



Trabajo de Fin de Máster

**LA SUCESIÓN DE EMPRESAS EN
EL CONTEXTO DE EMPRESAS
DESMATERIALIZADAS**

Presentado por:

Luis Mingol Herrero

Tutor/a:

Arántzazu Vicente Palacio

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2021/22
Fecha de defensa: Enero 2022

Resumen

Análisis de la sucesión de empresas sin elementos materiales relevantes a nivel económico, que determina la sucesión de plantillas a través del art. 44 ET, circunstancias que determinan la aplicabilidad de la sucesión legal, casos particulares y posibles escenarios ante planteamientos resueltos por el TJUE que no tienen respuesta en la jurisprudencia nacional.

Abstract

Analysis of the succession of companies without material elements relevant at an economic level, which determines the succession of templates through art. 44 ET, circumstances that determine the applicability of the legal succession, particular cases and possible scenarios before proposals resolved by the CJEU that have no answer in the national jurisprudence.

Palabras clave

Transmisión de empresa; subrogación empresarial; empresas desmaterializadas; lotes de contrata; centro de trabajo; cuestión prejudicial; cláusula subrogatoria.

Keywords

Business transfer; business surrogacy; dematerialized companies; contract lots; workplace; preliminary question; subrogation clause.

0.- ABREVIATURAS

ET	Estatuto de los Trabajadores
Art.	Artículo
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STCE	Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas
Núm.	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
Cit.	Citado
Rec.	Recurso

Ss.

Siguientes

UTE

Unión Temporal de Empresas

UTE's

Uniones Temporales de Empresas

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN	1
2.- ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA 2001/23/CE DEL CONSEJO, DE 12 DE MARZO DE 2001	4
3. LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EMPRESAS INMATERIALES Y CAMBIOS DE CONTRATISTAS/CONCESIONARIOS. EFECTOS.....	6
3.1.- ALGUNOS PROBLEMAS (HIPOTÉTICOS) DE LA SUCESIÓN CONVENCIONAL	10
3.2.- PROBLEMAS DE LA SUCESIÓN EN LA REVERSIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	13
3.3.- ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	15
4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2020	17
4.1.- POSIBLES SOLUCIONES A LOS LOTES EN CONTRATAS	19
4.2.- CONTRATAS CON VARIOS CONTRATOS	20
5.- CAMBIO TECNOLÓGICO	21
6.- PARTICULARIDADES DE LAS UTE'S	26
7.- CONCLUSIONES	28
8.- BIBLIOGRAFÍA	30
9.- JURISPRUDENCIA.....	32
9.1.- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.....	32
9.2.- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	33
9.3.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	33
9.4.- TRIBUNAL SUPREMO	33
9.5.- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	34
9.6.- JUZGADO DE LO SOCIAL	35
10.- RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.....	35
11.- CONVENIOS COLECTIVOS.....	35

1.- INTRODUCCIÓN

Constituye punto de partida necesario señalar que el art. 44 ET constituye la transposición parcial a la legislación nacional de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas. La finalidad de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, es armonizar las legislaciones de los diferentes Estados en materia de sucesión de empresas, por lo que compete a cada Estado miembro como destinatario de la medida normativa, proceder a su integración en su ordenamiento nacional¹ (art. 288 TFUE).

Históricamente, la jurisprudencia exigía para la aplicación de la normativa señalada, que la transmisión afectara a una empresa dotada de medios materiales, es decir, que la transmisión se operara sobre una organización empresarial dotada de la suficiente infraestructura material imprescindible para el desarrollo del conjunto de la actividad empresarial². Con el tiempo y los cambios operados en los sistemas de organización empresarial, la jurisprudencia³ ha terminado ampliando el ámbito objetivo de la citada normativa (art. 44 ET) para comprender también a aquellas empresas carentes prácticamente de medios materiales, y en las que el objeto transmitido está formado casi exclusivamente por la mano de obra, los contratos de la mercantil o el conjunto de ambos⁴.

No ha sido un proceso ni pacífico ni rápido, inicialmente los tribunales negaron que resultara aplicable el art. 44 ET, descartando así la aplicación de las medidas tuitivas (específicamente, la subrogación empresarial del nuevo empresario en los contratos del anterior) por considerar que los medios organizados constituyen parte de la definición de la actividad económica que caracteriza el concepto de

¹ Art. 288 TFUE: (...) *El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (...).*

² VICENTE PALACIO, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, ed. Atelier, Barcelona, 2016, p. 53.

³ Fue la STJCE (Sala Sexta) de 24 enero 2002, caso Temco Service Industries SA contra Samir Imzilyen y otros (TJCE 2002\29), la que inició el reconocimiento de la aplicación de las garantías a la sucesión de empresas en su versión de sucesión de plantillas (empresas inmateriales).

⁴ VICENTE PALACIO, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo...*, cit., p. 57.

“empresa”⁵. Planteada cuestión prejudicial ante el TJUE, el tribunal comunitario resolvió que estas sucesiones sí que se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001⁶. Los Estados miembro quedan obligados a asumir esta doctrina del TJUE, que considera la sucesión de empresas como sucesión de plantillas, entendiendo que el conjunto del personal es el núcleo integrante de la actividad económica⁷. Sin embargo, el TJUE aceptó esta tesis con la premisa de que el nuevo adquiriente hubiera incorporado a la mayoría de la plantilla de la empresa cedente, incorporación que es potestativa; en estos casos, la entidad económica está formada por la organización del personal que es asumido por la cesionaria.

De esta forma, nace la doctrina de la “sucesión de plantillas” que opera con la asunción voluntaria del cesionario de la mayoría de la plantilla, sin que ello sea imperativo, por tanto, la aplicación de las garantías del art. 44 ET no se aplican en todos los casos. Siendo que a pesar de ser una norma de derecho necesario, en el caso de la sucesión de plantillas (de empresas desmaterializadas) se supedita a la asunción voluntaria de parte de la plantilla por el cesionario⁸. Sin embargo, la elevada conflictividad derivada de esta doctrina en los casos de sucesión de plantillas, llevó mucho antes a que los agentes sociales, a través de los convenios sectoriales en aquellas actividades en las que la infraestructura material necesaria para el ejercicio de la actividad empresarial es escasa, establecieran algunas obligaciones empresariales en caso de sucesión (apuntando parte de la doctrina que podía establecerse la subrogación más allá de los contratos de obra) e independientemente de la modalidad contractual establecida⁹. Nos hallamos así ante una norma jurídica vinculante para aquellos trabajadores y empresas comprendidos

⁵ Destacamos por todas la STS (Sala de lo Social) de 18 marzo 2002 (RJ 2002\7524), por la que se niega que exista sucesión empresarial en la actividad de limpieza por falta de transmisión de unidad productiva autónoma.

⁶ Cuestión prejudicial regulada en el art. 267 del TFUE, como mecanismo de interpretación o validez del Derecho de la Unión Europea.

⁷ STJUE (Sala Décima) de 11 julio 2018, caso A. S. H. y otros contra Esabe Vigilancia, S.A. y otros (TJCE 2018\142), y siendo planteada la cuestión prejudicial por Auto del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 30 diciembre 2016 (JUR 2017\281960).

⁸ MORENO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, ed. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 146.

⁹ VICENTE PALACIO, M.A., “El contrato para obra o servicio determinado”, en J.L. Moreno-Pérez (dir), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Actualizado con la última reforma laboral*, ed. Comares, Granada, 2010, pp. 27 y ss., en p. 37.

en su ámbito de aplicación sectorial, pero que no vincula a quienes no están incluidos en el ámbito del convenio, generándose así problemas de difícil solución.

El presente trabajo parte de un supuesto de hecho concreto: la cesión de un centro de trabajo que es asumido por varios cesionarios. Esta premisa presenta múltiples variantes y aspectos a los que se harán referencia a lo largo del trabajo. Desde el punto de vista metodológico, se va a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo la Directiva 2001/23/CE el marco establecido en el que debe desarrollarse la normativa nacional, gran parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está condicionada por el TJUE, en un ámbito tan cambiante como es la concreción e interpretación que se le da a los supuestos de sucesión de empresas, habida cuenta de la constante evolución socio-económica que vivimos.

Problemas como la determinación de la jornada laboral a desarrollar o, incluso, quien es su empleador, es lo que trataremos de explicar, siempre con la mira puesta en la particularidad de hallarnos ante supuestos de sucesión de plantillas, que nacen de la asunción por el nuevo empresario (el cesionario) de la totalidad o de gran parte de la plantilla. Puesto que este último, es el presupuesto que determina la aplicación de la jurisprudencia comunitaria, vamos a abordar también el alcance de la potestad empresarial de asunción de la plantilla, bien por entender que no opera la misma, o simplemente por practicar un despido, de forma que las garantías del art. 44 ET dejan de tener efecto con el mismo.

En muchas ocasiones, las situaciones que se dan en el tráfico jurídico tienen como finalidad evadir la norma y su aplicación, por lo que también debe abordarse la problemática que surge cuando el nuevo empresario, en una aparente sucesión de medios materiales (aplicación “ordinaria” del art. 44 ET), decide no asumir los medios materiales y organizativos de la cedente. Si bien a primera vista podríamos considerar que nos hallamos ante una actuación empresarial contraria a derecho, en la práctica, en determinadas circunstancias el TS y el TJUE no han concluido en tal sentido.

2.- ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA 2001/23/CE DEL CONSEJO, DE 12 DE MARZO DE 2001

Antes de comenzar con las cuestiones apenas apuntadas, es necesario abordar la interpretación que la jurisprudencia lleva a cabo del art. 44.2 ET. Es una cuestión capital, ya que gran parte de este trabajo analiza supuestos de hecho, en los que la principal problemática es qué cabe entender comprendido bajo el paraguas del concepto de “entidad económica y de medios organizados”¹⁰.

En primer lugar, hay que centrar el concepto de “medios organizados”. Históricamente se entendía que los medios para la realización de una actividad económica eran los medios materiales de la empresa, los enseres necesarios para que la actividad económica pudiera llevarse a término. Sin embargo, la jurisprudencia a la luz de las particularidades existentes en determinados sectores económicos, donde el elemento imprescindible es la mano de obra sin que sean necesario la puesta en marcha de medios materiales, (todo lo más, herramientas muy básicas), terminó admitiéndose comprendido en el concepto de “sucesión de empresa” cuando se opera una “sucesión de plantilla”¹¹.

La sucesión de plantilla presenta múltiples problemas y singularidades. El art. 44 ET no recoge la sucesión de empresas inmateriales, sino que, aparentemente, se refiere a la sucesión de empresas que descansan en la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios e inherentes a la actividad empresarial. Sin embargo, existen algunos sectores económicos (especialmente significativos son la limpieza de edificios y locales, y la vigilancia y seguridad privada) en los que la actividad empresarial descansa principalmente en la mano de obra, sin que sean necesarios medios materiales significativos para su realización.

Esta realidad llevó a la creación del concepto de “empresa inmaterial” como una tipología de empresa diferente a la clásica “empresa material”. En esta última existe “una industria”, de forma que son necesarios; herramientas, útiles, instalaciones o cualquier medio material para la realización de la actividad

¹⁰ Art. 44.2 ET: *A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría.*

¹¹ NORES TORRES, L.E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 33.

empresarial; es lo que la doctrina¹² ha denominado “entidad económica dotada de medios organizados”. Tradicionalmente, la entidad económica se refiere a la infraestructura necesaria para llevar a cabo la actividad, ya sea una fábrica, maquinaria etc. Empero, en los sectores denominados desmaterializados, la entidad económica entendida como organización pierde su sentido, ya que los útiles necesarios para llevar a cabo la actividad son ínfimos e irrelevantes económicamente. En estos sectores necesariamente hay que acudir a la teoría de entidad económica y entender que la empresa está integrada por la mano de obra que opera como un “conjunto organizado” de la actividad¹³.

Es en este punto en el que debemos atender en la sucesión desmaterializada, siendo, como ya hemos apuntado, esta modalidad de sucesión no está recogida expresamente en el art. 44 ET, por lo que la aplicación del marco legislativo para las sucesiones empresariales no es automática, sino que requiere de un análisis propio. De esta forma, en las actividades materiales ordinarias, las garantías del art. 44 ET operan de manera automática cuando existe un negocio jurídico en el que se transmiten los enseres materiales de la actividad¹⁴. En cambio, en la sucesión de empresas inmateriales o desmaterializadas, la aplicación del art. 44 ET tiene que estar amparada en otros requisitos no automáticos, cuya ausencia impide aplicar el marco de protección normativo a las sucesiones. Ante la ausencia de estos requisitos (que, en realidad, es sólo uno) nos encontramos simplemente con la extinción de un negocio jurídico y la celebración de otro, sin que pueda entenderse que existe la sucesión empresarial regulada por el art. 44 ET¹⁵.

La aplicación del art. 44 ET en caso de actividades desmaterializadas, exige que la empresa adquiriente se haga cargo de la mayoría de la plantilla de la cedente. Además, la regulación convencional de la sucesión de empresas en algunos sectores de actividad, delimita e impone la aplicación de un régimen de sucesión propio muy similar, cuando no idéntico, a lo establecido por el art. 44 ET.

¹² LÓPEZ INSUA, B.M., “El cambio de titularidades de “empresas desmaterializadas” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en C. Molina-Navarrete (dir.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 436 y ss., en p. 438.

¹³ LÓPEZ INSUA, B.M., “El cambio de titularidades de “empresas desmaterializadas”..., cit., p. 439.

¹⁴ Tradicionalmente se entendía la empresa como “empresa-organización”, por todas, STS (Sala de lo Social) de 16 julio 2003 (RJ 2003\6113).

¹⁵ NORES TORRES, L.E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit, p. 33.

Esta regulación, de carácter normativo, ya que se trata de convenios colectivos estatutarios (art. 82.1 ET), sin embargo, sólo es aplicable a los sectores cuyo convenio contempla este tipo de regulación, lo que deja fuera de la protección a otros sectores que pudieran entenderse como inmateriales, pero cuyos convenios colectivos no recogen esta figura¹⁶.

Hay que apuntar que existen otras diferencias entre el art. 44 ET y la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, en cuanto a sus respectivos ámbitos materiales de aplicación. En opinión de la anterior jurisprudencia¹⁷, el Estatuto de los Trabajadores, únicamente comprende la transmisión de entidades económicas físicas dotadas de elementos patrimoniales. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha considerado que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, también resulta de aplicación cuando se opera la transmisión de meros contratos mercantiles (contratas) o administrativos (concesiones administrativas); es decir, meros títulos jurídicos que habilitan para la prestación de un servicio. Son precisamente estos supuestos de cambio de titularidad (que no de centro o unidad productiva¹⁸) en estos negocios jurídicos, los que originan gran parte de los problemas que se plantean ante los tribunales en materia de sucesión empresarial¹⁹.

3. LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EMPRESAS INMATERIALES Y CAMBIOS DE CONTRATISTAS/CONCESIONARIOS. EFECTOS

Como se apuntó *ut supra*, los convenios de los sectores típicamente afectados por sucesión de contratas atienden, en mayor o menor medida, a esta circunstancia dotando de mayor amparo y protección a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación. Con el tiempo, los convenios colectivos

¹⁶ RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F.A., "La subrogación en las sucesiones de contratas", *Trabajo y seguridad social. CEF*, número 455, 2021, pp. 20 y ss., en p. 21.

¹⁷ Citamos a modo de ejemplo la STS (Sala de lo Social) de 29 mayo 2008 (RJ 2008\4224).

¹⁸ MORENO PÉREZ, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, ed. Ibidem, Madrid, 1994, p. 166.

¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., "Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el derecho europeo", en F.J. Sánchez-Pego (dir.), *Cuadernos de derecho judicial*, ed, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 161 y ss., en p. 165.

han ido incrementando las situaciones que regulan adaptándose a la realidad de los supuestos que se van presentando. Se apunta a continuación un resumen de las cláusulas convencionales más habituales en la negociación colectiva sectorial:

1º) Es habitual la regulación de los efectos sobre los contratos de los trabajadores que acarrea la pérdida de contrata o concesión con la administración, bien por resolución de la concesión (a veces para prestar el servicio con personal propio) o pérdida en la nueva licitación²⁰. En tales casos se establece la obligación de la empresa cesionaria de asumir a los trabajadores que no quiera mantener la cedente respetando sus condiciones laborales²¹.

2º) Algún convenio limita los derechos y obligaciones del cesionario con el trabajador al último contrato de éste con la cedente²², llegando a regular que el cesionario no se encuentra vinculado, entre otras, a la antigüedad previa del trabajador si esta no consta en el último contrato, salvo que hubiera sido reconocida por sentencia judicial firme²³.

²⁰ Resolución de 24 de abril de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (B.O.C. núm. 90, de 13 de mayo de 2019), en su art. 8 establece el periodo de 6 meses en la cedente para respetar sus condiciones anteriores de trabajo, cabe destacar la facultad que otorga el convenio, si por mutuo acuerdo entre cedente y trabajador, decide éste quedarse en la empresa cedente, no podrá la cedente ceder a ningún trabajador que no prestara servicios en la entidad objeto de cesión sin consentimiento de la cesionaria.

²¹ Esta obligación debe contemplarse en el convenio colectivo aplicable, de lo contrario, si el convenio nada establecía, el TS cambió de criterio a través de la STS (Sala de lo Social) núm. 766/2018 de 17 julio (RJ 2018\3989), por medio de la cual establece que la cesionaria en ausencia de cláusula en el convenio, la empresa cesionaria asume sólo a los trabajadores en idéntica proporción que la reducción de contrata, siendo la empresa cedente la encargada de asumir los despidos del resto de trabajadores.

²² En el mismo sentido se encuentra la Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo de Sector de Construcción y Obras Públicas de Almería (B.O.P. de Almería núm. 74, de 18 de abril de 2018), y la Resolución de 17 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Córdoba (B.O.P. de Córdoba núm. 183, de 25 de Septiembre de 2019).

²³ Cuestión esta de relevancia si atendemos a una de la últimas Sentencia del TS en esta materia, la STS (Sala de lo Social) núm. 296/2018 de 14 marzo (RJ 2018\1425), en la que en un caso similar, en la empresa transmitente figuraba en la nómina una antigüedad que la empresa transmisaria acepta, y que no es discutida por el trabajador en los sucesivos años de trabajo para la empresa cesionaria, ésta última decide operar un despido procedente del trabajador, y para ello fija la antigüedad que constaba en la nómina de la empresa cesionaria (fecha de subrogación), el trabajador impugna la antigüedad por considerar que era anterior a la que figuraba y reclama la improcedencia. El TS reconoce que la antigüedad del trabajador es la que declara, siendo anterior a la que constaba en la nómina, sin embargo, declara que al no haber sido impugnada la antigüedad en casi 10 años, en la empresa cesionaria opera un error excusable, manteniendo el TS la calificación como despido procedente. Sin embargo, debemos destacar la reciente STJUE (Sala Séptima), caso EV contra

3º) Los convenios colectivos examinados, también prevén cláusulas específicas para el caso de que la contrata o concesión, se desarrolle en una pluralidad de centros de trabajo (lotes) cuando el trabajador presta servicios exclusivamente en uno de los centros. En este mismo caso, también cabe que la empresa cedente decida fraccionar la contrata en varios lotes que son adjudicados a diferentes contratistas, con la consiguiente dificultad para identificar a qué contratista debe quedar adscrito el trabajador que prestaba servicios en todos o varios lotes²⁴.

4º) Algún convenio regula también qué porcentaje es exigible para entender que existe la figura de la “sucesión de plantilla”, evitando así la inseguridad jurídica derivada de la indeterminación del concepto jurisprudencial de “mayoría o una buena parte de la plantilla”²⁵.

5º) La creación *ex novo* de la sucesión convencional se traduce en que buena parte de los convenios examinados aplican los efectos previstos en el art. 44 ET a

Obras y Servicios Públicos, S. A., Acciona Agua, S. A., de 24 junio de 2021 (JUR 2021\203604), en esta sentencia el TJUE establece una posición contraria a la mantenida por el TS. Así y en la tercera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid, se remite al TJUE para que resuelva si un convenio colectivo que limita la aplicación de derechos y obligaciones únicamente a los establecidos en el último contrato de la empresa cedente, contraviniendo el art. 44 ET, que no limita en ningún momento su aplicación al último contrato. Ante ello el TJUE resuelve la cuestión planteada fallando que las disposiciones de los convenios colectivos que limitan los derechos al último contrato no se oponen a la legislación comunitaria siempre y cuando *“la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación”*, extremo que el TJUE reenvía su comprobación al órgano remitente. La fecha de resolución de la sentencia (24 de junio de 2021) del TJUE deja evidencia de la imposibilidad del TS de pronunciarse sobre la misma, y conllevará con probabilidad a un cambio sobre la postura del TS al respecto cuando se plantee un nuevo litigio.

²⁴ Establece la Resolución de 26 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid (B.O.C.M. núm. 70, de 23 de marzo de 2019), que cedente (empleador en uno de los centros de trabajo) y cesionario, regularán de forma conjunta el pluriempleo y las vacaciones del trabajador, así como la obligatoriedad de contratar al personal de la cedente, aunque hubiese contratado a personal propio para la realización de sus tareas. También lo recoge la Resolución de 27 de octubre de 2015, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de la Limpieza de Edificios y Locales de las Islas Baleares (B.O.I.B. núm. 167, de 12 de noviembre de 2015).

²⁵ Así, la Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal de la Provincia de Zaragoza (B.O.P.Z. núm. 262, de 13 d noviembre de 2020), en su art. 7 establece que deberán contratarse a un mínimo del 60% de la plantilla de la cedente, además de limitar la subrogación al personal que lleve más de 12 meses trabajando para la cedente. De la misma forma, la Resolución de 28 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo de Sector Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz (D.O.E. núm. 190, de 30 de septiembre de 2020), recoge la exigencia de existencia de vinculación laboral con el cedente superior a 12 meses para mantener el derecho a subrogación.

determinados trabajadores²⁶. En definitiva, la definición de la “sucesión convencional” tiene por finalidad el reconocimiento de algunas garantías a los trabajadores transmitidos en sentido similar, pero no idéntico, a la subrogación empresarial prevista por el art. 44.2 ET. Se crea así, por vía convencional, una garantía para aquellos supuestos de cambio de titularidad en las que no opera la sucesión del art. 44 ET por no existir traspaso de medios materiales ni asunción de parte importante de la plantilla²⁷. La garantía convencional confiere, materialmente, menor protección que la otorgada por el art. 44 ET (pues excluye la responsabilidad solidaria del nuevo cesionario en las deudas salariales del cedente) pero mayor desde el punto de vista subjetivo, al comprender supuestos de “sucesión de empresas” no comprendido en la regulación legal.

Esta limitación de los efectos de la regulación convencional, sin embargo, ha quedado deslegitimizada por la jurisprudencia. Aunque inicialmente el TS entendió ajustada a Derecho la reducción de los derechos laborales que se derivaba de la regulación convencional, partiendo del carácter voluntario de su establecimiento²⁸, la STS (Sala de lo Social) núm. 873/2018 de 27 septiembre (RJ 2018\4619), rectifica tal doctrina para concluir que, aunque el origen sea convencional eso no excluye que se trate de una sucesión de plantilla, por lo que el convenio sectorial debe respetar el contenido mínimo del art. 44 ET, sin que puedan establecerse cláusulas peyorativas de derechos²⁹. Para parte de la doctrina, se establece con el fin de la virtualidad del principio de facilidad probatoria, dado que si el convenio recoge la subrogación de parte de la plantilla, se presume que así ha sido, y corresponde al empresario probar si no ha existido esa asunción y por tanto la sucesión³⁰.

²⁶ Estos trabajadores son los que según convenio vengán prestando servicios para el anterior propietario un determinado número de meses, es decir, lo limitan a una antigüedad prefijada en el convenio, no siendo de aplicación la obligación de subrogar al resto de trabajadores.

²⁷ GÓMEZ GORDILLO, R., “La subrogación de contratos previstas en convenio colectivo”, en C. Molina-Navarrete (dir.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 460 y ss., en p. 468.

²⁸ Doctrina anterior, que citamos por todas la establecida en la STS (Sala de lo Social) núm. 782/2018 de 18 julio (RJ 2018\5019), en la que se constata que si la sucesión opera por medio de convenio, debe estarse a lo establecido en el mismo y en lo que no esté regulado por el art. 44 ET.

²⁹ RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F.A., “La subrogación en las sucesiones ...”, cit, pp. 26 y 27.

³⁰ Para el magistrado del TS D. Antonio V. Sempere Navarro, este cambio de doctrina del TS viene a interpretar la jurisprudencia emitida por el TJUE en su sentencia ya referida anteriormente en este trabajo [la STJUE (Sala Décima) de 11 julio 2018, caso A. S. H. y otros contra Esabe Vigilancia, S.A. y otros (TJCE 2018\142)], dicha sentencia y en lo que ahora interesa, la segunda de las cuestiones

3.1.- Algunos problemas (hipotéticos) de la sucesión convencional

Con ser muy numerosa la jurisprudencia referida a la sucesión de contratados, todavía cabe aventurar algunas cuestiones que pueden ser problemáticas en la aplicación de las previsiones convencionales sobre sucesión de empresas, y que todavía no han recibido respuesta por parte del TS. La primera de estas cuestiones, apuntada ya por la doctrina científica³¹, se relaciona con la pérdida de la vigencia del convenio sectorial; o lo que es lo mismo, qué ocurriría cuando la sucesión de empresa acontece cuando el convenio colectivo ha perdido su vigencia³².

Hay que recordar que corresponde a las partes negociadoras establecer el periodo de duración de los convenios colectivos estatutarios (art. 86.1 ET), sin perder de vista que una vez agotado el periodo de vigencia del convenio, este se prorroga automáticamente en caso de inexistencia de denuncia y que, cuando esta se produce, el convenio opera en régimen de ultraactividad en los términos previstos por el propio convenio, si bien, transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio, o dictado un laudo arbitral, el convenio pierde, salvo pacto en contrario³³, vigencia, aplicándose el convenio de ámbito superior que fuera de aplicación (art. 86.3 ET). Esta limitación temporal de la vigencia del convenio colectivo estatutario es una de sus particularidades ajena o extraña en otras normas jurídicas.

Antes de la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 2012³⁴, cuando un convenio cesaba en su vigencia sin que se hubiera aprobado un nuevo convenio, el

prejudiciales elevadas, sobre si es aplicable la solidaridad de obligaciones entre cedente y cesionario, aunque el convenio disponga lo contrario. Si bien el TJUE no resolvió en esta sentencia la cuestión prejudicial segunda por ser incompetente el tribunal de Luxemburgo sobre cuestiones de jerarquía normativa de los Estados miembros, sin embargo, el TS a la luz del espíritu de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 entiende que la preservación de derechos que voluntariamente legisló el Estado español en cuestión de solidaridad de obligaciones, es una norma de orden público de obligado cumplimiento, no pudiendo ser alterada por disposiciones de inferior rango normativo.

³¹ <https://ignasibeltran.com/2018/10/01/ultraactividad-y-contractualizacion-de-convenio-colectivouna-teoria-jurisprudencial-por-construir/>, fecha de última consulta: 13 de octubre de 2021.

³² DE HEREDIA RUIZ I.B., "Sucesión de contratados y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", *IUSLabor*, 1/2017, pp. 35.

³³ Pacto establecido en la mayoría de convenios mediante cláusula de ultraactividad.

³⁴ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

anterior continuaba vigente indefinidamente³⁵. Con la reforma de 2012 se modifica el art. 86.3 ET pasando a ampliar la vigencia durante un año desde el fin de vigencia, y a partir de ese año deja de aplicarse el convenio, pasando a aplicarse el convenio colectivo de ámbito superior a aquel, todo ello salvo, y con la excepción, de pacto en contrario por el que las partes determinen que debe seguir aplicándose y por tanto vigente el convenio sectorial³⁶.

En este contexto cabe preguntarse qué efectos tiene sobre la sucesión empresarial la pérdida de vigencia del convenio que lo regula. No es una cuestión improbable como pudiera parecer; de hecho, actualmente el Convenio colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales³⁷, en su art. 7.2 regula este supuesto, asegurando la ultraactividad del convenio por un plazo de 5 años, sin embargo, en materia de sucesión de empresas, el apartado 3 del art. 7 del Convenio, establece la vigencia indefinida hasta alcanzar nuevo convenio en materia subrogatoria, dotando de mayor protección a los trabajadores afectados por la misma³⁸.

El Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad para el año 2021³⁹, establece en su art. 5, que el ámbito temporal es de un año *quedando prorrogado íntegramente hasta su sustitución por otro Convenio de igual ámbito y eficacia* y estableciendo en su art. 6 que la denuncia del mismo, *se entenderá automática al momento de su vencimiento*, de esta forma surge el problema respecto a la vigencia del convenio, al establecerse que se produce la denuncia automática al cabo de un año, pero a su vez que se prorroga automáticamente, aplicándose la excepción del art. 86.3 ET sobre excepción por pacto a la vigencia del mismo. En

³⁵ Art. 86.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³⁶ Art. 86.3 ET: *La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio (...). Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.*

³⁷ Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (B.O.E. núm. 123, de 23 de mayo de 2013).

³⁸ Quedando redactado de la siguiente forma: (...) *de no alcanzarse un nuevo acuerdo en el plazo máximo legalmente establecido ambas partes acuerdan extender la vigencia del Convenio Sectorial por un plazo máximo de 5 años desde la finalización de su vigencia o desde la última prórroga.*

³⁹ Resolución de 18 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad para el año 2021 (B.O.E. núm. 316, de 26 de noviembre de 2020).

este caso, la sucesión de trabajadores afectos al citado convenio, quedará supeditada a la aprobación de un nuevo convenio de seguridad estatal en plazo de un año de ultraactividad (art. 86.3 ET), evitando que quede sin regulación y sin amparo la sucesión, en caso contrario, pasando a regirse por el art. 44 ET y los problemas que ello conllevaría a la sucesión de plantilla.

Como acabamos de ver, los sectores más afectados por esta situación, establecen la cláusula de la ultraactividad por la que se establece la subrogación empresarial, lo que asegura la aplicación de la garantía subrogatoria hasta la adopción de un nuevo convenio colectivo. Debe analizarse, sin embargo, qué solución cabría otorgar en aquellos sectores en los que, previstas obligaciones subrogatorias por el convenio colectivo, no se contempla su ultraactividad una vez perdida la vigencia del convenio del art. 86.3 ET. Debe aplicarse el convenio de ámbito superior, convenio que es posible que no contenga la regulación en materia de sucesión que contenía su homólogo de inferior ámbito, o que sea el mismo convenio de ámbito superior estatal el que quede sin vigencia. Si bien es cierto, se admite pacto en contrario, siendo que de la negociación colectiva puede surgir efectos en ultraactividad de algunos preceptos del convenio, en este caso, los relativos a la subrogación empresarial⁴⁰.

Para intentar dar respuesta a esta hipótesis, debemos atender al pronunciamiento que el TS ha dado, no en materia sucesoria, sino en materia de derechos salariales por convenio, de esta forma, estableció la STS (Sala de lo Social) de 22 diciembre 2014 (RJ 2014\6638), que cuando un convenio deja de estar en vigor no debe aplicarse el de ámbito superior si perjudica al trabajador, entendiéndose que se ha contractualizado el contenido del convenio anterior⁴¹.

⁴⁰ Art. 86.3 ET: (...) *Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen (...).*

⁴¹ Sentencia muy polémica y controvertida contando con tres votos particulares adhiriéndose al último de ellos 4 magistrados. La argumentación de los votos particulares se basa en la nula argumentación que da la sentencia al hecho de obviar que el convenio no se encontraba en vigor, por lo que necesariamente debe aplicarse el de ámbito superior, aunque ello perjudique a los trabajadores, el hecho de perjudicar al trabajador no es argumento para negar la aplicación de una norma. Siendo además que la argumentación que se da por parte del TS no obedece a la realidad jurídica, pues la contractualización de las condiciones establecidas en el contrato no son autónomas e independientes del convenio, pues otros derechos como el de huelga o vacaciones se establecen en él, establecidos en el caso concreto en el convenio de ámbito superior.

Sin embargo, y aunque en síntesis con el planteamiento del TS en materia de fin de vigencia de un convenio, la posible solución que podría dar el TS sería la planteada, debo al menos manifestar la situación difícilmente explicable por parte del TS, ya que se estaría en este caso aplicando la teoría de la contractualización a una situación no contractualizada, pues nunca antes de la subrogación existió ni se ejercitó el derecho establecido en el convenio para la sucesión (no es pacífica en la doctrina la teoría de la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio⁴²). Con esta interpretación del TS, y a mi parecer, se desnaturaliza la jerarquía normativa, pasando a un derecho proteccionista sin que cuente realmente con amparo legal⁴³.

3.2.- Problemas de la sucesión en la reversión de la gestión de servicios públicos

La jurisdicción laboral juega estrechamente con otras ramas del Derecho, como el ámbito administrativo. De esta forma, cuando la administración externaliza un servicio público, nos encontramos ante una subrogación empresarial del servicio en cuestión, esta ha sido durante años la dirección por la que han optado las diferentes administraciones en aras a desmarcarse de ciertos servicios que integran sus centros administrativos.

En la situación actual, la práctica totalidad de servicios ajenos al servicio principal de la administración se encuentran externalizados, sin embargo, algunas administraciones están revirtiendo este fenómeno, asumiendo la gestión de limpieza o restauración de los centros administrativos. Ante esta actuación, se entrelazan derecho laboral y administrativo, surgiendo dudas que planteamos a continuación

⁴² SEMPERE NAVARRO, A.V., "La "ultraactividad" de los convenios y la Reforma Laboral de 2012", en J. Gorelli-Hernández (coord.), *El derecho a la negociación colectiva*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp. 490 y 491.

⁴³ Cuestión diferente es la planteada en la STS (Sala de lo Social) núm. 807/2018 de 25 julio (RJ 2018\4177), por la que en un supuesto similar se argumenta igualmente necesaria la teoría de la contractualización de las condiciones anteriores, sin embargo y en este caso no consta la existencia de un convenio de ámbito superior.

cuando se pretende revertir la gestión de un servicio hay que diferenciar si esta se produce por la propia administración o por una empresa de capital público⁴⁴.

Cuando la reversión del servicio opera como fin de la concesión que dio origen a la externalización, hay que prestar atención a la ya reiterada concepción de medios organizativos, de forma que la inexistencia de estos conlleva a no apreciar la sucesión del art. 44 ET si la administración cesionaria no asume voluntariamente a los trabajadores⁴⁵. Otra de las cuestiones que se plantean es si la subrogación opera a través de pliegos de condiciones del contrato administrativo en la que se regula la sucesión, estos pliegos de condiciones son vinculantes, y deben reconducirse por la aplicación del art. 44 ET⁴⁶.

La sucesión puede operar por acuerdo entre empresa concesionaria y administración sin existencia de cláusulas por aplicación *ope legis* de la normativa laboral, en estos casos debe necesariamente contar con el consentimiento del trabajador⁴⁷. Fuera de los escasos casos de sucesión por acuerdo, lo habitual es que opere la sucesión por imposición legal imperativa del art. 44 ET, o por obligaciones contractuales, en cualquier caso la dificultad en la que se encuentra cuando la cesionaria es una administración es diferente a cuando lo es una empresa de capital público, en el último de los casos opera sin más distinción que con el resto de empleadores, sin embargo cuando lo es con la propia administración lo hará como personal laboral de la administración⁴⁸.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., LÓPEZ INSUA, B.M., "Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos", GAPP, 2019, pp. 40 y ss., en p. 48.

⁴⁵ Debemos destacar la STS (Sala de lo Social) núm. 1046/2016 de 9 diciembre (RJ 2017\206), en la que el TS entiende que no opera sucesión de empresas en una reversión del comedor escolar, pues las referidas trabajadoras tenían como función la vigilancia del comedor, no entendiendo la asunción de los útiles del comedor aplicables a ellas a la hora de aplicar la asunción de medios organizados.

⁴⁶ Véase la STS (Sala de lo Social) de 4 junio 2013 (RJ 2013\5357), por la que obliga a la inclusión de las cláusulas en los pliegos de condiciones cuando por convenio sectorial se regula la misma.

⁴⁷ Art. 1205 del Código Civil: *La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.*

⁴⁸ La actual Ley de Presupuestos de 2021 no excluye la posibilidad de que estos trabajadores puedan adquirir la condición de empleados públicos, exclusión que obedece a la STC (Sala Segunda) núm. 122/2018 de 31 octubre (RTC 2018\122), relativa a la Ley de presupuestos de 2017, sentencia cuestionable si se atiende a los principios de mérito y capacidad para acceder al sistema de empleo público. Debe aclararse, que a fecha de presentación de éste trabajo no se ha aprobado, aunque está en trámite, la Ley de Presupuestos del año 2022, el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, tampoco excluye tal posibilidad.

Como última referencia a la particularidad de la contratación por parte de la administración pública, y fuera de los casos de reversión del servicio, cuando una empresa adquiera la concesión administrativa que licita la administración, la cesionaria no responde de las deudas de la cedente anterior⁴⁹. Cuestión controvertida, pues regula de forma opuesta al ET el régimen de responsabilidad solidaria entre cedente y cesionaria⁵⁰.

3.3.- Especial referencia a la ley de contratos del sector público

Debemos aquí detenernos para hacer una breve referencia a la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en materia de sucesión de plantillas. Se trata de una referencia imprescindible en materia de sucesión de plantillas, debido a la abundante externalización que la administración lleva a cabo en muchos servicios públicos y servicios auxiliares propios de sus instalaciones y dependencias, siendo los cambios de contratistas por nueva licitación algo común⁵¹. A este respecto hay que anticipar ya que la LCSP establece un límite en la aplicación de los convenios colectivos que delimitan la aplicabilidad de unas determinadas condiciones⁵².

Para centrar la cuestión, debemos partir del art. 84.2 ET, que establece la prioridad de los convenios de empresa frente a los convenios sectoriales (cualquiera que sea su ámbito territorial) con el objetivo de que las condiciones salariales de los trabajadores sean las previstas en los convenios empresariales⁵³. La consecuencia

⁴⁹ Art. 130.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por el que se excluye la responsabilidad de la empresa entrante, quedando la propia administración como garante de las deudas contraídas por la empresa saliente.

⁵⁰ OLARTE ENCABO, S., "El futuro de los convenios colectivos en materia de sucesión de plantilla ante la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (asunto Somoza Hermo) y su impacto en la jurisprudencia del TS", en C. Molina-Navarrete (dir.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 424 y ss., en p. 434.

⁵¹ LAHERA FORTEZA, J., "Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la ley 9/2017", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2018 (144), pp. 43-52, en pp. 44 y 45.

⁵² Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁵³ VICENTE PALACIO, M.A., "Grupos de empresas y negociación colectiva. Dos ejemplos de la evolución del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo

es evidente: el menor poder negociador a nivel empresarial acarrea una merma salarial. Ante esta situación, algunos procesos de contratación pública exigían la aplicación de las condiciones salariales mínimas contenidas en los convenios sectoriales que, en la mayoría de casos, son superiores a las establecidas en los convenios de empresa. Se trataba de un mecanismo de protección frente a la competencia desleal por la licitación a la baja, a costa de una merma de las condiciones socio-laborales de los trabajadores de las licitadoras⁵⁴. Sin embargo, esta posición por parte de algunos pliegos de contratación no es pacífica, y su inclusión puede estar alejada del objeto de la contrata. En este sentido, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 220/2017 de 7 junio (RJCA 2017\741), concluyó en la nulidad de dichas cláusulas.

Como respuesta a pronunciamientos judiciales como el señalado, y en todo caso la voluntariedad de la inclusión de esas cláusulas en los pliegos de condiciones, la nueva LCSP prevé expresamente para la adecuada estimación del precio del contrato público por parte del órgano licitador *en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales*, deberá atenderse a los términos económicos del convenio sectorial aplicable en el lugar de prestación de servicios (art. 103.2, párrafo segundo LCSP). Por tanto, la administración licitadora tendrá en cuenta el coste de aplicar los convenios colectivos (art. 101.2 LCSP) quedando habilitada (art. 149.4 LCSP) para rechazar ofertas anormalmente bajas por no respetar los convenios sectoriales en materia de mínimos salariales⁵⁵.

fisiológico”, en J. Gorelli-Hernández (coord.), *El derecho a la negociación colectiva*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp. 536 y ss., en p. 540.

⁵⁴ Buena muestra de ello es el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución nº 40/2018, Recurso nº 7/1018, de 31 de enero de 2018, por el que se establece que: *Se considerará condición esencial de ejecución de los contratos de seguridad, el compromiso de aplicar durante toda la vigencia del mismo, a todos los trabajadores adscritos a la prestación del servicio, como mínimo, las tablas salariales recogidas en el capítulo XVII del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad.*

⁵⁵ Art 149.4 LCSP: (...) *En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 (...).*

4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2020

Una vez planteado el problema de la sucesión de empresas inmateriales, y de los problemas de aplicación del art. 44 ET en estos supuestos, debemos detenernos en la que es una parte esencial de nuestro trabajo: la STJUE (Sala Cuarta) de 26 marzo 2020, caso ISS Facility Services NV contra SG. y otros (TJCE 2020\50). Su importancia estriba en el novedoso supuesto de hecho que plantea y que trataremos de analizar pero, sobre todo, por las posibles situaciones y efectos derivados de los cambios de contratas siempre desde la perspectiva del art. 44.1 ET, que establece la continuidad laboral en los mismos términos para el cesionario, respecto de los trabajadores y en la repercusión que genera o que puede generar en un futuro en nuestra jurisprudencia interna⁵⁶.

La STJUE (Sala Cuarta) de 26 marzo 2020, caso ISS Facility Services NV contra SG. y otros (TJCE 2020\50) ya mencionada, aborda una cuestión prejudicial planteada por el por el *Arbeidshof te Gent* (Tribunal Superior de lo Laboral de Gante, Bélgica). El asunto versa sobre una contrata de limpieza del Ayuntamiento de Gante (Bélgica), donde la empresa cedente tenía atribuida la limpieza de los edificios administrativos, del museo y de la biblioteca. Sin embargo, la nueva licitación fraccionó en tres (3) lotes el contrato administrativo: 1) edificios administrativos; 2) biblioteca; y 3) museo. La trabajadora demandante en el proceso principal prestaba sus servicios principalmente en los lotes 1 y 3, que fueron adjudicados a una mercantil, mientras que el lote 2 fue adjudicado a otra licitadora distinta, pasando de un cedente a dos cesionarios para gestionar la misma actividad⁵⁷.

⁵⁶ Art. 44.1 ET: *El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*

⁵⁷ La cuestión prejudicial planteada fue la siguiente: *cuando se da una transmisión simultánea de varias partes de una empresa en el sentido del artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva que son transmitidas a varios cesionarios, se transfieren a cada uno de los cesionarios los derechos y obligaciones que resulten del contrato de trabajo existente en la fecha de transmisión de un trabajador que trabajaba en cada una de las partes transmitidas, en proporción al volumen de trabajo del trabajador antes citado en la parte de la empresa adquirida por cada cesionario, o bien en el sentido de que los derechos y obligaciones antes citados se transmiten en su totalidad al cesionario de la parte de la empresa en la que trabajaba con carácter principal el trabajador antes mencionado, o bien, en el sentido de que, si las disposiciones de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 no pueden interpretarse en ninguna de las formas antes mencionadas, no se produce*

Bien, haciendo un análisis inverso de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal belga al Tribunal comunitario, la última de ellas apunta en el sentido de considerar que no existiría sucesión empresarial cuando no resulte posible determinar individualmente el volumen de trabajo del trabajador en cada uno de los bloques transmitidos⁵⁸. Esta interpretación es del todo inviable por la finalidad de la norma, que no es otra que salvaguardar a los trabajadores los mismos derechos laborales que venían disfrutando en la empresa cedente⁵⁹. Hipótesis esta última que, desde luego no tiene cabida, por su simpleza y el espíritu protector de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

La segunda de las hipótesis, más realista, parte de la premisa de la cesión de los derechos y obligaciones al cesionario a quien se atribuya el lote en el que presta servicios el trabajador. Esta solución parece pacífica si en un caso concreto ese mismo trabajador presta servicios exclusivamente en los locales cedidos al cesionario⁶⁰. Sin embargo, plantea problemas a la hora de determinar cuando la dedicación del trabajador no se ciñe exclusivamente a un lote, sino que presta servicios en varios lotes en distintas proporciones de jornada o dedicación. Cabría hablar así de dedicación “principal”, de forma que la dedicación pudiera establecerse, por ejemplo, en un 80% es un lote atribuido a la cesionaria y un 20%, para un lote atribuido a otra mercantil. Esta cuestión, es la planteada por la primera de las cuestiones prejudiciales, ya que la primera y segunda cuestión están íntimamente ligadas.

una transmisión a cesionario alguno de los derechos y obligaciones resultantes del contrato de trabajo del trabajador antes mencionado, lo cual también ocurrirá cuando no resulte posible determinar individualmente el volumen de trabajo del trabajador en cada una de las partes transmitidas de la empresa.

⁵⁸ Debe interpretarse el art. 3.1 Directiva 2001/23 en el sentido de que, si las disposiciones de la Directiva no pueden interpretarse en ninguna de las formas antes mencionadas, no se produce una transmisión a cesionario alguno de los derechos y obligaciones resultantes del contrato de trabajo del trabajador antes mencionado, lo cual también ocurrirá cuando no resulte posible determinar individualmente el volumen de trabajo del trabajador en cada una de las partes transmitidas de la empresa.

⁵⁹ Así, el 3º considerando de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, establece que: *Son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos.*

⁶⁰ La STS (Sala de lo Social) núm. 744/2020 de 9 septiembre de 2020 (RJ 2020\4405), recoge este supuesto concreto, al declarar que *una cosa es reducir el servicio, y otra que el servicio no se adjudique ni forme parte de lo adjudicado*, cuando ese lote en concreto no forma parte de la contrata no puede hablarse de sucesión de los trabajadores que prestan servicios en exclusiva en el mismo.

El TS no ha tenido ocasión de abordar un tema como el planteado, careciendo el caso analizado de respuesta legal o convencional en nuestro país⁶¹. Las alternativas son: o bien la sucesión en el contrato del trabajador se atribuye al cesionario del lote donde el trabajador presta sus servicios con carácter principal, o bien se prorratea la jornada de trabajo entre los cesionarios en proporción a la dedicación que tenía el trabajador en los lotes del cedente. Esta última es la solución a la que apunta el Tribunal de Justicia, siempre que la división del contrato de trabajo resultante de esta operación sea posible y no suponga un deterioro de las condiciones de trabajo, ni afecte al mantenimiento de los derechos de los trabajadores garantizados por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001⁶².

4.1.- Posibles soluciones a los lotes en contratas

Analizada la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre ese supuesto, debemos analizar la hipótesis de un trabajador, que como en el caso planteado desarrolle su actividad principalmente en un “lote o puesto de trabajo”. Ante este supuesto, pueden ocurrir múltiples variantes, entre ellas la cesión de varios centros de trabajo a distintos cesionarios, planteando uno de ellos un cambio organizativo o tecnológico en su adjudicación. Así, el art. 4.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, recoge la excepción de motivo de despido si se produce por razones económicas, técnicas, o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo⁶³.

La cuestión que aquí se plantea es la siguiente: un trabajador que presta sus servicios (en proporción de 80% / 20%) en “lotes” que han sido adjudicados a distintos cesionarios, y un cesionario quiere realizar un cambio tecnológico (robotización, por ejemplo) que implica una reducción de las necesidades de mano

⁶¹ VICENTE PALACIO M.A., “Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 5/2020, 2020, pp. 7 y ss., en p. 8.

⁶² En nuestra jurisprudencia no se ha dado el caso planteado, sin embargo, sí que se ha pronunciado si se reduce la concesión y esta a su vez es transmitida a un nuevo cesionario del mismo grupo, la STS (Sala de lo Social) núm. 939/2018 de 30 octubre de 2018 (RJ 2018\5727), establece que en caso que la reducción del servicio contratado va pareja a la adjudicación de parte de la actividad a otra contratista que pertenece al mismo grupo de empresa, suponiendo una ampliación del servicio desde el primer día, y debiendo subrogarse en los contratos que proporcionalmente correspondan.

⁶³ No lo recoge el art. 44 ET, debiéndose reconducir por el art. 52.c) del despido objetivo.

de obra, estando su puesto del trabajador entre los puestos afectados. Utilizando como criterio hermenéutico la interpretación finalista de la STJUE de 26 de marzo de 2020 y su solución de prorrateo, podríamos entender que como se apuntó *ut supra* la consecuencia sería la del despido objetivo, siendo que la sucesión de plantillas como transmisión de derechos y obligaciones, no priva a la empresa cesionaria de realizar un cambio tecnológico si así lo requiere, calificándose como despido objetivo⁶⁴.

El cambio tecnológico es sólo una de las posibilidades para el despido objetivo. El art. 51.1 ET contempla también la causa económica, que constituye el supuesto más frecuente de extinción por causas objetivas, lo que nos lleva a plantearnos si cabría la posibilidad de invocar causas económicas en el marco de un proceso de sucesión de contrata. La STS (Sala de lo Social) núm. 163/2019 de 5 marzo de 2019 (RJ 2019\1534)⁶⁵, analiza el supuesto de que la nueva adjudicataria asumía la reducción de volumen de la contrata, siendo obligada la cesionaria a asumir a todos los trabajadores de la cedente, pero con la facultad de despedir a la parte de la plantilla correspondiente a la reducción de la contrata⁶⁶.

4.2.- Contratas con varios contratos

Otra hipótesis plausible en el marco de “lotes de contrata”, sería cuando un trabajador presta servicios, en régimen de pluriempleo, para dos empresas en diferentes centros de trabajo y una de ellas se hace con la contrata del otro centro de trabajo; en tal caso, el trabajador seguirá trabajando en dos centros de trabajo

⁶⁴ Véase por contra, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre de 2019 (ROJ: SJSO 4141/2019), que recoge ante un supuesto de despido por cambio tecnológico (implantación de *bots*) argumentando que: *no se produce un cambio en el medio o instrumento de producción, lo que se produce es la sustitución de un trabajador por un instrumento. Lo contrario sería tanto como considerar al trabajador un instrumento y la aparición de un robot o bot un cambio en ese instrumento, y calificando por ello el despido como improcedente.*

⁶⁵ En el mismo sentido se encuentra entre otras la STS (Sala de lo Social), núm. 4/2017 de 10 enero (RJ 2017\257).

⁶⁶ Razona la sentencia que: *la reducción del volumen de la contrata no implica que la nueva adjudicataria se libere de su deber por ese motivo, cuando lo transmitido es una entidad económica que mantiene su identidad, no obstante, puede acudir a un despido objetivo o, en su caso, colectivo con base en esa causa para acomodar la plantilla a las necesidades de la empresa, fallando que la extinción contractual era razonable y proporcionada.*

distintos pero ahora para una sólo empresa, cesando así su situación de pluriempleo⁶⁷.

Esta eventualidad obliga al análisis de la incidencia de la duración máxima de la jornada laboral, puesto que cuando el trabajador estaba empleado para dos empresas podía, como así hacía, superar la duración máxima de la jornada laboral (legal o convencional), pues esta se predica de una única relación laboral y, en este caso, la convergencia de contratos en un único empleador implica la superación de esta jornada máxima de trabajo⁶⁸.

Para el Tribunal Supremo, la subrogación opera siempre que se den los requisitos del art. 44 ET, sin que la duración de la jornada de trabajo sea óbice para ello. El TS considera que si antes de la subrogación, la trabajadora tenía dos contratos, uno de ellos a tiempo completo y el otro a tiempo parcial, deben respetarse las mismas condiciones después de la sucesión⁶⁹. Se da así una situación ciertamente irregular pues supone permitir que el trabajador incumpla una de las pocas normas laborales vigentes de derecho necesario absoluto.

Debe matizarse que, en el caso concreto abordado por el Tribunal Supremo, la empresa sucesora ya era empleadora de la trabajadora, por lo que técnicamente es difícil hablar de subrogación y más bien se trata de una ampliación de contrato, ampliación que debe respetar los límites de jornada establecidos en el art. 34.1 ET⁷⁰.

5.- CAMBIO TECNOLÓGICO

Como hemos visto, el Estatuto de los Trabajadores permite la extinción contractual cuando concurren causas técnicas, que son definidas como aquéllas que

⁶⁷ DE HEREDIA RUIZ I.B., "Sucesión de contratados y transmisión de empresa...", cit., p. 26.

⁶⁸ Límite de la jornada de trabajo de 40 horas semanales, art. 34.1 ET.

⁶⁹ STS (Sala de lo Social) de 1 junio 2012 (RJ 2012\8324), en la el TS argumenta que al ostentar dos categorías diferentes en dos centros de trabajo diferentes, ello es elemento para mantener dos contratos con la misma empleadora después de operar la subrogación aunque la suma de ellos supere el límite de la jornada máxima de trabajo.

⁷⁰ Mención especial al voto particular de la STS de 1 de junio de 2012 de la magistrada EXCMA. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahun, que entiende que no puede operar la subrogación por superar el límite de la jornada laboral y entendiendo que es la primera empleadora la que debía haber trasladado a la trabajadora a otro centro de trabajo por tener conocimiento de la superación del límite de jornada que operaría tras la sucesión, trasladando la responsabilidad a la empresa cedente del despido que debiera producirse para ajustar la jornada de trabajo.

afectan al ámbito de los medios o instrumentos de producción (art. 51 ET). Empero, cabe preguntarse si en el marco de la sucesión de empresas, ese cambio técnico puede ser motivo para excluir la sucesión empresarial, con las consecuencias que ello conlleva. Corresponde, por tanto, analizar el artículo 44.2 ET, por el que se considera que existe sucesión de empresas cuando la entidad económica mantiene su identidad, entendiendo esta como el conjunto de medios organizados con el fin de realizar la actividad económica. Por tanto, si el cambio tecnológico es de importancia (entendiéndose esta como la transformación de los medios organizados) cabría plantearse la inexistencia de sucesión empresarial con la consiguiente falta de subrogación del nuevo cesionario en el contrato del trabajador de la cedente.

En esta línea apunta la STS (Sala de lo Social) núm. 189/2020 de 3 marzo (RJ 2020\1143), en la que ante la sucesión de una contrata por una Unión Temporal de Empresas (en adelante UTE), ésta no aplicó la sucesión empresarial, aunque sí contrató *ex novo* a 17 de los 20 trabajadores de la cedente saliente; es decir, no les respetó ni la antigüedad, ni los derechos adquiridos ni tampoco el convenio colectivo que venía siendo aplicable. La UTE contrató a los restantes 3 trabajadores de la empresa saliente, siendo uno de ellos el demandante. El fallo del TS, que desestima la existencia de sucesión empresarial ex art. 44 ET, razona que se trata de una contrata que no pivota sobre la mano de obra, sino que por el contrario, es una actividad de alto valor añadido, siendo necesario que la UTE realice una gran inversión en cambio tecnológico. Concluye, además, que tampoco procede la sucesión de empresas en su vertiente de sucesión de plantillas⁷¹.

Este es el caso resuelto por la STJUE (Sala Cuarta) de 27 febrero 2020, caso R.G. y otros contra *Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH* y otros (TJCE 2020\24)⁷². El supuesto de hecho es el siguiente: se trata de un trabajador que prestaba servicios para una empresa adjudicataria del servicio público de autobuses del distrito de *Oberspreewald-Lausitz* (Alemania). La empresa inicialmente adjudicataria concurre a la nueva licitación del servicio de transporte, que queda adjudicado a una

⁷¹ Argumenta el TS que: *cuando la actividad empresarial pivota esencialmente sobre la mano de obra, de forma que la contrata puede continuar con los mínimos cambios personales y de dirección, pero no es admisible cuando la nueva contratista está obligada a desplegar además los medios materiales precisos para que la contrata alcance sus fines.*

⁷² Cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Arbeitsgericht Cottbus — Kammern Senftenberg* (Tribunal de lo Laboral de Cottbus — Salas de Senftenberg, Alemania), mediante resolución de 17 de abril de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de mayo de 2018.

nueva mercantil⁷³. El litigio se centra en el pacto entre cedente y cesionaria por el que la nueva cesionaria no se haría cargo de los trabajadores en términos de sucesión de empresa, esto es, manteniendo su antigüedad, ya que los medios técnicos y organizativos que constituían la unidad productiva eran únicamente los autobuses, que no podían ser asumidos al incumplir la normativa vigente contra la contaminación, cuestión en la que se centra la STJUE⁷⁴. A resultas del citado pacto, la empresa cedente abonó las indemnizaciones por despido a todos los trabajadores con las cantidades legalmente establecidas, trabajadores que, seguidamente fueron contratados *ex novo* por la nueva cesionaria.

El TJUE fundamenta su fallo sobre la idea de; si los medios técnicos de explotación necesarios para la continuación de la actividad, no son asumidos por la nueva cesionaria por requerir de un cambio tecnológico, no puede considerarse que se haya operado una sucesión de empresa. Sin embargo, el TJUE deja la puerta abierta a que *“no obsta necesariamente a que la reanudación de la actividad pueda calificarse de transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho, tales como la contratación de la mayor parte de la plantilla y la continuación sin interrupción de la referida actividad, permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente”*⁷⁵.

⁷³ Las cuestiones prejudiciales planteadas fueron:

1) *¿Debe considerarse como transmisión de centro de actividad, a efectos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva [77/187], la cesión de la explotación de líneas de autobuses de una empresa de transporte en autobús a otra a raíz de un procedimiento de adjudicación organizado de conformidad con la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [(DO 1992, L209, p.1)], aun cuando entre las dos empresas mencionadas no se haya producido una cesión de activos significativos, concretamente de autobuses?*

2) *El hecho de considerar, conforme a una decisión empresarial razonable, que, en el caso de una adjudicación temporal de servicios, los autobuses ya no son determinantes en la valoración del centro de actividad debido a su antigüedad y a mayores exigencias técnicas (valores de emisiones, vehículos de plataforma baja), ¿justifica que el [Tribunal de Justicia] se aparte de su sentencia de 25 de enero de 2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59) en el sentido de admitir que, en tales circunstancias, la aplicación de la Directiva [77/187] también pueda basarse en la contratación de una parte significativa del personal?*

⁷⁴ MIÑARRO YANINI, M., “Transmisión de empresas y cláusulas ambientales”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número 455, 2021, pp. 211 y ss., en p. 218.

⁷⁵ Véase la STJUE (Sala Sexta) Caso Oy Liikenne Ab contra Pekka Liskojärvi y otros. Sentencia de 25 enero 2001 (TJCE 2001\22), de fecha anterior, y en la que podríamos pensar a simple vista que ha ocurrido un cambio jurisprudencial, ya que en la referida sentencia se establece un caso muy similar al planteado, la licitación de líneas de autobuses, siendo que el cesionario no asume los vehículos y que contrata a una parte sustancial del personal de la cedente. Sin embargo, y a mi juicio esta

Analizado este fallo comunitario en el contexto del Derecho español hay que poner de manifiesto, en primer lugar, que la sentencia comunitaria es cronológicamente anterior (cinco días) a la STS (Sala de lo Social) núm. 189/2020 de 3 marzo (RJ 2020\1143), vista al inicio de este epígrafe, y que aborda un problema jurídico sobre un supuesto similar al planteado, reconduce a la sentencia del TJUE a fallar que la posterior contratación de trabajadores de la empresa cedente, en estos casos no es constitutivo de sucesión de empresa en su variante de sucesión de plantillas⁷⁶.

En otros casos, este planteamiento se ha tenido por fraudulento, por considerar el tribunal que su único objetivo era eludir la aplicación del artículo 44 ET y así, no mantener los derechos de los trabajadores. Este es el caso de la STJUE (Sala Tercera) Caso Ellinika Nafpigeia AE contra P.A. y otros. Sentencia de 13 junio 2019 (TJCE 2019\106)⁷⁷ en la que se resuelve sobre el uso fraudulento de crear una sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial para subrogar a ella los trabajadores de otra de la empresas integrantes y proceder a liquidar la empresa (evidentemente sin liquidez para hacer frente a las obligaciones indemnizatorias por despido). En la sentencia se resuelve si una empresa posee objeto económico, cuando la misma recurre a factores de producción procedentes de la cesionaria⁷⁸. El

sentencia no puede entenderse como antítesis a la arriba planteada, y no lo es ya que en este caso el personal que contrata la cesionaria lo hace por petición de los propios trabajadores como demandantes de empleo, siendo las intenciones de la cesionaria establecer un proceso de selección propio, los contrata por petición, elemento que debe ser considerado para atender que la sucesión de plantillas no opera de forma sustancial, la simple identidad debe ser tenida en relación con la necesidad de esa mano de obra cualificada y organizada, en el momento que esa dependencia organizativa desaparece, lo demás es causal y no opera como elemento de sucesión. Asimismo, en la sentencia de 2001, la negativa a asumir los autobuses no se debe como en el caso anterior a una imposición legal (cumplir con la normativa de emisión de gases euro 6), sino que no adquirió los autobuses por simple decisión ajena a cualquier realidad legislativa, motivo que también debe ser tenido en cuenta para establecer que no existió sucesión de empresas pero sin entender que el TJUE ha cambiado de opinión en esos 19 años entre sendas resoluciones, sino que los casos planteados son sutilmente diferentes, diferencias que llevan a entender que no puede operar la sucesión empresarial.

⁷⁶ Cuestión ésta en mi opinión no resuelta plenamente, ya que las particularidades del caso del TS (contratos de obra de duración determinada) y en el caso del TJUE (indemnizados por la extinción de la relación laboral) impiden un análisis pleno de las consecuencias de la adquisición de parte sustancial de la plantilla cuando no se adquieren los medios materiales de la actividad por cambio tecnológico.

⁷⁷ Cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Areios Pagos* (Tribunal Supremo, Grecia), mediante resolución de 8 de noviembre de 2017.

⁷⁸ Las cuestiones prejudiciales planteadas fueron las siguientes:

1) *¿Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la [Directiva 2001/23] y a efectos de determinar si existe o no transmisión de empresa, de centro de actividad o de partes de centro de actividad o de empresa, debe considerarse que constituye "entidad económica" toda unidad de producción*

TJUE resolvió la cuestión argumentando que la inexistente infraestructura material y técnica necesaria, así como la desaparición de la actividad de la cesionaria, no imposibilitan la aplicabilidad de las garantías de la sucesión de empresa⁷⁹, siempre que no se use de forma fraudulenta (fraudulenta como es el caso), al ser una empresa aparente creada con la única finalidad de eludir responsabilidades, argumentando el fallo de la STJUE que: *se respete el principio general del Derecho de la Unión que obliga al cedente y al cesionario a no intentar beneficiarse de forma fraudulenta y abusiva de las ventajas que podrían obtener de la Directiva 2001/23*.

Debemos señalar que estos contratos de servicios se rigen en nuestro derecho por la LCSP, y como ya se apuntó *ut supra*, su reforma en el año 2017 ha introducido cambios en aras a potenciar las ofertas que respeten las relaciones laborales pactadas en los convenios colectivos sectoriales para que las licitadoras respeten las condiciones socio-laborales más garantistas de estos convenios (frente a los empresariales), e introdujo también criterios de selección relacionados con el medio ambiente como parámetro de decisión de la contrata⁸⁰.

completamente autónoma con una capacidad de funcionamiento que le permita cumplir su propia finalidad económica sin necesidad de recurrir (a través de adquisición, préstamo, arrendamiento o de otro modo) a factores de producción (materias primas, mano de obra, equipamiento mecánico, componentes del producto final, servicios de asistencia, recursos económicos y otros) facilitados por terceros? O, por el contrario, ¿son suficientes para la calificación de "entidad económica" la diversificación del objeto de la actividad o la posibilidad real de que ese objeto pueda constituir la finalidad de una actividad económica autónoma y la viabilidad de una organización eficaz de los factores de producción (materias primas, máquinas y otro tipo de equipamiento, mano de obra y servicios de asistencia) para cumplir esa finalidad concreta, sin que sea relevante que el nuevo operador que ejerce la actividad recurra a factores de producción incluso fuera de su propio ámbito o que no cumpla su finalidad en un caso concreto?.

2) *¿Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la [Directiva 2001/23], se excluye o no la existencia de transmisión en caso de que el cedente, el cesionario o ambos prevean no solo la continuación exitosa de la actividad por parte del nuevo operador, sino también el futuro cese de esta, con vistas a la liquidación de dicha empresa?.*

⁷⁹ VICENTE PALACIO, M.A., "De nuevo sobre el alcance del concepto de transmisión de empresas a la luz de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001. STJUE (Sala Tercera) de 13 de junio de 2019 (asunto C-664/17)", *Revista de jurisprudencia laboral*, número 5/2019, 2019 pp. 2 y ss., en p. 9.

⁸⁰ Véase por ejemplo el art. 145.2 LCSP que establece que: *La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: 1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones (...).*

6.- PARTICULARIDADES DE LAS UTE'S

Las Uniones Temporales de Empresas (en adelante UTE-UTE's) presentan algunas particularidades que pueden incidir en la sucesión empresarial. En primer lugar, en materia de contratación laboral, hay que aclarar que cuando una UTE contrata a un trabajador, son sus empresas integrantes quienes realmente son las empleadoras del mismo⁸¹, imputando la ley a las empresas integrantes de la UTE una responsabilidad frente a terceros solidaria e ilimitada⁸².

Debemos destacar la importancia de distinguir entre los trabajadores que son contratados por la UTE y los contratados por las mercantiles integrantes. Los contratados por las UTE's, aunque sea una de las empresas integrantes la que contrata, cuando el objeto es compartido por todas ellas y se entrelazan las relaciones de las mercantiles, asumiendo indistintamente la dirección de los empleados, responden todas ellas de las responsabilidades salariales. Por contra, cuando los trabajadores son contratados por las mercantiles que la integran, en su propio nombre y bajo la dirección y fin exclusivo de esa mercantil que tiene asignada la realización de una obra contratada, definida y aislada, esta mercantil es la responsable única excluyendo a las restantes que forman la UTE. Se trata, no obstante, de una cuestión controvertida. A título ejemplificativo, la STSJ Andalucía (Sala de lo Social) núm. 3339/2001, de 13 de noviembre de 2001 (EDJ 2001/68761), aborda el supuesto en el que dos trabajadores del sector de vigilancia y seguridad trabajaban en una empresa, que se integró en una UTE con otra mercantil; los trabajadores prestaban servicios para la UTE, aunque, en esencia, estaban al servicio de la empresa titular de su contrato. Para el TS la responsabilidad en materia de despido es de la UTE, respondiendo solidariamente sus dos integrantes, sin que quepa levantar el velo para imputar la responsabilidad exclusiva a una sólo de ellas⁸³, y lo hace argumentando que:

⁸¹ Véase la STS (Sala de lo Social) de 21 enero 2010 (RJ 2010\3121).

⁸² Art. 8.e).8º de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

⁸³ La STSJ Andalucía (Sala de lo Social) núm. 1396/2000, de 14 de abril de 2000 (EDJ 2000/35381), argumenta que: *Para que se declare la comunicación de responsabilidad es exigible que haya en el grupo confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.* Siendo como se apunta *ut supra*, determinante que única y exclusivamente los trabajadores presten servicios para una sola de las mercantiles, cuestión compleja de probar, siendo

Por virtud de la agrupación temporal, surge una nueva empresa autónoma, que actúa bajo unidad de dirección y bajo una denominación distinta de la de las empresas agrupadas, aunque las identifique, cuya empresa, a tenor del art. 7 Ley 18/1982 de 26 mayo, no viene a constituir una persona jurídica nueva, correspondiendo su titularidad a la de las empresas integradas, que responden frente a terceros solidariamente, de tal modo, que al demandarse a la Agrupación, se está demandando a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa, que constituyen, sin ser correcto demandarlas además separadamente como titulares de una relación laboral desvinculada de la agrupación.

En el escenario de la contratación de las UTE's, pueden plantearse nuevos escenarios con incidencia en el plano de la sucesión empresarial. Vistas las diferencias entre los trabajadores contratados por la UTE, y aquéllos contratados por una mercantil integrante de la misma, o que ya se encontraban empleados en esta última. Habría que analizar si un trabajador contratado por la UTE realizando trabajos indistintamente para todas las mercantiles integrantes, y un trabajador que realiza trabajos exclusivamente para una de las mercantiles integrantes, reciben distinto trato en una supuesta sucesión empresarial.

En síntesis, el problema de las UTE's en materias de sucesión empresarial, se puede ver en la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 217/2017 de 26 enero. 2017 (ECLI: ES:TSJAND:2017:114), en la que en una cuestión de nueva adjudicación de contratos a una UTE, se establece la responsabilidad de indemnizar por despido a todas las mercantiles integrantes de la UTE, así mismo la sentencia fija en el 50% el umbral de trabajadores que se integran en la nueva UTE como el mínimo para entender que ha habido sucesión de empresas en su vertiente de sucesión de plantillas.

En muchas ocasiones, las UTE's operan a través de concesiones administrativas para la realización de determinadas obras, siendo la UTE una forma de soportar los elevados costes y la inversión en grandes proyectos públicos. También a los contratos administrativos con las UTE's les es de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público, que regula expresamente su responsabilidad en términos de solidaridad entre las mercantiles integrantes de la Unión, para ejercitar

además que el mando y las órdenes a los trabajadores tiene que tener origen en un representante de la misma mercantil que no lo haga para las demás integrantes de la Unión.

los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato de concesión *sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa* (art. 69.3 LCSP). Como obligaciones del contrato de concesión, y en lo que aquí es relevante, queremos resaltar la obligación ya apuntada con anterioridad de aplicar los convenios colectivos sectoriales⁸⁴.

7.- CONCLUSIONES

I- La nula referencia del art. 44 ET a la sucesión de empresas inmateriales expone a los trabajadores de estos sectores a una continua inseguridad jurídica sobre el contenido mínimo de derechos que tienen reconocidos. La regulación convencional de la sucesión en determinados sectores fue, en su momento, un importante paraguas de protección para estos trabajadores que, hasta el reconocimiento por parte del TJUE de la sucesión en las empresas inmateriales carecían del derecho de ser empleadas en la nueva empresa cesionaria.

II- La actual, y ya consolidada jurisprudencia del TJUE y del TS, pone de manifiesto la necesidad de una reforma del art. 44 ET para proteger de manera expresa a los trabajadores de empresas inmateriales con los mismos derechos que a los trabajadores de empresas con medios organizados, lo que evitará, además, multitud de conflictos judiciales en materia de sucesión empresarial. La realidad jurisdiccional pone de manifiesto la desprotección de los trabajadores en estos sectores, con el único respaldo normativo del convenio sectorial aplicable, regulación que, además, limita su aplicación a determinados trabajadores.

III- La contractualización a la que recurre el TS en su intento de justificar determinadas circunstancias no es operativa porque a falta de una regulación legal de la sucesión de empresas inmateriales, el actual marco hace imposible acoger a determinados trabajadores cuyo convenio sectorial ha dejado de estar vigente. No cabe descartar un eventual planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE que, de mantener su jurisprudencia actual, obligaría al TS a modificar su doctrina.

⁸⁴ Art. 211.1.i) LCSP expone que son causas de resolución del contrato: *El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.*

IV- La doctrina de la contractualización como figura polémica del TS, establece la excepción al límite de jornada laboral cuando se produce una sucesión de dos cedentes a un único empleador y entre ambas jornadas se supera el límite de horas, con estas posiciones el TS no intenta sino suplir la desprotección de determinados trabajadores de sectores desmaterializados, y de las particularidades que surgen cuando los cambios de contratistas se hacen por lotes pasado de un único empleador a varios, o viceversa. Debemos asumir la jurisprudencia del TS sin perder de vista que son pronunciamientos con numerosos votos particulares, no siendo una cuestión pacífica y que, probablemente, cambiará su doctrina, bien sea de parte, o a consecuencia de la necesaria recepción de la jurisprudencia del TJUE.

V- La problemática de los lotes abordada por la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, todavía no ha llegado a nuestro TS. Sin embargo, cabría aventurar a modo de hipótesis plausible que cuando esto ocurra, se pronunciará a favor de respetar siempre los derechos consolidados del trabajador y, en línea con su jurisprudencia, mantendrá la continuidad del contrato con los distintos empleadores atendiendo al criterio de la proporcionalidad.

VI- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tampoco regula la subrogación del nuevo contratista en los supuestos de sucesión de contratistas en sectores desmaterializados. Siendo como es, una normativa de relativa nueva redacción, esta laguna pone de manifiesto el escaso interés del legislador por clarificar y extender la protección a los trabajadores de estas contratistas.

VII- Las cuestiones medioambientales están recibiendo en los últimos tiempos una gran atención de la sociedad y consiguientemente, el Derecho medioambiental está calando en todas las disciplinas jurídicas de manera transversal. La desestimación por parte del TJUE de admitir la sucesión de empresas, cuando no se asumen los medios materiales de la empresa por no ajustarse a la normativa anticontaminación, pone de relieve la importancia del derecho medioambiental y su incidencia en otras ramas del derecho.

VIII- Con independencia de cuál sea la respuesta de nuestro TS a la problemática de la sucesión de contratistas en lotes, parece imprescindible una reforma del art. 44 ET, lo cual no parece que previsiblemente ocurra a corto o medio plazo. La consecuencia es clara: la inseguridad jurídica en materia de sucesión de

trabajadores de empresas desmaterializadas como forma de operar, es el camino que van a tener que recorrer estos sectores hasta su inclusión en el Estatuto de los Trabajadores como sujetos de pleno amparo legal en materia de sucesión.

8.- BIBLIOGRAFÍA

DE HEREDIA RUIZ I.B., “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *IUSLabor*, 1/2017.

ESTEVE SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LAHERA FORTEZA, J., “Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la ley 9/2017”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2018 (144).

LÓPEZ INSUA, B.M., “El cambio de titularidades de “empresas desmaterializadas” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en C. Molina-Navarrete (dir), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019.

MIÑARRO YANINI, M., “Transmisión de empresas y cláusulas ambientales”, *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número 455, 2021.

MORENO PÉREZ, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, ed. Ibidem, Madrid, 1994.

MORENO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, ed. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., LÓPEZ INSUA, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, GAPP, 2019.

NORES TORRES, L.E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

OLARTE ENCABO, S., “El futuro de los convenios colectivos en materia de sucesión de plantilla ante la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (asunto Somoza Hermo) y su impacto en la jurisprudencia del TS”, en C. Molina-Navarrete (dir), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019.

RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F.A., “La subrogación en las sucesiones de contratas”, *Trabajo y seguridad social. CEF*, número 455, 2021.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el derecho europeo”, en F.J. Sánchez Pego (dir.), *Cuadernos de derecho judicial*, ed, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1994.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “La “ultraactividad” de los convenios y la Reforma Laboral de 2012”, en J. Gorelli-Hernández (coord.), *El derecho a la negociación colectiva*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

VICENTE PALACIO, M.A., “De nuevo sobre el alcance del concepto de transmisión de empresas a la luz de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

STJUE (Sala Tercera) de 13 de junio de 2019 (asunto C-664/17)", *Revista de jurisprudencia laboral*, número 5/2019, 2019.

VICENTE PALACIO, M.A., "El contrato para obra o servicio determinado", en J.L. Moreno-Pérez (dir), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Actualizado con la última reforma laboral*, ed. Comares, Granada, 2010.

VICENTE PALACIO, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo*, ed. Atelier, Barcelona, 2016.

VICENTE PALACIO, M.A., "Grupos de empresas y negociación colectiva. Dos ejemplos de la evolución del tratamiento de los grupos de empresa por el ordenamiento jurídico español: de lo patológico a lo fisiológico", en J. Gorelli-Hernández (coord.), *El derecho a la negociación colectiva*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

VICENTE PALACIO M.A., "Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 5/2020, 2020.

9.- JURISPRUDENCIA

9.1.- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJCE (Sala Sexta) de 24 enero 2002, caso Temco Service Industries SA contra Samir Imzilyen y otros (TJCE 2002\29).

9.2.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Séptima) de 24 junio 2021, caso EV contra Obras y Servicios Públicos, S. A., Acciona Agua, S. A. (TJCE 2021\151).

STJUE (Sala Cuarta) de 27 febrero 2020, caso R.G. y otros contra Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH y otros (TJCE 2020\24).

STJUE (Sala Cuarta) de 26 marzo 2020, caso ISS Facility Services NV contra SG. y otros (TJCE 2020\50).

STJUE (Sala Tercera) Caso Ellinika Nafpigeia AE contra P.A. y otros. Sentencia de 13 junio 2019 (TJCE 2019\106).

STJUE (Sala Décima) de 11 julio 2018, caso A. S. H. y otros contra Esabe Vigilancia, S.A. y otros (TJCE 2018\142).

STJUE (Sala Sexta) Caso Oy Liikenne Ab contra Pekka Liskojärvi y otros. Sentencia de 25 enero 2001 (TJCE 2001\22).

9.3.- Tribunal Constitucional

STC (Sala Segunda) núm. 122/2018 de 31 octubre (RTC 2018\122).

9.4.- Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Social) núm. 189/2020 de 3 marzo (RJ 2020\1143).

STS (Sala de lo Social) núm. 744/2020 de 9 septiembre (RJ 2020\4405).

STS (Sala de lo Social) núm. 163/2019 de 5 marzo (RJ 2019\1534).

STS (Sala de lo Social) núm. 296/2018 de 14 marzo (RJ 2018\1425).

STS (Sala de lo Social) núm. 766/2018 de 17 julio (RJ 2018\3989).

STS (Sala de lo Social,) núm. 782/2018 de 18 julio (RJ 2018\5019).

STS (Sala de lo Social) núm. 807/2018 de 25 julio (RJ 2018\4177).

STS (Sala de lo Social) núm. 873/2018 de 27 septiembre (RJ 2018\4619).

STS (Sala de lo Social) núm. 939/2018 de 30 octubre (RJ 2018\5727).

STS (Sala de lo Social) núm. 4/2017 de 10 enero (RJ 2017\257).

STS (Sala de lo Social) núm. 1046/2016 de 9 diciembre (RJ 2017\206).

STS (Sala de lo Social) de 22 diciembre 2014 (RJ 2014\6638).

STS (Sala de lo Social) de 4 junio 2013 (RJ 2013\5357).

STS (Sala de lo Social) de 1 junio 2012 (RJ 2012\8324).

STS (Sala de lo Social) de 21 enero 2010 (RJ 2010\3121).

STS (Sala de lo Social) de 29 mayo 2008 (RJ 2008\4224).

STS (Sala de lo Social) de 16 julio 2003 (RJ 2003\6113).

STS (Sala de lo Social) de 18 marzo 2002 (RJ 2002\7524).

9.5.- Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 3339/2001, de 13 de noviembre de 2001 (EDJ 2001/68761).

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 1396/2000, de 14 de abril de 2000 (EDJ 2000/35381).

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 217/2017 de 26 enero 2017 (ECLI: ES:TSJAND:2017:114).

STSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 220/2017 de 7 junio (RJCA 2017\741).

Auto TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 30 diciembre 2016 (JUR 2017\281960).

9.6.- Juzgado de lo Social

Sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:JSO:2019:4141).

10.- RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución nº 40/2018, Recurso nº 7/1018, de 31 de enero de 2018.

11.- CONVENIOS COLECTIVOS

Resolución de 24 de abril de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (B.O.C. núm. 90, de 13 de mayo de 2019).

Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo de Sector de Construcción y Obras Públicas de Almería (B.O.P de Almería núm. 74, de 18 de abril de 2018).

Resolución de 17 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo Provincial de Construcción y Obras Públicas de Córdoba (B.O.P. de Córdoba núm. 183, de 25 de Septiembre de 2019).

Resolución de 26 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid (B.O.C.M. núm. 70, de 23 de marzo de 2019).

Resolución de 27 de octubre de 2015, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de la Limpieza de Edificios y Locales de las Islas Baleares (B.O.I.B núm. 167, de 12 de noviembre de 2015).

Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal de la Provincia de Zaragoza (B.O.P.Z. núm. 262, de 13 d noviembre de 2020).

Resolución de 28 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo de Sector Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz (D.O.E núm. 190, de 30 de septiembre de 2020).

Resolución de 8 de mayo de 2013, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (B.O.E. núm. 123, de 23 de mayo de 2013).

Resolución de 18 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad para el año 2021 (B.O.E. núm. 316, de 26 de noviembre de 2020).

12.- WEBGRAFÍA

<https://ignasibeltran.com/2018/10/01/ultraactividad-y-contractualizacion-de-convenio-colectivo-una-teoria-jurisprudencial-por-construir/>, fecha de última consulta 13 de octubre de 2021.