmite, el porcentaje de adscripción a la misma y la documentación que acredite ese porcentaje de adscripción”. Además, su incumplimiento debiera prever dos consecuencias: (i) en caso de falta de transmisión de información en este punto, una presunción *iuris tantum* de que los empleados respecto de los que no se proporciona suficiente información no se encuentran adscritos a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva que se transmite; y (ii) la aplicación de la correspondiente multa por quebranto de este precepto en materia de derechos de información.

(c) La intervención de la ITSS para emitir informe sobre las relaciones laborales afectas a la unidad productiva autónoma en situaciones de concurso (artículo 221.3 TRLC en redacción de la Ley 16/2022) debería generalizarse como medio de prueba habitual para supuestos extra-concursales

Nuestra conclusión a este respecto es que, también cuando se está fuera de los supuestos de concurso, la participación de la ITSS con su posibilidad de indagar en documentación y entrevistas y emitir actas con presunción de veracidad, puede ser una solución de utilidad, que contribuya a aclarar la cuestión de la adscripción y garantice, por supuesto, que la continuidad de las relaciones laborales de los empleados adscritos a la unidad productiva prosigue con los empleados verdaderamente vinculados al negocio.

Además, también puede asegurar que los intereses del cesionario se encuentran debidamente atendidos y que las situaciones fraudulentas tengan mayores dificultades para prosperar. Por tanto, como refuerzo a esa hipotética reforma del artículo 44.6 *bis* que se ha propuesto, con toda humildad, proponemos el acceso a esta herramienta, sea por el juez de lo social, como prueba adicional a practicar en caso de duda (y, por tanto, incluir este medio de prueba de manera específica en la LRJS), o bien en supuestos de falta de entrega de documentación por el cedente, donde podría solicitarse su intervención de oficio ante la falta de claridad de los empleados adscritos a la unidad productiva o al servicio que cambia de adjudicataria y que es preciso delimitar y aclarar.

(d) Es preciso reforzar los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y, en su defecto, de los trabajadores para los supuestos de transmisión de empresa vía compraventa de acciones, en lugar de vía compraventa de activos

Respecto de la segunda cuestión, viene relacionada con la primera, en la medida en que incide también en los derechos de información y consulta de los empleados en casos de transmisión de empresa.

Como se ha venido exponiendo, está constatado que la transmisión de acciones (*share deal*) viene predominando en el tráfico jurídico sobre la transmisión de activos (*asset deal*) como medio preferido para acometer las transmisiones de empresa. Ocurre que el esquema de la toma de control accionarial, que está extramuros de la sucesión de empresa porque no activa esta figura al no producirse el elemento subjetivo (no existe cambio de titular empresarial), no puede calificarse como una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE. Por ello, no se le aplican los artículos 44.6 a 44.8 ET, los deberes de información y, en ese marco, como se ha expuesto, puede que los empleados de las empresas que se han transmitido por la vía del cambio de accionariado necesiten un refuerzo en sus derechos de información y consulta (por ejemplo, para valorar los despidos que se produzcan por razones de ese cambio de control accionarial, justo antes de la transmisión y que pudieren tener por objeto evitar la continuidad de las relaciones laborales, pero asumir el negocio).

Pues bien, habida cuenta de que se constata que la manera más empleada para transmitir empresas en el tráfico jurídico es la compraventa de acciones en lugar de la compraventa de activos, y ello no comporta una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE, entendemos que sería positivo reforzar este derecho para esos casos. Así, podría preverse que la información de los artículos 44.6 a 44.8 del ET se proporcionase también en caso de transmisiones de acciones o participaciones sociales de la totalidad de una sociedad, que impliquen, de *facto*, la práctica transmisión de la empresa por vía

de compraventa de acciones en lugar de por compraventa de activos. Con esta medida, se mejoraría la seguridad jurídica de ese tipo de operaciones, manteniéndolas fuera de la sucesión de empresa, dado que al no producirse cambio de titular empresarial (elemento subjetivo) no les puede ser aplicable la maquinaria subrogatoria del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23 CE. Pero, a su vez, se permitiría a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores directamente conocer la previsión de una compraventa total de acciones mediante la que se va a transmitir el negocio, así como la fecha prevista, los motivos de la transmisión, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores y las medidas previstas para ellos.

En este punto, nuestra sugerencia consistiría en incluir un nuevo artículo 44.8 bis que contemplara que *“las obligaciones de información y consulta de los artículos 44.6 a 44.8 del ET se extenderán a los supuestos de toma de control accionarial del 100 % de una sociedad”*.

De este modo, se garantizaría que los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los trabajadores afectados, pudieran monitorizar la inexistencia de situaciones fraudulentas de despidos y modificaciones sustanciales que se produjeran por razón de la transmisión y en los alrededores de esa compraventa de accionariado.

El resto de las consecuencias jurídicas que comporta la sucesión de empresa (obligación de subrogación y responsabilidad solidaria laboral y de seguridad social) no sería necesario imponerlas, habida cuenta de que el adquirente, al tomar las participaciones de la sociedad, automáticamente ya las asumiría (pues la sociedad cuyo control ha tomado cuenta con esos empleados y esas obligaciones laborales y de seguridad social pendientes). Por tanto, reforzando el flanco de los derechos de información y consulta, se mejoraría y equipararía la situación, de modo que la adquisición vía compraventa de activos y compraventa de acciones acarrearía, *de facto*, el mismo resultado respecto de los derechos de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984.
- ALOISI, Antonio and DE STEFANO, Valerio: *Your boss is an algorithm. Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Hart Publishing, Oxford, 2022.
- ALONSO GARCÍA, Manuel: *Derecho del trabajo*. Tomo II (contrato de trabajo), José M. Bosch, Barcelona, 1960.
- ALONSO OLEA, Manuel: *Derecho del trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 9.^a edición, 1985.
- ALONSO OLEA, Manuel: *Introducción al derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- ÁLVAREZ PADÍN, Bruno: “Subrogación obligatoria por la totalidad de la jornada laboral, con independencia de la jornada destinada al servicio subrogado. Comentario a la STSJ de Cantabria de 16 de abril de 2014”, *Revista de Información Laboral*, n.º 6, 2014. Aranzadi. BIB 2014/2874.
- BARBA ÁLVAREZ, Antonio: “Frederick Winslow Taylor y la administración científica: contexto, realidad y mitos”, *Gestión y Estrategia*, núm. 38, julio/diciembre 2010.
- BARNARD, Catherine: *EU Employment law*, Oxford University Press, 2012.
- BELL, Daniel: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Alianza Editorial, Madrid, 1976.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Cambio de adjudicataria, traspaso en dos fases e ¿irresponsabilidad de la administración?”, en *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, 7 de junio de 2021. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2021/06/07/cambio-de-adjudicataria-traspaso-en-dos-fases-e-irresponsabilidad-de-la-administracion/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “El traspaso de empresas: últimas controversias a propósito del supuesto de hecho descrito en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en DELGADO GARCÍA, Ana María (dir.): *El mantenimiento y continuidad de la empresa y de su actividad desde la perspectiva legal y fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea], 17 de enero de 2022. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/la-irrupcion-de-los-algoritmos-en-el-derecho-del-trabajo/>. Fecha de consulta: 23/06/2022.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, Dodic)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea], 6 de junio de 2019. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2019/06/06/la-transmision-de-la-clientela-puede-ser-suficiente-para-aplicar-el-art-44-et-stjue-8-5-19-dodic/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD-Ley 32/2021)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 15 de diciembre de 2022. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#3224>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “Sucesión de plantilla en contrata intensivas en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina Somoza Hermo”, *Trabajo y Derecho*, n.º 50, 2019.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi: “¿Es posible simultanear dos contratos de trabajo con la misma empresa”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 17 de febrero de 2020. Disponible online: <https://ignasibeltran.com/2020/02/17/es-posible-simultanear-dos-contratos-de-trabajo-con-la-misma-empresa/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Luis: *Extinción del contrato de trabajo (disolución de la relación laboral)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.
- Brand Finance, the Brandirectory. Global 500 2022 Ranking. Fecha de consulta: 29 de agosto de 2022: <https://brandirectory.com/rankings/global/table>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- CALDERÓN PASTOR, Francisco Javier: “Comentarios al artículo 104 LGSS”, en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (dirs.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lexnova-Thomson Reuters, Valladolid, 2015.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel: *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CASTELLS, M.: *La era de la información. La sociedad red*, Alianza, Madrid, 1997.
- CASTILLO, Juan José: *La división del trabajo entre empresas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- CASTRO MARÍN, Emilio de: “Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 224, 2019, pág. 28 (BIB\2019\9015).
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el derecho comunitario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2005, pág. 6 (BIB 2005, 2804).
- CORIAT, B: *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo y el fordismo y la producción en masa*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO AROCA, Elena: *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lexnova, Valladolid, 2014.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.
- DESDENTADO DAROCA, Elena: *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lexnova, Valladolid, 2006.
- DOLADO, Juan José: “Realidad y futuro del mercado de trabajo”. Ponencia impartida en la reunión anual del Grupo de Coordinación Laboral de Uría Menéndez, Madrid, 20 de mayo de 2022.

- DULANTO SCOTT, Ricardo: *La sucesión de empresa. Incorrecciones del artículo 44 ET*, Punto Rojo Libros, 2018.
- ESTEVE-SEGARRA, Amparo: “El acuerdo de materias concretas de subrogación de trabajadores en las adjudicaciones de contratos públicos de la Comunidad Valenciana: reflexiones y problemas aplicativos”, *RVAP*, núm. 123, mayo-agosto 2022.
- ESTEVE-SEGARRA, Amparo: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel: *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- FUENTES LOJO, Juan: *Suma de arrendamientos urbanos. I Parte (Volumen I)*, Librería Bosch, Barcelona, 1965.
- GALA DURÁN, Carolina: *El alcance de la responsabilidad de la empresa sucesora en los casos de sucesión de empresa. Deudas laborales, de seguridad social, mejoras voluntarias, recargo de prestaciones y concurso*, Bomarzo, Albacete, 2022.
- GARCÍA BUTRAGUEÑO, Ángel: “La importancia de la omnicanalidad en la comercialización turística”, *Braintrust* [en línea], 1 de junio de 2022. Disponible online: <https://www.braintrust-cs.com/download/la-importancia-de-la-omnicanalidad/> Fecha de consulta: 1/07/2022.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *AEDTSS*. Disponible online: <https://www.aedtss.com/wpcontent/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús: “La difusa noción de “unidad productiva autónoma” como objeto de transmisión: apuntes al hilo de algunos pronunciamientos recientes”, *Revista de Información Laboral*, n.º 9, 2017 (BIB 2017\13136).
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: “La Sentencia Somoza-Hermo. Su aplicación al convenio de seguridad privada”, conferencia en ASNALA. Escuela de Práctica Jurídica. Madrid 18 de marzo de 2022.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *Manual de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 11.ª edición, Valencia, 2021.
- GIL Y GIL, José Luis: “Aspectos laborales del contrato de franquicia”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios. Casos Prácticos*, vol. 2000, Madrid: Centro de Estudios Financieros (CEF), 2000.
- GODINO REYES, Martín: “La sucesión de empresa, en especial, con la sucesión de plantillas. Cuestiones controvertidas”, *Foro Social Aranzadi*, Madrid, 15 de noviembre de 2022.
- GOERLICH PESET, José María y PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Sucesión de contratos o concesiones: ¿qué responsabilidad incumbe a la empresa principal?”, *El Foro de Labos*, 20 de

mayo de 2014. Disponible *online*: <https://www.elforodelabos.es/2021/05/sucesion-de-contratas-o-concesiones-que-responsabilidad-incumbe-a-la-empresa-principal/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

- GOERLICH PESET, José María, NORES TORRES, Luis Enrique: “Descentralización en el sector público: aspectos generales”, en BLASCO PELLICER, Ángel y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes: *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GOERLICH PESET, José María: “¿Puede haber contratos fijos-discontinuos en contratos de obras o servicios de naturaleza discontinua?”, en El Foro de Labos, 22 de marzo de 2022.. Disponible *online*: <https://www.elforodelabos.es/2022/03/puede-haber-contratos-fijos-discontinuos-en-contratas-de-obras-o-servicios-de-naturaleza-discontinua/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- GOERLICH PESET, José María: “*Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo discontinuo*”, en *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2022.
- GOERLICH PESET, José María: “La reforma de la contratación laboral”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GOERLICH PESET, José María: “Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas”, en BALAGUER LÓPEZ, M.(coord.): *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- GOERLICH PESET, José María: “Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un jurista del trabajo”, en “La técnica al servicio del desarrollo humano integral”, ponencia escrita del XXIV Curso de formación en doctrina social de la iglesia. Madrid, 12 de septiembre de 2017.
- GOERLICH, José María, NORES TORRES, Luis Enrique: “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesionares administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9 /2017 (I)”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Relaciones Laborales*, 42.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude”, *Revista de Información Laboral*, n.º 4, 2015 (BIB 2015, 1377).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Handbook on Spanish Employment Law*, Tecnos, Madrid, 2012.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Actualidad Laboral*, n.º. 16, 2002.
- GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: “Aspectos jurídico-laborales de las franquicias”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999.

- GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo: *El cambio de titularidad de empresa en el derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ DE FRUTOS, Ubaldo: “La fiscalidad del mundo blockchain”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 425-426, 2018.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, Faustino: *Criptoactivos: de la paralegalidad a la paulatina legalización*, Las Rozas, Sepin, 2022.
- IGLESIAS CABRERO, Manuel: *Sucesión de empresas paso a paso. Guía práctica sobre sucesión de empresas en el ámbito laboral*, COLEX, 2019.
- LA FEVER MORTIER, W.: “Workers, Machinery, and production in the Automovile Industrie”, *Monthly Law Review*, 1924.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica: “Ultraactividad y convenio aplicable en la sucesión de empresa: la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 180, 2015 (BIB 2015, 16256).
- LÓPEZ BAELO, Raúl: “Sucesión legal y empresas tecnológicas. ¿Hacia una noción particularizada?”, Comunicación realizada en el *XXXII Congreso Anual de la AEDTSS*, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: “Clientela cautiva y subrogación laboral de empresas”, *Publicaciones GA_P*, 26 de mayo de 2021. Disponible online: <https://www.gap.com/publicaciones/clientela-cautiva-y-subrogacion-laboral-de-empresas/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- LÓPEZ INSUA, Belén del Mar: “Sucesión de contratados. Garantías laborales”, en MONEREO PÉREZ, José Luís y PERÁN QUESADA, Salvador: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2018.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “¿Existe sucesión de empresa en los casos de ejecuciones hipotecarias y desahucios?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cambio de adjudicataria de un implant (comentario a la STSJ de Asturias de 25 de abril de 2019 y alusión a la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto *Dodic*)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 223, septiembre de 2019.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Cuando la sucesión convencional activa la sucesión de plantillas: comentario de urgencia a la STJUE de 11 de julio de 2018 —asunto Somoza—”, *Legal Today*, 18/07/2018.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Especificidades de la figura de la sucesión de empresa en el marco de las remunicipalizaciones”, en TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Experiencias prácticas en materia de sucesión de empresa”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *La sucesión de empresa*, Lexnova, Valladolid, 2016.

- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “La sucesión de empresa del artículo 44 ET: principales similitudes y diferencias con el sistema alemán”, *INF, Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr, Revista Jurídica Hispano-Alemana*, n.º 1, 2008.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Reversión de unidades productivas: las tres últimas sentencias dictadas en situaciones excepcionales por la sala cuarta”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 248, diciembre de 2021.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Sucesión de empresa y trabajadores parcialmente adscritos a la unidad productiva: una cuestión que demanda soluciones”, *El Foro de Labos*. Disponible *on-line*: <https://www.elforodelabos.es/2021/06/sucesion-de-empresa-y-trabajadores-parcialmente-adscritos-a-la-unidad-productiva-una-cuestion-que-demanda-soluciones-i/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Sucesión de empresa y trabajadores parcialmente adscritos a la unidad productiva: una cuestión que demanda soluciones”, *Trabajo y Derecho*, n.º 84, 2021.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David: “Inexistencia de subrogación convencional en el cambio de empresa adjudicataria del servicio de catering aéreo (comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de abril de 2021)”, *Anuario Laboral para abogados 2023*, Wolters Kluwer, en prensa.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “¿Pueden incluir los Convenios de empresa cláusulas de subrogación convencional?”, *El Foro de Labos*, 17 de noviembre de 2022 Disponible *online*: <https://www.elforodelabos.es/2022/11/pueden-incluir-los-convenios-de-empresa-clausulas-de-subrogacion-convencional/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “Algoritmos y Derecho del Trabajo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 52, 2019.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, *Diario La Ley*, n.º 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “Comentario al artículo 44 ET”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús (dirs.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lexnova, Valladolid, 2014, 3.ª ed.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “Nuevos problemas en materia de sucesión de empresa”, *Congreso graduados sociales*, Madrid, 24 de noviembre de 2020.
- MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MERCADER UGUINA, Jesús: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lexnova, Valladolid, 2002.
- MERCADER UGUINA, Jesús: *Lecciones de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 13.ª edición.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social: *Boletín de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, número 84, noviembre de 2022.

- MIÑARRO YANINI, Margarita: “Transmisiones de empresa y cláusulas ambientales en la contratación pública. El TJUE abre la puerta a la cesión de plantillas sin transmisión de infraestructuras no sostenibles. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 455, pág. 211-219.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”, en *XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, *Ibidem*, Madrid, 1999.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa, op. cit.*, págs. 198-201. Realiza una interesante exposición de la evolución del concepto, más centrada en concluir que con esta distinción quiebra el principio de universalidad y totalidad de empresa y se permitirá su transmisión parcial, lo que inicialmente la jurisprudencia no contemplaba.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.
- MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio: “Artículo 44. La sucesión de empresa”, *Editorial Jurídica Sepin*. SP/DOCT/18294. Diciembre 2015.
- NORES TORRES, Luis Enrique: *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PALOMO BALDA, Emilio: “La sucesión de empresa tras la última reforma laboral (aspectos competenciales)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 471, noviembre-diciembre 2022.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio: “La teoría del contrato de trabajo en el derecho vigente. Estudio sobre el texto refundido de 26 de enero de 1944”, *Revista de Estudios Políticos*. Suplemento de política social, núm. 1, 1945.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco Pérez: “La «filialización» en la empresa. *Actualidad Laboral*. Sección Doctrina. La Ley 2577/2011.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco Pérez: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- PÉREZ LEÑERO, JOSÉ: *Teoría general del derecho del trabajo español*, Espasa Calpe, Madrid, 1948.
- PESTANA NASCIMENTO, André y SILVEIRA DE FREITAS, Liliana: “Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento: comentário ao acórdão ISS Facility Services v. Govaerts e Atilian NV”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2021, n.º 1.
- PRASSL, Jeremias: *The concept of the employer*, Oxford University Press, New York, 2016.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Comentario al artículo 44 ET”, en VILLA GIL, L. E. (dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, *Iustel*, Madrid, 2011.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la: “El problema de las cláusulas subrogatorias”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (investigador principal); CERRUTI BUENDÍA, Daniel y GIMENO

DÍAZ DE ATAURI, Pablo (coords.): *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2022.

- PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y PUEBLA PINILLA, Ana de la: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la: “La subrogación convencional tras la doctrina «Somoza Hermo». Aspectos conflictivos”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, n.º 2, 2021. Disponible online: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6483> Fecha de consulta: 23/06/2022.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la: “La subrogación convencional tras la doctrina Somoza Hermo. Aspectos conflictivos”, *Labos*, vol. 2.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *El Foro de Labos*, 9 de mayo de 2019. Disponible online: https://forodelabos.blogspot.com/2019/05/las-paradojas-de-la-transmision-de_9.html. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: “Sucesión de empresa. Comentario al artículo 44”, en GOERLICH PESET, José María: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- RIFKIN, Jeremy: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona, 1996.
- RIFKIN, Jeremy: *La era del acceso, La revolución de la nueva economía*, Paidós, 2000, pág. 87.
- RODRIGO SANBARTOLOMÉ, Francisco Agustín: “Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratas”, *Trabajo y Seguridad Social, CEF*, vol. 2021, Madrid: Centro de Estudios Financieros (CEF), 2021.
- RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo; PERÉ RALUY, José: *Derecho de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 1965.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “Convenio colectivo aplicable tras la transmisión de la empresa”, *Diario La Ley*, n.º 8435, 4 de diciembre de 2014.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel: “La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de empresa”, *Revista de Derecho del Trabajo*, 1960.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo: “Importante Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Unas notas descriptivas de su contenido laboral, y atención a la nueva bibliografía existente sobre IA”, en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea], 8 de mayo de 2022. Disponible online: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/importante-resolucion-de-parlamento.html> Fecha de consulta: 23/06/2022.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo: “UE. transmisión de empresas. Contrato público para la prestación de servicios de limpieza y adjudicación de los lotes del contrato a dos nuevos adjudicatarios. ¿En qué situación jurídica queda una trabajadora adscrita a todos los lotes del

contrato? Notas a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020 (C-344/18)”, en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Disponible online: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/ue-transmision-de-empresas-contrato.html>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: “Doctrina judicial en materia de sucesión de empresa y contrata”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (coord.): *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- SALA FRANCO, Tomás; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel: “El concepto de centro de trabajo. (Problemas interpretativos del artículo 1.º-5 ETT)”, *Actualidad Laboral. Colección encuadernada*, vol. 1985, Las Rozas (Madrid): La Ley, 1985.
- SANDE PÉREZ BEDMAR, María de, ORTEGA BERNARDO, Julia: “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2016.
- SANDE PÉREZ BEDMAR, María de: “La prestación de servicios por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016 (Ejemplar dedicado a *Novedades en materia de gestión de personal y servicios en las administraciones públicas*).
- SANDE PÉREZ-BEDMAR, María de: “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2018, Francis Lefebvre.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: “Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales en España de Sociedades Anónimas Europeas”, en SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (dir.): *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson Civitas, Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 2000.
- SANZ HOYOS, Tomás: “Continuidad del contrato de trabajo. Cesión de trabajadores”, en BAYÓN CHACÓN, Gaspar, ALONSO OLEA, Manuel: *Diecisiete lecciones sobre la ley de relaciones laborales*, Artes Gráficas Benzal, Universidad Complutense de Madrid, 1977, págs. 181 y 182. Con cita de ALONSO OLEA, señala que “*las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que las integran*”.
- SCHWAB, Klaus: *La cuarta revolución industrial*, Debate, Penguin Random House, Barcelona, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V., ARTETA MARTÍNEZ, María: *Sucesión de empresa: contrata, subcontrata y otros supuestos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “La jurisprudencia comunitaria de 2020 en temas laborales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2021. BIB 2021\1593.

- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Subrogación convencional en contratas (limpieza, vigilancia, etc.): estado de la cuestión”, Foro de Actualidad Laboral celebrado en FIDE el 13 de febrero de 2019, Madrid.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014 (BIB 2014/90).
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: “Vídeo-comentario a la STS, de 27 de enero (RJ 2015,471). Inexistencia sucesión de empresas; sucesión de contratas de prestación de servicios telefónicos de Contact Center, sin que haya existido transmisión de medios materiales e infraestructura entre la antigua y la nueva contratista, que ha puesto sus propias instalaciones”, *Aranzadi Digital*, n.º 1/2020 (BIB\2020\34046).
- SERRANO GARCÍA, María José: “¿Puede entenderse como transmisión de empresa la mera sucesión de contratas?”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- STCT de 7 de febrero de 1989 (Ar 1370), con apoyo de las SSTCT de 10 de julio de 1985 (Ar/ 4887), 1 de abril de 1986 (Ar/ 2033) y 23 de junio de 1987 (Ar/ 13840).
- TAYLOR, Frederick Winslow: *The principles of scientific management*, The Plimpton Press Norwood Mass, New York, 1919.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “Acerca de la sucesión de contratistas”, en SALA FRANCO, Tomás, LÓPEZ TERRADA, Eva y TODOLÍ SIGNES, Adrián (dirs.): *Jurisprudencia social a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “En sucesión de empresas la responsabilidad solidaria «durante» tres años, no impide la prescripción anual (art. 59) de deudas (STS de 28 de febrero de 2019), *Argumentos de Derecho Laboral*. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2023/02/23/en-sucesion-de-empresas-la-responsabilidad-solidaria-durante-tres-anos-no-impide-la-prescripcion-anual-art-59-et-de-deudas-sts-de-28-de-febrero-de-2019/>. Fecha de consulta: 23/02/2023.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La transmisión de clientela como factor clave en la sucesión de empresas y subrogación de trabajadores”, *Argumentos en Derecho Laboral*, 8 de junio de 2021. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2021/06/08/la-trasmision-de-la-clientela-como-factor-clave-en-la-sucesion-de-empresas-y-la-subrogacion-de-trabajadores/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “La transmisión de la clientela como factor clave en la sucesión de empresas y la subrogación de trabajadores”. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2021/06/08/la-trasmision-de-la-clientela-como-factor-clave-en-la-sucesion-de-empresas-y-la-subrogacion-de-trabajadores/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “Para la Subrogación convencional hay que tener en cuenta el convenio del sector (aunque la empresa tenga un convenio propio o haya convenio autonómico”, *Argumentos en Derecho Laboral*, 2 de julio de 2020. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2020/07/02/para-la-subrogacion-convencional-hay-que-tener-en-cuenta-el-convenio-de-sector-aunque-la-empresa-tenga-un-convenio-propio-o-haya-convenio-autonomico/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.

- TODOLÍ SIGNES, Adrián: “Sucesión de empresa. ¿Qué ocurre con un trabajador adscrito a toda la contrata cuando esa contrata se adjudica a varias empresas por lotes? Sentencia del TJUE”, *Argumentos en Derecho Laboral*. Disponible online: <https://adriantodoli.com/2020/06/09/sucesion-de-empresa-que-ocurre-con-un-trabajador-adscrito-a-toda-la-contrata-cuando-esa-contrata-se-adjudica-a-varias-empresas-por-lotes-sentencia-del-tjue/>. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (dir.) y MARTÍNEZ SALDAÑA, David (coord.): *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: *El bonus salarial. La Dirección por objetivos, la Evaluación del desempleo y la Retribución por competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- TOLODÍ SIGNES, Adrián: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Trasposición que se efectuó mediante la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.
- URÍA, Rodrigo: *Derecho mercantil*, Madrid, 1976, págs. 32-33 y 36-37, y STCT de 4 de marzo de 1977 (Aranzadi 1107).
- VICENTE PALACIO, María Arantzazu: “Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario. STJUE (Sala Cuarta) de 26 de marzo de 2020 (asunto C-344/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2020. Disponible online: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-L-2020-00000000965. Fecha de consulta: 8/03/2023.
- WATSON, Peter: *Ideas: Historia intelectual de la humanidad*, Crítica, Barcelona, 2020.
- WESTON, Anthony: *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2011.