

Comunicación a la Jornada Práctica sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *“Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”* *, Madrid 11 de junio de 2019, Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Autor: Dr. Emilio de Castro Marín, Abogado, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo

SUCESIÓN DE PLANTILLA Y SUBROGACIÓN CONVENCIONAL: PUNTOS CRÍTICOS

SUMARIO

1.-PUNTO DE PARTIDA: LA CONVULSA RELACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA E INTERNA COMO ELEMENTO DECISIVO Y DETERMINANTE EN LA APLICACIÓN DEL MECANISMO DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

2.- LA TEORÍA DE LA “SUCESIÓN DE PLANTILLA” EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y SU RECEPCIÓN EN LA INTERNA

3.- LAS DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA “SUCESIÓN DE PLANTILLA” AL SUPUESTO DE LAS SUCESIONES DE CONTRATAS

3.1.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA EXISTENCIA DE UNA “ENTIDAD ECONÓMICA”: LA CONTRATA NO ES UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

3.2.- EL INEXISTENTE MANTENIMIENTO DE LA IDENTIDAD POSTERIOR A LA TRANSMISIÓN EN EL ESCENARIO DE LAS SUCESIONES DE CONTRATAS

4.- LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA FORZADA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA A LOS SUPUESTOS DE SUBROGACIONES CONVENCIONALES Y SUS POSIBLES EFECTOS

*Todos los derechos reservados, prohibida la reproducción total o parcial sin permiso del autor o cita expresa

SUCESIÓN DE PLANTILLA Y SUBROGACIÓN CONVENCIONAL: PUNTOS CRÍTICOS

1.-PUNTO DE PARTIDA: LA CONVULSA RELACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA E INTERNA COMO ELEMENTO DECISIVO Y DETERMINANTE EN LA APLICACIÓN DEL MECANISMO DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

La transmisión de empresa figura entre las materias laborales más proclives al ejercicio de acciones ante los jueces y tribunales, figurando entre las cuestiones más litigiosas y nutridas de doctrina judicial¹. Conflictividad que se manifiesta sobremanera en el supuesto específico de las sucesiones de contratas y en la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa como consecuencia de la aplicación de cláusulas subrogatorias pactadas en convenios colectivos.

En este contexto de extremada litigiosidad asociada a los fenómenos sucesorios, se apuntan como factores que inciden de manera decisiva en la conflictividad, tanto la dificultad para describir la institución a partir de los parámetros que ofrece la dogmática jurídica, como la insuficiencia de un marco normativo que de respuesta satisfactoria al fenómeno subrogatorio en su integridad².

Dicho esto, la cuestión se complica aún más cuando comprobamos que, en este convulso y probablemente inacabado debate³, la jurisprudencia europea juega un papel protagonista sobre la interna a la hora de interpretar la normativa comunitaria, en un ejemplo palpable de ése diálogo interactivo entre la jurisdicción europea y las jurisdicciones nacionales “*que se mueve entre la leal colaboración y la implícita disidencia...*”⁴. O, como generosamente se ha calificado, papel “revulsivo” sobre nuestra doctrina judicial de los pronunciamientos del Tribunal Europeo⁵ en materia de transmisión de empresa⁵.

Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que cobra mayor protagonismo, si cabe, cuando se comprueba la diferente interpretación efectuada en el seno del Tribunal Europeo con respecto a la interna en importantes aspectos en la materia de la transmisión de empresa. Por ejemplo, señaladamente, a propósito de la lectura extremadamente finalista de la Directiva en el Tribunal de Luxemburgo en lo que se refiere, por ejemplo, a la causa de la transmisión⁶,

¹ GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 24.

² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, pág. 6 y ss.

³ No lo entiende así FALGUERA BARÓ, M.A., “Una -preocupada- lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad iuslaboralista*, número 13, diciembre 2018, Editorial Bomarzo, pág. 64, máxime tras la Sentencia del Supremo de 27 de septiembre de 2018.

⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, pág. 17 y ss.

⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *El Foro de Labos, Toda la actualidad laboral y social*, 9 de mayo de 2019, https://forodelabos.blogspot.com/2019/05/las-paradojas-de-la-transmision-de_9.html

⁶ El último y más reciente ejemplo de esta interpretación, hasta el punto de desnaturalizar completamente a nuestro juicio la figura de la transmisión de empresa, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2018, asunto C-194/18, - Jadran Dodič-.

interpretación “elástica” de la causa que ha tenido como efecto que dicho elemento fuera perdiendo relevancia en la delimitación del ámbito de aplicación y que toda la problemática interpretativa haya girado, y lo siga haciendo, en torno al objeto de la transmisión”⁷. O, por ejemplo, en lo que se refiere igualmente a la expansión del concepto de la “entidad económica” en el mismo Tribunal, en cuanto objeto mínimo de la transmisión, hasta amparar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva a supuestos para los que, probablemente, la Directiva no fuera inicialmente diseñada. Nos referimos a la teoría de la “sucesión de plantilla”, enormemente discutible y discutida. No sólo en lo sustantivo, a la vista de las importantes carencias de la interpretación sino, también, o quizá más importante aún, en la vertiente de sus efectos, probablemente no del todo ponderados⁸.

En este contexto, ciertamente convulso, en las próximas líneas nos proponemos efectuar una aproximación crítica a esta institución de la “sucesión de plantilla”, acercamiento para el que resulta presupuesto de todo punto inexcusable el examen de esa jurisprudencia europea y su consecuente recepción en la interna, en muchas de las ocasiones nada pacífica y con importantes giros y vaivenes interpretativos que, en definitiva, no hacen sino situar al operador jurídico laboral en una situación de inseguridad jurídica que, cuando menos, resulta ciertamente desconcertante. Sirva como ejemplo el último giro sobre la cuestión a partir de septiembre de 2018 una vez asentado de manera muy consolidada el anterior de abril de 2016.

Todo ello probablemente fomentado por el denunciado, a nuestro juicio con acierto, *“tal vez excesivo recurso a la cuestión prejudicial por los tribunales del orden social español que se creen obligados a plegarse a las doctrina del TJUE y para ello, manifestada su disconformidad interpretativa con el TS, usan en exceso este mecanismo del sistema de justicia multinivel, buscando el aval comunitario”*⁹.

⁷ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Transmisión de empresa” en AA.VV., *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea, Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, (GARCÍA MURCIA, J. Director), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., año 2017, pág. 722 y 723.

⁸ Como se ha puesto de manifiesto, *“la aplicación de las pautas propias de la transmisión de empresa a un supuesto en el que no se transmite la empresa sino tan sólo determinados medios de la empresa y, más concretamente, los medios humanos (sucesión de plantillas), crea también algunos inconvenientes y algunas dificultades interpretativas”*, *“No es lo mismo la transmisión de una organización productiva que la sucesión de dos o más empresas en la realización de una determinada actividad”*, GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019. Pág. 31 y 32. También en sentido crítico, FERNÁNDEZ MARQUEZ, O.: “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad productiva autónoma”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019.

⁹ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 139.

2.- LA TEORÍA DE LA “SUCESIÓN DE PLANTILLA” EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y SU RECEPCIÓN EN LA INTERNA

Si queremos efectuar una aproximación a la figura de la denominada teoría de la “sucesión de plantilla” debemos comenzar por señalar que nos encontramos ante una institución de creación jurisprudencial en el seno del Tribunal Europeo y que, probablemente, se generara en su momento a la vista de las dificultades para encajar a determinados supuestos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de transmisión de empresas una vez que la propia jurisprudencia europea había tomado definitivamente partido a favor de la opción de la empresa como organización a los efectos de la aplicación de la norma.

A estos efectos, y como antecedentes de la cuestión, resulta conveniente señalar siquiera brevemente que la jurisprudencia del Tribunal Europeo había transitado por diferentes etapas a los efectos de la aplicación de la Directiva en materia de transmisión de empresas, desde una primera en la que se consideraba necesario que se transmitiera una entidad económica, entendida ésta como un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados por contar con una mínima autonomía funcional y organizativa que mantuviera su identidad ¹⁰, pasando por una segunda etapa en la que se abandonaba el concepto orgánico de empresa y se propugnaba su sustitución por un concepto funcional, en el que el criterio determinante vendría determinado por la continuación de la actividad ¹¹, hasta desembocar en la vuelta al concepto de la empresa como organización a partir de determinada resolución ¹², criterio éste que finalmente se consolidada de manera definitiva en la doctrina de Luxemburgo ¹³.

Una vez asentado éste criterio, surge en la jurisprudencia del Tribunal Europeo la denominada teoría de la “sucesión de plantilla” en cuanto excepción a la regla general en materia de transmisión de empresa ¹⁴, a resultas de la cual, la asunción de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de la plantilla de trabajadores del anterior adjudicatario de la contrata en determinados sectores donde la actividad se residiera fundamentalmente en la mera aportación de mano de obra, podría conllevar la aplicación de la Directiva ¹⁵.

Si efectuamos un recorrido por la jurisprudencia interna en la cuestión, inmediatamente comprobamos cómo los vaivenes y giros interpretativos resultan significativos, en buena medida influenciados por los criterios hermenéuticos desde el Tribunal Europeo.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de fecha 18 de marzo de 1986, en el Asunto 24/85, - Spijkers-.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de fecha 14 de abril de 1994, Asunto C-392/92 – Schmidt-

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de fecha 7 de marzo de 1996, Asunto acumulados C-171/94 y C-172/94 – Mercks-.

¹³ A estos efectos, entre otros muchos, se puede consultar el periplo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empres y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, pág. 35 y ss.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, -Süzen-,

¹⁵ Esta teoría se consolida definitivamente, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de diciembre de 1998, en asuntos acumulados C-127/96, C.229/96 y C-74/97, -Hernández Vidal-, o Sentencia de fecha 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, -Temco Service Industries SA-.

Así, en lo que podemos convenir en denominar como una primera etapa en la jurisprudencia interna, a partir del inicio de la década de los noventa el Alto Tribunal va a unificar su doctrina imponiendo la transmisión de elementos patrimoniales como presupuesto necesario para la aplicación de la figura de la sucesión de empresa del art. 44 ET. En esta lectura, una vez descartada la identificación de la contrata con una unidad productiva autónoma a estos efectos, tan solo cuando se transfirieran al nuevo empresario concesionario los elementos patrimoniales que configuraran la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, lo que se denomina el elemento objetivo, unido a la asunción del personal adscrito a la contrata, elemento subjetivo, se activaría la transmisión de empresa, descartándose la aplicación de la figura de la sucesión de empresa en el caso de encontrarnos ante una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta ¹⁶.

En una segunda etapa, interpretación a la altura de octubre del año 2004, el Alto Tribunal va a cambiar diametralmente su interpretación, en un giro de 180 grados que se efectúa con enormes reservas y por imperativo del Tratado de la Unión. En este sentido, a partir de sendas resoluciones, ¹⁷ y ¹⁸, el Tribunal Supremo va a acoger en su seno la teoría de la “sucesión de plantilla”. A partir de aquí, con alguna excepción, esta es una lectura que se va a mantener en la jurisprudencia del Supremo de manera uniforme hasta que, en abril de 2016, se produce un inesperado giro en la jurisprudencia que cambia total y absolutamente su anterior interpretación.

A partir de este momento, el Alto Tribunal va a concluir que en los supuestos de asunciones de plantillas no voluntarias en sucesiones de contratas como consecuencia del cumplimiento de cláusulas subrogatorias negociadas en convenios colectivos, no aplica el mecanismo de la sucesión de empresa del art. 44 ET por haberse asumido al personal de manera imperativa y no voluntaria, limitándose los efectos de la subrogación a lo meramente contractual en función de lo que se hubiera pactado en el convenio colectivo ¹⁹. Esta lectura se va a imponer desde entonces de manera reiterada y pacífica en resoluciones posteriores hasta septiembre de 2018 ²⁰.

¹⁶ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 1997, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 164/1997, Ponente Fernando Salinas Molina, F.J. 4º, con referencia a anteriores sentencias de la misma Sala de fechas 9 de julio de 1991, en recurso 146/1991, de 30 de diciembre de 1993, en recurso 3218/1992, de 5 de abril de 1993, en recurso 702/1992, de 23 de febrero de 1994, recurso 1065/1993, de 12 de marzo de 1996, en recurso 945/1995 y de 25 de octubre de 1996, recurso 804/1996.

¹⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 20 de octubre de 2004, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4424/2003, Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

¹⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27 de octubre de 2004, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 899/2002, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

¹⁹ Sentencia nº 276/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en fecha 7 de abril de 2016, en recurso 2269/2014, Ponente Ángel Blasco Pellicer.

²⁰ A título no exhaustivo, referimos las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo número 365/2016, de fecha 3 de mayo de 2016, en recurso 3165/2014, Ponente Sebastián Moralo Gallego; la Sentencia número 392/2016, de fecha 10 de mayo de 2016, en recurso 2957/2014, Ponente Jesús Souto Prieto; la Sentencia nº 460/2016, de fecha 1 de junio de 2016, en recurso 2468/2014, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer; la Sentencia nº 573/2016, de fecha 28 de junio de 2016, en recurso 322/2015, Ponente José Manuel López García de la Serrana; la Sentencia nº 594/2016, de fecha 30 de junio de 2016, en recurso 2465/2014, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer; la Sentencia nº 644/2016, de fecha 12 de

De este modo, en septiembre del año 2018, y una vez que el Tribunal Europeo había resuelto la cuestión prejudicial planteada en el Asunto Somoza Hermo, el Tribunal Supremo rectifica de nuevo su criterio para descartar la incidencia del convenio colectivo en la declaración de la existencia o no de la transmisión, concluyendo que el hecho de que la subrogación lo sea como consecuencia de lo previsto en el convenio, no afecta al modo en que ha de resolverse el problema ²¹. De este modo, el Supremo afronta la problemática desde la premisa de la constatación de la existencia de una “entidad económica” como requisito previo para la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa, descartando así abordar la cuestión atendiendo a la causa de la subrogación al poner todo el énfasis en el objeto de la transmisión, en lo que podemos convenir como una vuelta atrás a la situación en el período comprendido entre el 2004 y 2016, pero con una muy importante matización una vez que se sienta el criterio de que, la determinación de si se produce o no una transmisión, deberá efectuarse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, en lo que se denomina de manera muy expresiva como el “juicio de ponderación”.

Siendo así, ya no será posible seguir residiendo la aplicación del mecanismo del art. 44 ET única y exclusivamente a partir del denominado método indiciario, basado en la consideración de determinadas actividades como “desmaterializadas”, unido a la posterior superación del denominado “test de sucesión de plantillas”, entendido como la asunción de una parte esencial de la plantilla que el anterior contratista tuviera destinado en la contrata. Y ello así en la medida que el preceptivo “juicio de ponderación” va a exigir, siempre y en todo caso, la constatación de la existencia de una “entidad económica” preexistente a la sucesión previa valoración del conjunto de circunstancias.

La conclusión es de enorme trascendencia, en la medida que permite superar una imperfecta trasposición de la jurisprudencia europea efectuada de manera reiterada por nuestros juzgados y tribunales internos que, de manera excesivamente reduccionista, residían la aplicación de la institución de la “sucesión de plantilla” en el encasillamiento de determinadas actividades como “desmaterializadas”, presunción *iuris et de iure*, unida a la asunción de la plantilla del personal adscrito a la contrata, sin entrar en la concreta valoración de esas otras circunstancias necesarias para la constatación de la necesaria “entidad económica” previa.

A partir de este momento, vuelven a cobrar protagonismo las críticas que, en su momento, cuestionaron la recepción de la jurisprudencia europea en la jurisprudencia interna al señalar que *“el criterio delimitador de la existencia o no de transmisión de empresa en una sucesión de contrata no es exactamente la “sucesión de plantilla” cuanto la transmisión de los “factores de producción” necesarios para realizar el servicio objeto de la contrata, identificable fundamentalmente -pero no absolutamente- con la transmisión de una buena parte de la plantilla”*. Lectura ésta que, ya se apuntaba entonces, obligaría a nuestros tribunales a valorar en cada supuesto si los factores de producción se habían transmitido o no, no tratándose tanto

julio de 2016, en recurso 349/2015, Ponente Jesús Gullón Rodríguez; la Sentencia nº 714/2016, de fecha 21 de julio de 2016, en recurso 102/2015, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer. O, terminando en el año 2018, con las de 3 de mayo de 2018, en rec. 2346/2016, Ponente Viroles Piñol, o la de 29 de mayo de 2018, en rec. 2481/2016, Ponente Moralo gallego, o con la de 31 de mayo de 2018, en rec. 2261/2016, Ponente Sempere Navarro, entre otras muchas.

²¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2018, en recurso 2747/2016, Ponente Sempere Navarro.

de que la mera sucesión de parte de la plantilla configurara necesariamente una transmisión de empresa sino de que se enjuiciara en cada caso según las circunstancias concurrentes”²².

En parecidos términos, se apuntó desde otro sector académico que la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la “sucesión de plantilla”, entendida ésta como el único elemento para determinar la existencia de una sucesión de empresas, sobrepasaba las pretensiones del TJUE, en el entendimiento de que, la aplicación de la doctrina interpretativa del Tribunal Europeo, a lo que obligaba era a valorar en cada supuesto si los “factores de producción” realmente existentes en una empresa contratista adscritos a una contrata se habían transmitido o no²³. Como acabamos de constatar, es esta la lectura que finalmente termina por imponerse en la Sala IV del Alto Tribunal a partir de septiembre de 2018, eso sí, no sin antes un cúmulo de continuos cambios y giros doctrinales.

De este modo, a la altura de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo va a concluir sin ambages que la subrogación en los supuestos de sucesiones de contratas no va a ser automática e incondicional, sino que va a resultar necesario ponderar en cada caso el conjunto de circunstancias concurrentes para concluir si nos encontramos o no ante una “entidad económica”, objeto mínimo de la transmisión que se constituye en el presupuesto inexcusable para su declaración. De manera muy elocuente, *“no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba”*²⁴. Así, en sectores donde la mano de obra constituya el elemento principal de la actividad empresarial, un conjunto de personas adscritas a la actividad “podrá”, en condicional, constituir una unidad económica cuyo cambio de titularidad active la subrogación, pero siempre y cuando se pruebe la existencia del elemento objetivo presupuesto inexcusable para la transmisión, esto es, el de la constatación de la previa existencia de una “entidad económica”.

Contrariamente a lo que pueda deducirse, esta lectura no introduce a nuestro juicio variación alguna en la muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo que, desde el mismo momento de elaboración de la teoría de la “sucesión de plantilla”²⁵, había venido incidiendo en la excepción a la regla general en materia de transmisión de empresas siempre en términos condicionales²⁶, reiterando el criterio hasta nuestros días en la última de sus resoluciones²⁷.

²² SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 396, 397 y 398.

²³ TODOLÍ SIGNES, A.: “Acerca de la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A.): *Jurisprudencia social a debate*, colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 156, quien refiere criterio de HERRAIZ MARTÍN, S.: “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2007, pág. 460.

²⁴ F.J. 7º de la Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2018, en recurso número 2747/2016.

²⁵ Sentencia del Tribunal Europeo, de fecha 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, fundamento 21 *“Pues bien, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún 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 competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”* (Negrita del que suscribe).

²⁶ En los mismos términos condicionales, fundamento 27 de la Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, c-299796 y C-74/97, Hernández Vidal, o en el

Nunca el Tribunal de Luxemburgo manifestó en términos absolutos e incondicionales que una contrata fuera, sin más, una “entidad económica” a los efectos de una posible transmisión, y que la asunción de una parte esencial de la plantilla del personal de la anterior contratista, en términos de número y competencias por el nuevo adjudicatario, fuera el único elemento para el mantenimiento de la identidad. Es más, cuanto el Tribunal Europeo ha rechazado la aplicación de la Directiva, incluso en el supuesto de determinada contrata de limpieza revertida a cierto Ayuntamiento, expresamente ha señalado que la circunstancia de que actividad ejercida por la contratista y la ejercida por el Ayuntamiento fueran similares, o incluso idénticas, no era suficiente para afirmar que se hubiera mantenido la identidad de una entidad económica, y ello en la medida que tal entidad no podía reducirse a la actividad que se le había encomendado por cuanto, su identidad, resultaba también de otros elementos, como el personal que la integrara, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispusiera ²⁸. De ahí que no compartamos el criterio de quienes han mantenido que, la mera asunción de una parte esencial de la plantilla del personal adscrito a la contrata, entre el que no se encontraría el personal de dirección, convertía a una subrogación convencional en legal, desde la perspectiva de que el Tribunal Europeo, a nuestro juicio, nunca había sentado que la asunción de plantilla fuera una condición suficiente para la aplicación del art. 44 ET ²⁹.

En estos términos, creemos que con la nueva interpretación jurisprudencial de la Sala IV de septiembre de 2018, la exigencia de llevar a cabo el “juicio de ponderación” pudiera desembocar en una inaplicación de la Directiva ³⁰. Y ello desde la perspectiva de que entendemos que el requisito de la constatación de la “entidad económica” previa como presupuesto para la aplicación de la Directiva siempre ha jugado como un límite expreso para la aplicación de la misma, por mucho que se flexibilizara el concepto hasta el extremo en esos sectores en los que se argumentaba que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, de ahí que sólo se considerara como “entidad económica” al conjunto organizado de

fundamento 26 de la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 24 de enero de 2002, asunto C.51/00, Temco Service Industries SA.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, Somoza Hermo, fundamento de derecho 21: “Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común **puede constituir una entidad económica**, ha de admitirse que dicha entidad **puede mantener su identidad** aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea” (Negrita del que suscribe)

²⁸ F.D. 41 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 20 de enero de 2011, Asunto C-463/2009, -CLECE-Cobisa-.

²⁹ En sentido contrario, MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, “colección Laboral”, 150, Valencia 2003.

³⁰ No lo entiende así algún sector doctrinal, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla ‘ex’ convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina «Somoza Hermo» (¿con matices?)”, Una mirada crítica a las relaciones laborales, 26 de octubre de 2018, <https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/>.

trabajadores a falta de otros factores de producción puestos en juego en la contrata ³¹. Circunstancia ésta que correspondería examinar, en todo caso, al juzgador interno.

3.- LAS DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA “SUCESIÓN DE PLANTILLA” AL SUPUESTO DE LAS SUCESIONES DE CONTRATAS

En todo caso, dicho esto, y una vez que resulta incuestionable que el elemento nuclear del debate reside de nuevo en el objeto de la transmisión ³², que se convierte así en el instrumento esencial para delimitar el alcance de la normativa subrogatoria ³³, las dificultades para entender comprendida, en su caso, dentro del mecanismo de la transmisión de empresa de la Directiva a las sucesiones de contrata a través de la teoría de la “sucesión de plantilla”, resultan a nuestro juicio insalvables. Y ello desde la perspectiva de que, en el ámbito de la descentralización productiva, no se darían los presupuestos necesarios para entender que pudiéramos encontrarnos ante lo que le legislador denomina como una “entidad económica”; menos aún, para el mantenimiento de su identidad tras la sucesión de contrata. A salvo, obviamente, el uso fraudulento de la contrata. Y ello por mucho que el Tribunal europeo haya “forzado” hasta el extremo la lectura de la Directiva para extenderla a supuestos más allá de aquéllos para los que inicialmente fue concebida, interpretación calificada como “creativa” incluso desde los sectores más favorables a su recepción, ³⁴ lo que, de inicio, da buena muestra de su problemática. Y ello va a ser así en la medida en que no cabe mantener que, un centro de trabajo o una unidad productiva, puedan funcionar por sí mismos sin contar con el soporte de una organización empresarial en sentido pleno ³⁵.

³¹ Apartado 35 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2018, C- 60/17, asunto Somoza Hermo.

³² CALVO GALLEGOS, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contrata y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012, pág. 207.

³³ GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

³⁵ GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 26.

3.1.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA EXISTENCIA DE UNA “ENTIDAD ECONÓMICA”: LA CONTRATA NO ES UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Como punto de partida, para que aplique la normativa en materia de transmisión de empresa, lo relevante es que se transmita un conjunto de medios que puedan funcionar como una organización productiva. En este sentido, cuando el legislador interno incorpora en la norma de trasposición de la Directiva el concepto de la “entidad económica” acuñado en la jurisprudencia europea³⁶, noción de síntesis de los supuestos de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma para aludir así de manera abreviada al conjunto de posibles objetos de transmisión³⁷, lo define como el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. Desde esta perspectiva, la unidad productiva autónoma, en cuanto objeto mínimo de transmisión³⁸, debe responder igualmente a esa exigencia de conjunto de medios organizados preceptuada en la norma.

En este sentido, en materia de transmisión de empresa, *“La operatividad del precepto exige que se actúe sobre, al menos, un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”,* debiendo poseer lo transmitido *“enjunidia bastante como para arrastrar consigo al trabajador”*³⁹. Dicho de otro modo, *“para que exista una sucesión de empresa incluida en el art. 44 ET no basta que un empresario sustituya a otro en la realización de una actividad, sino que es necesario que se transmita un conjunto patrimonial susceptible de explotación”*⁴⁰

A partir de aquí, las dificultades para la aplicación de la teoría de la “sucesión de plantilla” se plantean cuando trasladamos el concepto legal de la “entidad económica” al ámbito de la contrata, entendida ésta como *“el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero”*⁴¹, en la medida que no se dan en modo alguno las características para identificarla con lo que el legislador denomina como una unidad productiva autónoma⁴².

³⁶ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgente de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en cuyo art. 2 dos se procede a dar nueva redacción al art. 44 ET.

³⁷ MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, “colección Laboral”, nº 150, Valencia 2003, pág. 52.

³⁸ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 58, año 2005, pág. 222.

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.9/2014 y 10/2014 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, BIB 2014\90.

⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A.: “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*, nº 38, pág. 249.

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 1993, recurso 702/1992, Ponente Julio Sánchez Morales de Castilla, F.J. 3º.

⁴² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 1997, recurso número 164/1997, Ponente Fernando Salinas Molina, F.J. 2º, o la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2002, recurso número 4749/2000, Ponente Moliner Tamborero, muy ilustrativa a este respecto dada la expresa referencia a la doctrina de la sucesión de plantilla en el Tribunal Europeo.

En este contexto, a los efectos de la aplicación del art. 44 ET, el Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada que *“ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”,* y que *“por lo mismo, la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos”*⁴³. Conclusión ésta absolutamente lógica y coherente cuando tenemos en cuenta que, *“en la sucesión de contratas no se transmiten, en principio al menos, unos elementos patrimoniales organizados y aptos para obtener una utilidad, esto es, no se transmite una unidad patrimonial con vida propia y organizada sino tan solo una actividad o tarea productiva específica a la cual están adscritos determinados trabajadores”*⁴⁴. Entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada⁴⁵, al remitir el concepto de entidad económica a un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio⁴⁶.

De este modo, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar, no resulta suficiente para afirmar que exista una transmisión de una entidad económica, en la medida que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa, resultando su identidad también de otros elementos, como el personal que lo integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone⁴⁷.

Desde esta perspectiva, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva en la medida que la empresa de servicios no deja de existir íntegramente, sin que

⁴³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2015, recurso número 91/2014, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández, F.J. 4º. En el mismo sentido, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2013, recurso número 3228/2012, Ponente Mª Luisa Segoviano Astaburuaga, F.J. 3º, o Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2014, recurso número 1741/2013, Ponente Jesús Souto Prieto.

⁴⁴ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 389.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, -Süzen-

⁴⁶ Recientemente, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, - Jadran Dodič-, F.J. 30: *“Ha de señalarse, a continuación, que, para que la Directiva 2001/23 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable. El concepto de entidad remite así a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (véanse, en ese sentido, las sentencias de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, EU:C:1998:595, apartado 25, y de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, C-151/09, EU:C:2010:452, apartado 26)”*

⁴⁷ F.D. 41 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 20 de enero de 2011, asunto C-463/2009 -Clece-Cobisa-.

pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata ⁴⁸.

En definitiva, en el debate entre el concepto de “empresa organización” y “empresa actividad” ⁴⁹, la jurisprudencia europea zanja la cuestión concluyendo que, para que aplique la Directiva, no es suficiente con la sucesión en la mera actividad, resultando imprescindible la existencia previa de una unidad productiva que, en cuanto tal, pudiera funcionar autónomamente ⁵⁰.

No podría ser de otro modo, desde la simple perspectiva de que “*Lo que caracteriza a la autonomía organizativa es la capacidad de explotación diferenciada*” ⁵¹, autonomía organizativa que no se daría en el ámbito de una contrata salvo que se entregara a la empresa contratista entrante la infraestructura u organización básica para la explotación ⁵².

Quizá precisamente por ello, consciente el intérprete comunitario de las limitaciones para aplicar la Directiva en materia de transmisión de empresa en el supuesto de las sucesiones de contratas, en un intento realmente forzado por acomodar la supuesta protección de los trabajadores ante lo que entiende como una nueva creciente realidad empresarial, elabora en su seno la teoría de la denominada como “sucesión de plantilla”.

De esta manera, el Tribunal Europeo va a concluir que, en determinados sectores económicos, en los que los elementos patrimoniales se reducen a menudo a su mínima expresión al descansar la actividad esencialmente en la mera aportación de mano de obra, un conjunto

⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2014, recurso número 1741/2013, Ponente Jesús Souto Prieto: “*Porque la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 del E.T., como ya ha señalado esta Sala en sus sentencias de 5 de abril de 1993 (R. 702/92), 10 de diciembre de 1997 (R. 164/97) y 24 de julio de 2013 (R.3228/12). La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del art. 44- 1 del E.T. porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios*”.

⁴⁹ Se puede consultar el devenir al respecto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, pág. 35 y ss; más recientemente, en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, pág. 15, o en GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, págs. 90 a 97.

⁵⁰ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 58, año 2005, pág. 226.

⁵¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, pg. 48.

⁵² ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 1, 2018, pág. 12 de 16.

organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica, cuando no existieran otros factores de producción. Y, más allá, va a poder mantener su identidad cuando el nuevo contratista se hiciera cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, de la plantilla de los trabajadores adscritos a la contrata por el anterior adjudicatario. Lo que no quiere decir que hubiera optado por una conceptualización a favor de la “empresa-actividad”⁵³, sino por una excepción a la regla general en la que, si bien se flexibiliza el concepto de la “entidad económica” para adaptarlo a determinadas circunstancias, no se desnaturaliza hasta el punto de hacerlo irreconocible hasta coincidir actividad con “entidad económica” a estos efectos.

Con estos antecedentes, la pregunta lógica es, ¿resulta factible mantener que una contrata pueda presentar esas características de resultar un conjunto organizado de trabajadores, con sus propios directivos, su propia organización del trabajo, con sus propios métodos de explotación, sin interconexión alguna con cualquier otro factor de producción de la empresa, y funcionando con plena autonomía y responsabilidad al margen de la empresa contratista, hasta el punto de mantener que podría constituir lo que se entendería como una “entidad económica” en los términos prevenidos en la norma?

La respuesta es que no, a salvo un uso fraudulento de la figura de la descentralización productiva. Y ello fundamentado en los siguientes argumentos.

En primer lugar, porque lo característico del negocio de la contrata, en cuanto mecanismo de interposición en el contrato de trabajo que hace que la prestación de servicios de los trabajadores del contratista no se realice únicamente en beneficio exclusivo y directo del empresario con el que han suscrito el contrato de trabajo, sino por encargo y a beneficio de otro empleador⁵⁴, es que el empresario contratista que asume el encargo debe aportar para su ejecución una organización empresarial en la que se insertan unas prestaciones laborales y éstas tienen un carácter meramente instrumental para la obtención del resultado final: “*Con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir, una actividad ejecutada con medios propios, y organizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista*”⁵⁵. Y si esto no es

⁵³ No nos mostramos de acuerdo, por tanto, con quienes defienden que tras Suzén, Temco, etc... el TJUE finalmente haya acabado admitiendo la tesis de la “empresa/actividad” en estos sectores “desmaterializados” siempre que principalmente el nuevo adjudicatario asuma una parte relevante de la plantilla del anterior, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas ‘desmaterializadas’ y art. 44 ET: algunas notas”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 10 de marzo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratas-desmaterializadas-y-art-44-et-algunas-notas/>. En el mismo sentido, LLORENS ESPADA, J.: “Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente”, *Revista de información laboral*, nº 8, agosto 2018, Thomson Reuters.

⁵⁴ “*Mecanismo de interposición en el contrato de trabajo que hace que la prestación de servicios de los trabajadores del contratista no se realice únicamente en beneficio exclusivo y directo del empresario con el que han suscrito el contrato de trabajo, sino por encargo y a beneficio de otro empleador*”, RAMOS QUINTANA, M.L.: “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 25, 2017.

⁵⁵ Sentencia nº 651/2016 dictada en fecha 4 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso 5102/2015, Ponente Isabel Olmos Pares.

así, si el empresario no aporta su organización empresarial, no hablamos de descentralización productiva. Y precisamente para esos supuestos conserva plena validez la doctrina tradicional que establece los requisitos que permiten trazar la línea fronteriza entre una verdadera contrata y lo que no pasa de constituir una mera cesión ilegal de trabajadores ⁵⁶.

En segundo término, porque no es posible entender que en una contrata no confluyan esos otros factores de producción a los que expresamente se refiere el Tribunal Europeo de manera reiterada en su propia jurisprudencia y que, esencialmente, residen en la puesta en juego de la estructura empresarial en cuanto soporte necesario e imprescindible para el desarrollo de la actividad. Resulta inimaginable pensar que una contrata pudiera funcionar “sola”, única y exclusivamente con el personal objeto de subrogación, al margen de cualquier soporte material o inmaterial de la empresa contratista, en la medida que su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone ⁵⁷. Salvo que, como hemos apuntado, no nos encontremos ante un supuesto de descentralización productiva sino ante otra figura prohibida en nuestro ordenamiento jurídico laboral. Resulta impensable que los trabajadores adscritos a una contrata se impartan a sí mismos la formación; que organicen la preceptiva actividad preventiva en la contrata al margen del soporte de la empresa contratista en los términos, muy exigentes, especificados en la norma, -en muchos casos, por el número de trabajadores de la contrata, con servicio de prevención propio o, en el mejor de los supuestos, mancomunado-; que ellos mismos negocien sus condiciones laborales sin intervención de los departamentos de RRHH o de RRLD de las empresas contratistas; que canalicen las necesidades de material sin la intervención del correspondiente departamento de compras; que se elaboren ellos mismos sus propias nóminas; que gestionen todas las cuestiones relacionadas con los temas financieros y de tesorería necesarios para poder percibir sus retribuciones, etc...

Al fin y a la postre, *“el todo que conforma la unidad económica productiva cuya transmisión determina obligaciones subrogatorias es primeramente un conjunto de elementos -parte- que presentan la característica fundamental de tener capacidad productiva”*. Conjunto de elementos que en la contrata no son identificables, ni muchísimo menos, simplemente con el personal objeto de subrogación sin más. Y ello por mucho que alguno de los factores productivos pudiera tener mayor o menor incidencia en función del sector o ámbito de actividad, desde la perspectiva de que *“en mayor o menor grado, la transmisión siempre deberá involucrar factores patrimoniales (materiales y/o inmateriales) y personales para que aquélla pueda operar”* ⁵⁸. Esos elementos patrimoniales, tangibles, intangibles o ambas cosas,

⁵⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005, pág. 6.

⁵⁷ F.D. 15 de la Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Súzen, F.D. 30 de la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, C.229/96 y C-74/97, o F.D. 41 de la Sentencia de 20 de enero de 2011, asunto C-463/2009, -Clece-Cobisa-

⁵⁸ FERNÁNDEZ MARQUEZ, O.: “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad productiva autónoma”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 71 y 72.

no se actualizan en la contrata sin la organización y estructura puesta en juego en la contrata por la propia empresa contratista. En definitiva, lo que con acierto se denomina como “transmisión relevante”⁵⁹.

En tercer lugar, porque una contrata nunca va a gozar de la necesaria autonomía previa a la transmisión, entendida ésta como las “*facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectados, 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 a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario*”⁶⁰. Y ello por mucho que esta exigencia se haya podido flexibilizar sobremanera en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, hasta el punto de entender que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resultaría afectada por la circunstancia de que el empresario impusiera obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerciera así una influencia amplia en las actividades de éste, al resultar exigible en todo caso que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios⁶¹.

Siendo así, aunque pudiéramos aceptar un cierta superación de la concepción estrictamente patrimonialista de la “entidad económica”⁶², hasta el punto de poderla aplicar a supuestos de transmisión de elementos de carácter inmaterial y de alto valor económico⁶³, no resulta discutible que la contrata, en cuanto mera actividad, no encajaría en el concepto de la “entidad económica” entendida como una unidad productiva autónoma y, en cuanto tal, categoría organizativo-funcional integrada en la empresa⁶⁴.

Y, en este sentido, creemos que resulta conveniente realizar algunas observaciones en relación con la denominada teoría de las actividades “desmaterializadas”. Y ello desde la simple perspectiva de que tampoco creemos que, la contrata, encuentre encaje en esa construcción

⁵⁹ AGÍS DASILVA, M.: “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 723 y ss.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de marzo 2014, asunto C-458/12, -AMATORI Telecom Italia-, apartado 32 y ss.

⁶¹ CALVO GALLEGO, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012, págs. 205-226. En el mismo sentido, ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

⁶² A propósito de esta “fricción” entre la jurisprudencia europea e interna en lo que se refiere al propio concepto de la “entidad económica”, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. y RUIZ CASTILLO, M.M.: “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, págs.. 524 a 530, en un toma de posición a favor de la lectura comunitaria en detrimento de la mantenida en la Sala IV que no compartimos.

⁶³ LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003, págs.. 106 y 107.

⁶⁴ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, pág. 9.

en la medida en que resulta muy cuestionable, tanto desde una perspectiva teórica como práctica, afirmar que resulta posible que una contrata funcione en determinados sectores, con la mera aportación de mano de obra por el empresario contratista.

Probablemente parte del problema venga predeterminado por cierta confusión entre lo que se entiende como una concepción “materialista” o “espiritualista” de la empresa, dicotomía que no resulta tal desde la perspectiva de que, lo patrimonial, entendido como el conjunto de bienes y obligaciones que corresponden a la esfera jurídica de una persona, comprende tanto lo material como lo inmaterial, que es susceptible de generar derechos transmisibles, por ejemplo, propiedad intelectual o industrial ⁶⁵.

En esta lectura que defendemos, aún en el escenario de una contrata en la que el valor de los elementos materiales tangibles se redujeran a la mínima expresión, cuestión ésta que dependerá de cada contrata en cuestión, no es discutible que detrás de ése necesario conjunto organizado de medios necesarios para llevar a cabo una actividad esencial o accesoria en qué consiste la entidad económica, los intangibles jugarían un papel determinante. Desde esta perspectiva, no compartimos la teoría de las empresas “desmaterializadas” ⁶⁶.

Desde esta perspectiva, la verdadera protección del trabajador quizá no resida tanto en la aplicación de una manera forzada de la figura de la sucesión de empresa del art. 44 ET a supuestos para los que no estaría pensada cuanto en la delimitación del uso fraudulento de la descentralización productiva, y ello en la medida que *“Acaso, incluso, el problema nazca en ocasiones antes, esto es, a la hora de calificar la licitud de una determinada contrata de servicios y de marcar las diferencias con una cesión de trabajadores”* ⁶⁷.

Si no existe duda de que lo material abarca tanto a lo tangible como a lo intangible ⁶⁸, en la línea de lo que mantiene el Tribunal Europeo desde la propia conceptualización de la teoría de la “sucesión de plantilla”, -recordemos, *“En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo*

⁶⁵ DESDENTADO BONETE, A.: “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*, nº 38, pág. 250.

⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, monográfico 5/2017, nº 5, 1 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pág. 5 de 42, con referencia a MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem ediciones, 1999, pág. 121-122.

⁶⁷ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 392.

⁶⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, Dodic)”, 6 de junio de 2019, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <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/>

material o inmaterial...”⁶⁹-, no podemos convenir en aceptar la teoría de las empresas “desmaterializadas” en lo que se denomina como sectores intensivos de mano de obra en la medida que, de una u otra, manera, en la contrata nos encontraremos con elementos materiales, los edificios, los bienes muebles, las existencias, o inmateriales, el conjunto de conocimientos y técnicas, -know how- o la propia imagen de marca- good will-⁷⁰. Y en este sentido, aún para esos sectores típicos que se catalogan como “desmaterializados”, “habría que plantear el modo en que ha de valorarse otros elementos patrimoniales más allá de los bienes materiales en sentido estricto, esto es, los bienes inmateriales o también denominados intangibles”, cuestión trascendental a juicio de la autora “porque en el fondo está el límite a la interpretación finalista por la que ha optado el TJUE”, en opinión que compartimos plenamente⁷¹.

Dicho esto, la propia teoría de las actividades “desmaterializadas” adolece de una falta de criterio en la jurisprudencia europea e interna que resulta preocupante a estos efectos, en una prueba evidente a nuestro juicio de su inconsistencia. En este sentido, es imposible encontrar unos parámetros claros y concluyentes a tenor de los cuales resultara posible, con un mínimo de seguridad jurídica, determinar cuándo nos encontramos ante lo que se considera como una actividad “materializada” o “desmaterializada”⁷². Sirva como muestra la catalogación en el Tribunal Europeo de la actividad de vigilancia como actividad “materializada”⁷³, o en nuestro Tribunal Supremo, la actividad de contact center como “materializada”⁷⁴, o la de servicios técnicos auxiliares en soporte informático, actividad con un muy alto valor inmaterial en los propios informáticos, como “desmaterializada”⁷⁵, conclusión ésta objeto de severas críticas, en lo que se denominó como una aplicación “ciega” de la doctrina TEMCO⁷⁶.

⁶⁹ F.D. 18 de la Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, -Süzen-.

⁷⁰ Las referencias con respecto a lo que se entienda como elementos materiales o inmateriales se toman del F.D. 91 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, -Spijkers-.

⁷¹ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 149.

⁷² Se puede consultar una excelente crítica al respecto en SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, págs. 146 a 156.

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 19 de octubre de 2017, asunto C.-200/16

⁷⁴ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013, en recurso 1377/2012, Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.J. 2º, o la Sentencia de la misma Sala de 27 de enero de 2015, recurso 15/2014, mismo Ponente.

⁷⁵ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de abril de 2015, en recurso 348/2014, Ponente José Luis Gilolmo López, F.J. 3º apartado 2.

⁷⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla en contrata consistente en activo inmaterial (STS 27 de abril 2015, rec. 348/2014)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 19 de mayo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratas-desmaterializadas-y-art-44-et-algunas-notas/>

3.2.- EL INEXISTENTE MANTENIMIENTO DE LA IDENTIDAD POSTERIOR A LA TRANSMISIÓN EN EL ESCENARIO DE LAS SUCESIONES DE CONTRATAS

No acaban aquí los problemas para incardinar el supuesto de las sucesiones de contratas en el ámbito del artículo 1 apartado 1 de la Directiva 2001/23 pues, aún en el escenario de convenir que la contrata pudiera cumplir con los requisitos para entender que nos encontraríamos ante lo que se conceptúa como una “entidad económica” a los efectos de la transmisión, -lo que de ningún modo compartimos, como acabamos de exponer-, aún en ése supuesto resultaría tremendamente complicado, por no decir imposible, entender que se pudiera cumplir con el requisito del mantenimiento de la identidad de la entidad económica con posterioridad a la transmisión.

En este sentido, a los efectos del mantenimiento de la identidad debemos partir de una muy consolidada doctrina en el seno Tribunal Europeo en la que se reside el cumplimiento del requisito en los siguientes presupuestos ⁷⁷.

Así, en primer lugar, el mantenimiento de la identidad va a resultar, en particular, de que se continúe efectivamente la explotación o de que ésta se reanude. Una vez constatado este primer presupuesto, para determinar si concurre el requisito del mantenimiento de la identidad deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caractericen la operación, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan cedido 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 se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya cedido 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 ⁷⁸. Siempre, eso sí, teniendo en cuenta que estos elementos resultan tan solo aspectos parciales de una necesaria evaluación de conjunto, sin que puedan apreciarse aisladamente. Por último, la jurisprudencia europea se ha encargado de precisar que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios varía en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate ⁷⁹.

Cierto es que, a partir de la Sentencia Süzen, el Tribunal va a dar reglas sobre la forma de actuar frente a la clásica matriz tipológica de indicios, dando un papel relevante al orden en que se enumeran los mismos desde la perspectiva de que, la importancia respectiva que deba atribuirse a los distintos criterios, varía necesariamente en función de la actividad ejercida o,

⁷⁷ Desde la Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 19 de mayo de 1992, en asunto C- 29/91, -Stichting-, fundamentos 23 y 24, a la Sentencia de 9 de septiembre de 2015, y otros, asunto C-160/14 - Ferreira da Silva e Brito- apartados 25 y 26, entre otras muchas.

⁷⁸ En sentido crítico, se ha señalado que “*La enumeración es tan amplia que resulta poco concluyente*”, DESDENTADO BONETE, A.: “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*, nº 38, pág. 250. A lo que añadiríamos que poco imaginativa, pues realmente resulta incomprensible que décadas después se siga recurriendo al recurso del corta copia pega sin mayor fundamentación.

⁷⁹ Como último exponente de esta lectura, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, - Jadran Dodič-, fundamentos 33, 34 y 35.

incluso, de los métodos de producción utilizados⁸⁰. En particular, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mera aportación de mano de obra, el Tribunal va a concluir que, ése conjunto organizado de trabajadores que podría constituir una entidad económica, podría igualmente mantener su identidad cuando el nuevo adjudicatario se hiciera cargo de una parte “esencial”, en términos de número y competencias, de la plantilla de trabajadores adscritos a la contrata por el anterior adjudicatario. Conclusión ésta que, en nuestro modesto entender, se residencia sobre dos presupuestos incorrectos.

En primer lugar, y en lo que se refiere a la parte “esencial” de la plantilla de trabajadores de la anterior contratista, de partida, son numerosos los problemas aplicativos e interpretativos que se derivan respecto de lo que deba entenderse como “esencial” a estos efectos, con una disparidad de criterios en el ámbito judicial preocupante en el que se evidencia que aunque la dimensión cuantitativa está siempre en el análisis, la atención en la cualitativa es mucho menos recurrente⁸¹, habiéndose apuntado que no sería necesario acudir a un criterio estrictamente numérico y mayoritario en la medida que el número de trabajadores que ha pasado a incorporarse a la nueva plantilla tiene que ser significativo⁸².

En todo caso, y a los efectos de nuestro debate, como quiera que *“la esencialidad de la parte de la plantilla asumida por el nuevo empresario ha de ser un reflejo de la valoración previa realizada respecto de la autonomía de la entidad económica transmitida”*⁸³, va a resultar imposible que, en el ámbito de las sucesiones de contratas, por definición, el nuevo adjudicatario se subrogue en una parte “esencial” de los trabajadores necesarios para llevar a cabo ése encargo. Y ello en la medida en que no resulta cuestionable que, el único personal en el que se va a subrogar el nuevo adjudicatario, es en el asignado en exclusiva a la contrata, nunca en el personal de estructura de la empresa contratista, lo que en el argot denominados como “fijo de empresa”. De modo que el nuevo contratista nunca se va a subrogar en el conjunto organizado de trabajadores necesarios para llevar a cabo una actividad esencial o accesoria.

En estos términos, el requisito de la “esencialidad”, en términos de número y de competencias, resulta imposible de cumplir en el ámbito de las sucesiones de contratas, en una prueba más de lo forzado de la interpretación de la figura de la “sucesión de plantilla” y su consecuente aplicación a este ámbito.

⁸⁰ CALVO GALLEGO, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012.

⁸¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, pág. 26.

⁸² ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018, pág. 10.

⁸³ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, noviembre 2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., pág. 167.

Como segunda objeción a la teoría de la “sucesión de plantilla” en lo que se refiere al mantenimiento de la identidad, líneas arriba hemos apuntado cómo la propia jurisprudencia europea mantiene que *“Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone”*⁸⁴. Siendo así, residir el mantenimiento de la identidad en la asunción de una parte esencial del personal de la contrata supone incurrir en una evidente contradicción con el propio mandato del Tribunal Europeo cuando establece que las circunstancias a valorar son tan solo aspectos parciales de una necesaria evaluación de conjunto, por lo que no sería correcto residir todo el argumento a favor del mantenimiento de la identidad en uno de esos elementos en exclusiva.

Y esto es así porque, como ha concluido el propio Tribunal Europeo, no es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diferentes factores de producción transmitidos sino del vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los diferentes factores de producción transmitidos, el elemento que se constituye en pertinente para la determinación del mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida⁸⁵. Vínculo que desaparece evidentemente en los supuestos de sucesiones de contratas, en la que cada contratista aportará sus propios factores de producción más allá del personal estrictamente subrogable: su propio personal de dirección, su personal de estructura, sus elementos patrimoniales propios, materiales e inmateriales, tangibles o intangibles, sus propios métodos de explotación, su know-how, etc...

En tercer lugar, la circunstancia de que la subrogación del personal adscrito a la contrata lo sea voluntaria o como consecuencia de una obligación establecida en el convenio colectivo, debería a nuestro juicio servir para valorar el requisito del mantenimiento de la identidad.

Es verdad que el Tribunal Europeo, a partir de julio de 2018, parece que rechaza el argumento de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que, cuando la subrogación se producía como consecuencia del mandato establecido en convenio colectivo, los efectos de la misma debían limitarse a los términos pactados en la norma convencional⁸⁶. Criterio este último que levantó importantes críticas al entender que se infringía la doctrina comunitaria y, con ello, el principio de jerarquía normativa dado el carácter indisponible del art. 44 ET⁸⁷. Incluso también entre quienes entendían que el argumento podría resultar impecable desde la óptica legal y de

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de fecha 20 de enero de 2011, Asunto C-463/2009, CLECE-Cobisa.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de fecha 9 de enero de 2015, Asunto C-160/14, en la línea mantenida anteriormente en la Sentencia de 29 de julio de 2010, Asunto C-151/09.

⁸⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2016, en recurso 2269/2014, Ponente Blasco Pellicer, F.D. 2º

⁸⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, pág. 28 a 31.

estricta dogmática jurídica pero no respondía a la interpretación abierta y finalista del elemento causal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo ⁸⁸.

Ahora bien, dicho esto, una cosa es que el carácter voluntario o no de la subrogación no pueda considerarse como el elemento decisivo a la hora de declarar la aplicabilidad de la Directiva y, otra muy diferente, que no debiera tenerse en cuenta esta circunstancia de la asunción voluntaria u obligatoria del personal adscrito a la contrata a los efectos de la valoración del mantenimiento de la identidad.

En este contexto, con anterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial en Somoza-Hermo, el Tribunal Europeo ya había mantenido que la asunción del personal como consecuencia de la obligación impuesta en convenio colectivo “*no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiera a una entidad económica*” ⁸⁹, expresión literal ésta que reitera en Somoza-Hermo ⁹⁰, y con la que, en puridad, no sabemos muy bien qué quería expresar el Tribunal, máxime cuando en ambos supuestos se alude a que el objetivo de los convenios y de la Directiva es el mismo.

Este mismo debate se había planteado ya con anterioridad en nuestra jurisprudencia interna, conviviendo algún pronunciamiento en el que se descartaba la incidencia del carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla en el alcance de la obligación de la subrogación, con apoyo en el Asunto Temco ⁹¹, con otros posteriores en los que se mantenía exactamente lo contrario, incidiendo la Sala en el carácter voluntario u obligatorio de la asunción del personal como elemento determinante para la declaración de la inexistencia de una transmisión ⁹². De este modo, si la subrogación lo era como consecuencia del mandato establecido en el convenio, la extensión y límites de esa obligación debían quedar referidos a lo que se estableciera en el régimen jurídico del convenio ⁹³.

⁸⁸ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Transmisión de empresa” en AA.VV., *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea, Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, (GARCÍA MURCIA, J. Director), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., año 2017, pág. 728.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de fecha 24 de enero de 2002, C- 51/0, asunto Temco Service Industries SA, F.D. 27.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2018, C- 60/17, asunto Somoza Hermo, F.D. 38.

⁹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2010, en recurso 2300/2009, Ponente Desdentado Bonete, F.D. 2º: “*La parte recurrente alega que en el presente caso la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Así es. Pero el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la sentencia el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable.*”

⁹² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013, en recurso 1377/2012, Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.D. 2º. 2º “... *porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo, norma que sólo obliga a lo que en ella se dispone, aparte que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva.*” (Negrita del que suscribe)

⁹³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013, en recurso 1377/2012, Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.D. 2º. 2º “*En consecuencia, llegados al punto de establecer si ha lugar o no a dicha incorporación y en qué medida y cuales deberán ser sus consecuencias, es el convenio colectivo el que impone una contratación del 90% de la plantilla anterior y*

Sea como fuere, la cuestión es que, a partir de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo rectifica su anterior conclusión sentada a partir de abril de 2016 y declara que debe modificar una de las premisas de su anterior doctrina para concluir que, en contra de lo que habían 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”*⁹⁴. Afirmación ésta que, para cierto sector doctrinal, supone que *“se acepta de forma acrítica la premisa comunitaria de que la voluntariedad u obligatoriedad de la asunción de plantilla es un dato intrascendente a la hora de aplicar la normativa comunitaria y, por ende, la normativa nacional que la traspone, sin que dicha premisa sea fruto de una mayor explicación”*, cuando realmente la obligatoriedad es un dato relevante porque de no darse ésta no cabría apreciar la subrogación⁹⁵.

La realidad es que no nos atreveríamos a discutir la conclusión del Alto Tribunal en términos tan contundentes, sobre todo una vez que el Tribunal Europeo se pronuncia en términos tan amplios en lo que se refiere al elemento causal a los efectos de la transmisión. Pero, como hemos apuntado líneas arriba, una cosa es que la voluntariedad o no de la asunción del personal se considere elemento determinante para la aplicación de la Directiva, y otra muy diferente, que esta cuestión no pudiera tener incidencia a la hora de valorar el requisito del mantenimiento de la identidad, no teniendo ni mucho menos tan claro que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar como un requisito de resultados y no de medios⁹⁶, consideración ésta que no creemos que se deduzca de la Sentencia Clece-Cobisa.

En este debate, hace ya tiempo que desde algún sector se propuso que, *“en actividades como la limpieza o la vigilancia y seguridad, el elemento personal -con escasa cualificación profesional y, por ende, fácilmente sustituible, y con funciones que no se desarrollan en contacto con el público o los clientes de la empresa- no constituya por si solo normalmente una entidad económica”*, por lo que a juicio de aquéllos autores *“el punto de mira debería situarse en el carácter voluntario o imperativo de la transferencia de personal, debiéndose otorgar relevancia a la asunción de personal por parte del empresario entrante únicamente cuando estemos ante una “adquisición” voluntaria de ése elemento organizativo, pues ello será revelador de la transmisión de una auténtica entidad económica”*, proponiendo trazar una distinción entre la transferencia de personal voluntaria y la impuesta al nuevo empresario por

el resto de las condiciones y consecuencias específicas. La recurrente no ha acogido al 90% de la plantilla por su voluntaria decisión configurando así una transmisión sino que en virtud del mandato convencional ha operado la contratación y es dicho mandato el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de esa imposición. Análoga cuestión a la que es ahora objeto de controversia ha sido resuelta si bien en relación a otro sector de actividad, refiriéndonos a la doctrina unificada aplicada en la interpretación del artículo 14 del convenio colectivo de empresas de Seguridad, S.T.S. de 7-4-2016 (R.C.U.D. 69/2014)” (Negrita del que suscribe)

⁹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2018, en recurso 2747/2016, Ponente Sempere Navarro, F.D 7º.

⁹⁵ GIL PLANA, J.: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 230 y 231.

⁹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, pág. 18.

cuanto que, sólo en el primer caso, podría existir genuina transmisión de una entidad económica a juicio de los autores⁹⁷.

En todo caso, cerrado el debate por el propio Tribunal Supremo en septiembre de 2018, la realidad es que existen argumentos de peso para entender que en el escenario de la teoría de la “sucesión de plantillas” no resulta posible tampoco entender que pudieran cumplirse los requisitos exigidos en la propia jurisprudencia europea para entender cumplido el del mantenimiento de la identidad con posterioridad a la pretendida transmisión, conclusión ésta que abundaría en la inaplicación de la Directiva en los supuestos de sucesiones de contratadas.

4.- LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA FORZADA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA A LOS SUPUESTOS DE SUBROGACIONES CONVENCIONALES Y SUS POSIBLES EFECTOS

En una primera lectura, y desde la exclusiva perspectiva de la protección de los trabajadores, dejando de lado en este momento el necesario justo equilibrio de intereses, finalidad ésta a la que también se alude en la norma europea, pudiera parecer que la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa de la Directiva a los supuestos de subrogaciones estipuladas en convenios colectivos en el ámbito de las sucesiones de contratadas a través de la “sucesión de plantilla” resulta beneficiosa en la medida que incide en la estabilidad en el empleo.

No obstante, desde su misma recepción en la jurisprudencia interna⁹⁸, incluso antes⁹⁹, fueron muchos los que efectuaron críticas y reservas sobre la figura, críticas que tanto desde el punto de vista conceptual como desde el axiológico se mantienen a fecha de hoy a la vista de la artificialidad de la definición de la sucesión empresarial solo por la sucesión de plantilla, con el consiguiente riesgo de desprotección, o de menor protección para los trabajadores¹⁰⁰. No podía ser de otro modo cuando fue la propia Sala IV la que se encargó de efectuar muy importantes críticas a la institución precisamente en las resoluciones en las que decide acogerla¹⁰¹, lo que no deja de resultar una paradoja que abunda en lo manifestado líneas arriba en el sentido de que probablemente existía otro margen para la interpretación y recepción de la jurisprudencia comunitaria, seguramente en la línea de la jurisprudencia de septiembre de 2018 y el juicio de ponderación.

⁹⁷ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 58, año 2005, págs. 234, 235 y 236:

⁹⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005, pág.

⁹⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “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*, nº 38, pág. 241 y ss.

¹⁰⁰ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 140.

¹⁰¹ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2004, en recurso 4424/2003, Ponente desdentado Bonete, y Sentencia de la misma Sala de fecha 27 de octubre de 2004, en recurso 899/2002, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

Sea como fuere, queremos detenernos en este punto en dos cuestiones, una primera, en relación con el mecanismo de la responsabilidad del art. 44 ET, una segunda, en relación con la cuestión referida a la situación en que queda la negociación colectiva sectorial una vez que se han alterado total y absolutamente las reglas del juego.

En lo que se refiere a la primera cuestión, responsabilidad solidaria por deudas de Seguridad Social del anterior contratista, debemos afirmar con rotundidad que la teoría de la “sucesión de plantilla” no responde en absoluto al modelo de la transmisión de empresa de la Directiva y, por ende, del art. 44 ET. Y desde esta simple perspectiva, si bien no habría en principio inconveniente en asumir la garantía de la estabilidad en el empleo, no resultaría lo mismo con la extensión de responsabilidad a quien no habría recibido el patrimonio del anterior contratista, cuestión ésta que parecería más difícil de asumir¹⁰². En esta línea crítica, aceptar la mera transferencia de plantilla como una sucesión de empresa es alterar la significación de la garantía contenida en el art. 44 ET y en la Directiva y deteriorar gravemente las garantías de los trabajadores¹⁰³.

En este sentido, como de manera absolutamente brillante se puso de manifiesto en su momento, *“No se es “cedente” porque se deja de ser titular de los contratos de trabajo, sino porque se es cedente de otro objeto, se pierde la cualidad de empresario en los contratos de trabajo. Y no se es “adquirente” o “cesionario” porque se adquiere la titularidad de empresario en los contratos de trabajo, sino que quien adquiere la titularidad en la explotación es subrogado “ope legis” en la cualidad de empresario en los contratos de trabajo afectados por aquélla adquisición”*¹⁰⁴. Y esta circunstancia resulta evidente que no se produce en el supuesto de las sucesiones de contratistas.

Desde esta perspectiva, si en la sucesión de contratistas lo único que se transfiere entre empresario cedente y cesionario es la actividad, al margen de la obligación de subrogación de la plantilla obviamente, el mecanismo de protección del art. 44 ET residido en la transmisión de la entidad económica salta por los aires, pudiendo comprometer seriamente los derechos de los trabajadores. Dejamos al margen en este momento otro tipo de reflexiones relacionadas con la propia competencia y el mercado, simplemente apuntamos si resulta coherente, por ejemplo, que se derive responsabilidad a un nuevo contratista por un recargo de prestaciones consecuencia de un accidente acaecido años atrás una vez que la jurisprudencia del Supremo ha cambiado su doctrina a estos efectos de los recargos y el art. 44 ET¹⁰⁵.

¹⁰² CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005. Pág. 6.

¹⁰³ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 58, año 2005

¹⁰⁴ MARÍN CORREA, J.M^a: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 48, año 2004, pág. 87.

¹⁰⁵ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2015, en recurso 3426/2014, Ponente Rosa María Virolés Piñol.

Igual de preocupantes nos parecen las dudas y reservas que se nos plantean en relación con la segunda cuestión planteada, la referida a la situación en que queda la negociación colectiva tras tan significativa alteración de las reglas del juego, con el consecuente desequilibrio de los convenios. En este sentido, si la interpretación del Tribunal Europeo continúa por esos derroteros, hasta el punto de que se desnaturaliza absolutamente la figura de la transmisión de empresa¹⁰⁶, no parece que la extensión del mecanismo de la sucesión sea la mejor de las opciones¹⁰⁷.

En primer lugar, porque no parece desdeñable que llegue un momento en que se desincentive la negociación de este tipo de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos, situación que si bien hasta el momento no ha sucedido, no parece en absoluto descartable, más con la regulación en materia de vigencia de los convenios. O, en el mejor de los escenarios, que se tienda al mantenimiento de las cláusulas subrogatorias pero en el contexto de una renegociación global de los convenios, con lo que el trabajador, en definitiva, saldrá perdiendo.

En segundo término, más preocupante aún, porque si aplicamos estrictamente la teoría de los Tribunales, nos referimos expresamente a lo manifestado por el Tribunal Supremo en la resolución en la que se rectifica criterio y se acoge doctrina Somoza Hermo¹⁰⁸, debe considerarse ilegal el convenio colectivo que desconozca la doctrina europea.

Siendo así, ¿quiere esto decir que, cualquier convenio colectivo que impusiera, por ejemplo, unos límites de permanencia mínima en la contrata para proceder a la subrogación, cuestión ésta que aparece en todos ellos, resultaría nulo de pleno derecho por ilegal al disponer *in peius* de la Directiva¹⁰⁹? Si lo entendemos así, ¿conllevaría esa ilegalidad la del concreto artículo en el que se estipulara la cláusula subrogatoria, o de la totalidad del convenio? Más allá aún, y para el supuesto de entender no nulo el convenio, ¿la alteración de equilibrio del convenio debería conducir inexorablemente a la renegociación inmediata del mismo, pudiendo incluso alguna de las partes solicitar la revisión del mismo¹¹⁰? Incluso, en el supuesto de depositarse un convenio colectivo en la oficina pública para su registro y publicación, en el escenario de contener una cláusula subrogatoria de este tipo, ¿debería la autoridad laboral denegar su inscripción bajo la premisa de que empeoraría el régimen legal al imponer ciertos límites y reservas para la subrogación?

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, - Jadran Dodič-,

¹⁰⁷ DESDENTADO BONETE, A.: “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*, nº 38, pág. 251: “Frente a lo que suele imaginar el progresismo ingenuo no siempre la sucesión es la solución más favorable para los trabajadores”.

¹⁰⁸ F.D 7º, apartado 2 B) de la Sentencia de 27 de septiembre de 2018 en recurso 2747/2016.

¹⁰⁹ AGÍS DASILVA, M.: “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 723: ““Pero es más, si como acostumbran, tales disposiciones convencionales contemplan ciertas limitaciones al principio general de subrogación habría que afirmar su nulidad aunque la regla colectiva hallara su justificación en la protección de los derechos generales, la defensa del empleo o, incluso, la libertad de empresa”.

¹¹⁰ GIL PLANA, J.: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 231.

Porque si esto es así, la consecuencia sería la de que, al no existir cláusula subrogatoria, no aplicaría la figura de la “sucesión de plantilla”, con lo que creemos que no caben mayores comentarios a este respecto.

El problema desde luego es importante y, en cuanto tal, debería afrontarse una decidida solución.

En este sentido, más allá de lo que los interlocutores sociales decidieran en el ámbito de la negociación colectiva con respecto a la posible pervivencia o no de las cláusulas subrogatorias, dos serían a nuestro juicio los posibles escenarios de actuación: el primero, en el ámbito de los Tribunales; el segundo, en su caso, en el ámbito normativo, a través de la correspondiente reforma legislativa ¹¹¹.

En el primer escenario, tenemos muy reciente la solución para el tan traído asunto “De Diego Porras”, lo que nos puede dar una pista sobre el modo de proceder; en este sentido, quizá podría recurrirse desde el Alto Tribunal al planteamiento de cuestión prejudicial, para el caso obviamente de que se estuviera de acuerdo con lo artificial y problemático de la figura, al objeto de “proponer” al Tribunal Europeo una profunda reflexión en torno a la figura de la sucesión de plantilla y sus presupuestos habilitantes desde una perspectiva crítica.

En el segundo, muy autorizadas voces han planteado la posibilidad de acoger esta figura en el texto del art. 44 ET ¹¹², configurando en la norma los elementos que integraran esta modalidad ¹¹³. Desde luego es ésta una cuestión que excede con mucho de nuestra competencia, pero no tenemos tan claro que en la norma de trasposición se pudiera disponer de la garantía de responsabilidad del nuevo contratista limitando, en su caso, los efectos a los vinculados exclusivamente con el mantenimiento del empleo; sí, desde luego, de la responsabilidad solidaria del empresario entrante y saliente instaurada como mejora en nuestra norma interna, pero no tan claro en el supuesto de la responsabilidad del “adquirente” al tratarse precisamente de uno de los dos principales efectos de la figura de la transmisión de empresa.

¹¹¹ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. y RUIZ CASTILLO, M.M.: “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 537, quienes reseñan a SANGUINETI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2016, pág. 113.

¹¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018, págs.15 y 16.

¹¹³ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019, pág. 164 y 165.

En este contexto, no compartimos la vía del convenio colectivo como norma de transposición¹¹⁴, ni tampoco la limitación de los efectos sin más a la estabilidad en el empleo al entender que nos encontraríamos ante una transmisión a los efectos de la Directiva pero no del 44 ET¹¹⁵. Mucho menos la propuesta de inclusión sin más de la figura en el art. 44 ET desde la perspectiva de que la instauración de un régimen subrogatorio en convenio supone para la autora una deslegalización de la institución¹¹⁶.

Sea como fuere, la problemática está servida.

BIBLIOGRAFÍA

AGÍS DASILVA, M.: “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en VV.AA. (Coord. Ángel Blasco Pellicer), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010

ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratadas y subcontratadas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratadas ‘desmaterializadas’ y art. 44 ET: algunas notas”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 10 de marzo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratadas-desmaterializadas-y-art-44-et-algunas-notas/>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla en contrata consistente en activo inmaterial (STS 27 de abril 2015, rec. 348/2014)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 19 de mayo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratadas-desmaterializadas-y-art-44-et-algunas-notas/>

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratadas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla ‘ex’ convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina «Somoza Hermo» (¿con matices?)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 26 de octubre de 2018, <https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/>

¹¹⁴ LUQUE PARRA, M.: “Subrogación convencional y STJUE 11.7.2018 (Somoza Hermo): entre aplicar el artículo 44.3 ET o transitar el -hasta ahora- inerte camino del convenio colectivo como norma de trasposición”, *IUSALabor*, 2/2018, págs. 240 y 241.

¹¹⁵ NORES TORRES, L.E.: “Sucesión de contratadas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016, *Revista de Información Laboral*, nº 9, septiembre 2019.

¹¹⁶ VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Barcelona, 2016, pág. 57

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, Dodic)”, 6 de junio de 2019, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <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/>

CALVO GALLEGO, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratatas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *El Foro de Labos, Toda la actualidad laboral y social*, 9 de mayo de 2019, https://forodelabos.blogspot.com/2019/05/las-paradojas-de-la-transmision-de_9.html

DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 58, año 2005.

DESDENTADO BONETE, A.: “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*, nº 38.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. y RUIZ CASTILLO, M.M.: “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019

FALGUERA BARÓ, M.A., “Una -preocupada- lectura iuslaboralista de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad iuslaboralista*, número 13, diciembre 2018, Editorial Bomarzo, pág. 64, máxime tras la Sentencia del Supremo de 27 de septiembre de 2018

FERNÁNDEZ MARQUEZ, O.: “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad productiva autónoma”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019.

GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019

GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019

GIL PLANA, J.: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019

HERRAIZ MARTÍN, S.: “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2007

LLANO SÁNCHEZ, M.: “Transmisión de empresa” en AA.VV., *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea, Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, (GARCÍA MURCIA, J. Director), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., año 2017

LLORENS ESPADA, J.: “Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente”, *Revista de información laboral*, nº 8, agosto 2018, Thomson Reuters

LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003

LUQUE PARRA. M.: “Subrogación convencional y STJUE 11.7.2018 (Somoza Hermo): entre aplicar el artículo 44.3 ET o transitar el -hasta ahora- inerte camino del convenio colectivo como norma de trasposición”, *IUSALabor*, 2/2018.

MARÍN CORREA, J.Mª: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 48, año 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem ediciones, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, monográfico 5/2017, nº 5, 1 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer

MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, “colección Laboral”, nº 150, Valencia 2003

NORES TORRES, L.E.: “Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016, *Revista de Información Laboral*, nº 9, septiembre 2019

RAMOS QUINTANA, M.L.: “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 25, 2017

SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratistas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, noviembre 2018, Editorial Aranzadi, S.A.U.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª edición, año 2019

SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.9/2014 y 10/2014 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, BIB 2014\90

TODOLÍ SIGNES, A.: “Acerca de la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A.): *Jurisprudencia social a debate*, colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia 2015

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001

VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.