



---

# **Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Máster de la Abogacía**

## **La sucesión de contratas en las actividades “desmaterializadas”**

**Presentado por:**

**María Enciso Herrero**

**Tutelado por:**

**Ana Murcia Clavería**

**17-01-2020**

## INDICE

1. SUPUESTO DE HECHO OBJETO DEL DICTAMEN.....	pg.3.
2. CUESTIONES A RESOLVER.....	pg.6.
3. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA.....	pg.7.
3.1. Legislación actual sobre subrogación.....	pg.7
- Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero	
- Directiva 2001/23/CE de 29 de junio	
- Artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).	
- Convenio colectivo aplicable al sector: Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (Resolución de 29 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo).	
3.2. Tipología.....	pg.9.
- Grado de exigibilidad .....	pg.9.
- Modalidades: .....	pg.9.
o sucesión <i>ex lege</i> art. 44 del ET	
o Sucesión de plantillas	
o La sucesión de empresas de servicios: contratas y sectores en los que la actividad descansa en la mano de obra.	
- Conceptos básicos a considerar .....	pg.11.
3.3. Evolución jurisprudencial en esta materia.....	pg.12.
3.3.1.La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su evolución.....	pg.12.
3.3.2.La doctrina tradicional de los tribunales españoles y su evolución en esta materia. ....	pg.15.
3.3.3.El impacto de la doctrina del TJUE en el TS en cuanto a la sucesión por vía convencional, a raíz de la Sentencia Somoza Hermo 11 de julio de 2018.....	pg.16.
3.4. Convenio colectivo aplicable al sector.....	pg.21.
4. CONCLUSIONES.....	pg.22.
5. CONCLUSIONES PERSONALES DE LA FIGURA SUCESORIA.....	pg.32.
6. BIBLIOGRAFÍA.....	pg.35

## **1. SUPUESTO DE HECHO OBJETO DEL ESTUDIO**

Los trabajadores Alberto, Claudia, Juan y Joaquín han venido prestando servicios por cuenta de la empresa Instalaciones S.A. Presentaban contratos de fijos-discontinuos, cobrando el S.M.I estipulado en 2019 de 1.050 euros mensuales, incluido prorrateo de pagas. Es decir 12.600 euros al año.

- Alberto: Antigüedad de 15 de abril de 2010, como coordinador (grupo 2, nivel 1)
- Claudia: Antigüedad de 15 de junio de 2010, como monitora/ socorrista (grupo 4, nivel 1)
- Juan: Antigüedad de 1 de enero de 2015, como monitora/socorrista (grupo 4, nivel 1)
- Joaquín: Antigüedad de 10 de junio de 2012 oficial mantenimiento (grupo 4, nivel 1)

Instalaciones SA venía siendo adjudicataria del servicio de gestión del Polideportivo Pisuerga, según adjudicación efectuada por el Ayuntamiento de Valladolid, realizado por los trabajadores nombrados. Instalaciones S.A mediante comunicación el 24 de diciembre 2019 notificó a los trabajadores que el contrato se suspendería el día 1 de enero del 2019, por cese temporal de la actividad, sin renovación de la adjudicación y, sin conocimiento acerca de quién sería la empresa entrante o adjudicataria del servicio. Ante tal situación, la empresa suspendió la relación laboral de los cuatro trabajadores.

La concesión administrativa fue adjudicada posteriormente a Mantenimiento Castilla SA. Esta empresa, el 14 de mayo de 2019, notificó a los trabajadores afectados que, habiendo sido adjudicataria de la concesión administrativa y según el Pliego de Condiciones Administrativas de la adjudicación, tenía la obligación de subrogarse en la plantilla del personal existente. Sin embargo, el servicio lo iba a llevar a cabo con tan solo tres de los cuatro trabajadores, denegando, por tanto, a D. Juan su incorporación en la empresa.

Según el Pliego de condiciones, las horas destinadas al personal de monitor/socorrista son las equivalentes a una persona a jornada completa durante el tiempo otorgado por la concesión. Por lo tanto, dado que en la plantilla son dos

socorristas/monitores y solo se requieren los servicios de uno, atendiendo al criterio de la antigüedad, ha subrogado a Doña. Ana, excluyendo a Juan de la subrogación.

La contratación de los trabajadores subrogados se llevó a cabo a través de contratos temporales de obra y servicio de duración hasta fin de la obra, con una antigüedad coincidente con el inicio de la actividad.

Ante tal situación, los trabajadores nos plantean las cuestiones que exponemos posteriormente.

A las relaciones laborales afectadas se les aplica, además del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasio, así como el Pliego de Cláusulas Administrativas rector de la adjudicación. En dicho Pliego se indica que "La empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en cuanto al personal existente en el Polideportivo municipal a la fecha de la firma del contrato y, en los términos previstos en la normativa vigente".

Por su parte, interesa también mostrar el articulado más relevante del art. 25 del Convenio aplicable:

El art. 25 del Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios dispone:

*Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo.*

*I. La absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas, siempre y cuando se de alguno de los siguientes supuestos:*

*a) Finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa, que unía a una empresa con el titular público o privado de las instalaciones deportivas o el promotor de actividades socio-deportivas, produciéndose la sustitución por cualquier otra empresa, por los siguientes motivos:*

b) Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular tanto público como privado de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio-deportivas, de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento.

IV. Excepciones a la aplicación de la subrogación prevista en el presente artículo.

La subrogación de personal establecida en el presente artículo, no será de aplicación cuando en la instalación objeto de concesión, cesión o contrato de arrendamiento de servicios se produzca el cierre o cese definitivo de las actividades que en la misma se desarrollaban, sin que por tanto sean llevadas a cabo por ninguna otra empresa, ni por su titular.

IX. No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión de la actividad por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del periodo de suspensión, dichos trabajadores tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase la actividad a otra empresa.

## 2. CUESTIONES A RESOLVER

A la vista de lo enunciado, D. Juan nos formula las siguientes cuestiones:

- I. ¿Es aplicable la subrogación del art. 1 de la Directiva 2001/23 y el art. 44 del ET a su situación. En caso afirmativo ¿Qué efectos conlleva dicha circunstancia?.
- II. ¿Son válidos los contratos pactados con Alberto, Claudia y Joaquín? ¿Puede Mantenimientos S.A excluir a Juan de dicha subrogación?. En caso negativo, ¿Cómo hemos de considerar la renuncia ejercida por la adjudicataria (Mantenimiento Castilla S.A) a la subrogación de D. Juan en la plantilla?
- III. ¿La interrupción de la actividad por cese o resolución de contrata es condición excluyente para la aplicación de la subrogación?
- IV. ¿Puede el cesionario no subrogarse en la totalidad de la plantilla justificando la disminución de horas en la concesión?
- V. En caso de cese de una contrata, ¿es posible acudir a la vía del despido por causas objetivas *ex* art.52 c) del ET? ¿En qué casos se produce la improcedencia del despido?

### 3. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA

#### 3.1. Legislación actual sobre subrogación

En cuanto a la legislación actual aplicable en relación a la subrogación hemos de considerar las siguientes normas de aplicación:

##### - Artículo 44 del ET.

La actual redacción del art. 44 del ET, fruto de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en adelante, Directiva 2001/23CE). En el art.44 se establece que *“que 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. Se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. El cedente y el cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito”*.

##### - Directiva 2001/23/CE.

La Directiva 2001/23 resulta de la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, ya que ésta había sufrido una última modificación por parte de la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998. Encuentra su causa en la modificación de la estructura de las empresas, fruto de la evolución económica en el plano nacional y comunitario. Estas modificaciones son consecuencia de los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas. La Unión Europea se vio obligada a regular de nuevo la normativa para proteger a los trabajadores de estos cambios empresariales, particularmente para garantizar el mantenimiento de sus derechos. Puesto que entre los Estados miembros existen diversas diferencias en lo referente al alcance de la protección de los trabajadores, el objetivo de la Directiva es aunar tales diferencias.

Como se ha indicado ya, la redacción actual del art. 44 del ET tiene su origen en esta Directiva 2001/23/CE, cuya trasposición a la legislación nacional se llevó a cabo a través de la Ley 12/2001<sup>1</sup>. El Artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE dispone que:

- a) La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.
- b) Se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.
- c) Será de aplicación tanto a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro.

La presente Directiva se aplicará cuando y en la medida en la que la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que haya de traspasarse se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado .

- **Convenio colectivo aplicable al sector: Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios**<sup>2</sup>. En el Capítulo III, Art. 25 está establecido el régimen de subrogación de personal en caso de transmisión de empresas.

---

<sup>1</sup> Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

<sup>2</sup> Resolución de 29 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

## 3.2. Tipología

### Nivel de exigibilidad

En primer lugar, ha de determinarse si el supuesto de sucesión a estudiar se encuentra en alguno de los niveles que expondremos a continuación. Se distinguen tres niveles de la sucesión *inter vivos*:

- 1) *Nivel legal*: Se establece para supuestos de transmisión que cumplen con los requisitos exigidos en el art. 44 del ET, opera *ope legis*, con carácter absoluto.
- 2) *Nivel convencional*: La sucesión en estos supuestos se aplica vía Convenio Colectivo Sectorial y para que el régimen de la sucesión del art. 44 del ET opere vía convencional, han de cumplirse todos los requisitos establecidos en el Convenio.
- 3) *Nivel individual*: En defecto de los anteriores, en este tipo se permite que interfiera la voluntad del trabajador. Este tipo da lugar cuando no se cumplen todos los requisitos establecidos o bien en el Convenio, o bien en el pliego de condiciones administrativas, de esta manera, el trabajador puede elegir si permanece en la plantilla de la empresa saliente o aceptar la inclusión en la empresa entrante.

### Modalidades

En segundo lugar, analizadas las vías de aplicación de la sucesión de empresas, estudiaremos los diferentes supuestos de subrogación con la finalidad de determinar cuál se ajusta más a nuestro supuesto concreto.

### La sucesión de empresas del art. 44 del ET *ope legis*

La subrogación empresarial se produce tras el cambio de titularidad de la empresa, afectando dicha transmisión a una entidad económica que mantenga su identidad. Sin embargo, la determinación de la concurrencia de dichos requisitos, requiere que se delimiten los conceptos básicos del art. 44 del E.T.

El Tribunal Supremo, en sentencias como las de 26 de marzo de 2014, 12 de diciembre de 2002 y 17 marzo 1995 sobre el contenido del artículo 44 citado exige la concurrencia de dos elementos:

- a) **Elemento subjetivo**, representado por **la transmisión**, es decir, el cambio en la titularidad del antiguo al nuevo empresario, admitiendo que aunque dicho cambio se realice a través de un tercero, lo relevante es que la actividad desarrollada por el anterior continúe ejecutándose por el nuevo.
- b) **Elemento objetivo**: consistente en la entrega efectiva del conjunto de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad principal.

En relación con el elemento objetivo, la jurisprudencia ha realizado relevantes precisiones, que serán merecedoras de un estudio posterior, en orden a la exigencia del mismo, admitiéndose que en aquellos supuestos en que lo esencial no sea la infraestructura o los bienes materiales, la cesión de los mismos no será factor determinante para encontrarnos en el marco de la sucesión, constituyendo como elemento esencial en estos caso a la mano de obra.

#### - **La sucesión de plantillas**

Es un supuesto de sucesión nacido de la jurisprudencia del TJUE para aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Se aplicará en aquellos casos en los que no se reúnan los requisitos del art. 44 del E.T , ni disponga la subrogación un Convenio Colectivo o pliego de condiciones. En estos casos, el TJUE entiende que la asunción de una parte relevante de la plantilla, en términos cuantitativos y cualitativos, de la empresa saliente, provocará la sucesión de empresas en la modalidad de sucesión de plantillas, ya que, se entiende que la plantilla de trabajadores constituyen un conjunto de elementos personales organizados que constituye una entidad económica que mantiene su identidad (STS 27 de octubre de 2004, R. 899/2002).

#### - **La sucesión de empresas de servicios: contrata y sectores en los que la actividad descansa en la mano de obra.**

Esta modalidad de subrogación surge de la aplicación del Convenio Colectivo- que ha de ser sectorial-, ya que las empresas objeto de esta modalidad, destinan su actividad a sectores de servicios, actividades que suelen ser externalizadas por otras empresas con el objetivo de

reducir costes. Esta situación provoca cierta inestabilidad en el sector<sup>3</sup>, ya que sufre una gran rotación. Por ello, a través de la negociación colectiva se establecen cláusulas subrogatorias para los supuestos de cambio de contratatas. De esta manera, los trabajadores van sucediéndose en la plantilla de las diversas empresas adjudicatarias del servicio.

La doctrina no incluía en la subrogación supuestos como la sucesión de plantillas, ya que son supuestos en los que la empresa se compone fundamentalmente de mano de obra (sector servicios), no componiendo, en lo esencial de su estructura, elementos patrimoniales como la infraestructura. Por ello, en cuanto a los conceptos determinantes para la aplicación de la sucesión *ex lege* (“entidad económica” que “mantiene su identidad”), la doctrina ha evolucionado ampliando los supuestos subsumibles en tales conceptos y, dicha evolución ha de ser analizada para comprender las circunstancias que, con el paso de los años, han hecho que la sucesión de plantillas sea considerada una modalidad de subrogación empresarial.

### **Conceptos básicos a tener en cuenta en la sucesión de empresas *ex art. 44 del ET y Directiva 2001/23/CE***

- ¿Qué se entiende por empresa a efectos de la Directiva y del art. 44 del E.T?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJEU) en la Sentencia de 1 de julio de 2008<sup>4</sup>, establece que dentro del término “empresa” se incluye cualquier entidad económica organizada de forma estable, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación. Para ser más precisos y poder acceder al marco de la Directiva, hemos de considerar que tal entidad lo constituye todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada y autónoma<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Son sectores que tienden a ser externalizados por otras empresas mediante la contratación o subcontratación del mismo, así encontramos las actividades de vigilancia, limpieza, jardinería, mantenimiento de instalaciones deportivas, handling, contact center etc.

<sup>4</sup> STJUE de 1 julio 2008, *MOTOE*, C-49/07).

<sup>5</sup> Vid., la página web <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2018/05/1-2-Arastey-Sucesion-de-contratatas-y-subcontratatas-de-obras-y-servicios.pdf>.

- ¿Qué ha de entenderse por entidad económica? Los requisitos a cumplir por la entidad económica son:
  - 1) Preexistencia: La unidad productiva autónoma debe existir con anterioridad a la transmisión, aunque con una serie de matices que se irán viendo a lo largo del trabajo.
  - 2) Mantenimiento de su identidad tras el traspaso: para ello han analizarse todas las circunstancias del caso, tomándose en consideración todos los elementos que describan o compongan la operación objeto de transmisión. Así por ejemplo, habrá de considerarse el tipo de empresa, la transmisión de los elementos materiales, la asunción de gran parte de la plantilla, grado de analogía de las actividades. Así mismo, que la actividad económica sea accesoria y no principal, no impide que la transmisión se excluya del ámbito del art. 1 de la Directiva.

Se han venido discutiendo el significado de “entidad económica” que “mantenga su identidad”; el mantenimiento de la identidad es el rasgo indispensable para determinar si estamos ante una transmisión. Por ello, se hará un estudio jurisprudencial de los años, apreciando los cambios significativos en cuanto a la amplitud del concepto.

### 3.3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN ESTA MATERIA

#### 3.3.1. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su evolución

El TJUE ya en sus primeros pronunciamientos destacó cuál sería el criterio decisivo para determinar la sucesión empresarial, señalando – **la conservación de la identidad de la entidad económica**-. En primer lugar, el Tribunal de Justicia defendía un análisis de todos los elementos para evaluarlos conjuntamente. Así, a raíz de la STC Spijkers<sup>6</sup> se nombraron las circunstancias a tener en cuenta a efectos de subrogación, entre ellas; el tipo de empresa o centro de actividad, que el nuevo empresario se hiciera cargo de buena parte de la plantilla, la transmisión de los elementos patrimoniales como edificios o bienes muebles etc.

---

<sup>6</sup> STJUE (Sala V) de 18 de marzo de 1986, C- 24/85.

Con la sentencia Schmitdt<sup>7</sup>, el Tribunal dio un giro a su doctrina, pues en este caso establecía que era suficiente que el nuevo empresario continuase las actividades económicas que venía desarrollando el anterior, para que le fuese de aplicación la doctrina comunitaria. Esta afirmación permite abrir paso a la posibilidad de subsumirse en la normativa de la sucesión a aquellas empresas cuyo activo no se compone fundamentalmente de bienes materiales. En el caso Schmitdt se produce una transmisión significativa en parte de la plantilla -aunque la misma fuera reducida de por sí-, a la que la nueva empresa tuvo intención de contratar y, era un sector en el que los bienes patrimoniales tenían poca importancia<sup>8</sup>.

Estas sentencias enunciadas adquieren protagonismo en la argumentación en la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys<sup>9</sup> en la que el Tribunal acepta que la “la transmisión de elementos del activo, no es un criterio exclusivo ni determinante para que la entidad conserve su identidad económica”, En cuanto a “la naturaleza de la actividad ejercida”.

Por otro lado, en el Caso Sūzen<sup>10</sup> se afirma que “la simple pérdida de una contrata no puede revelar la existencia de una transmisión por sí sola, en el sentido de la Directiva”. En este caso, no ocurre como en el Caso Schmitdt en el que la transmisión fue de personal. Como rasgos a considerar, el Tribunal en Sūzen da las pautas sobre cómo analizar los criterios para determinar la aplicación de la sucesión, sosteniendo que para determinar la existencia de la transmisión hay que estar a la actividad desarrollada y a los medios utilizados para su explotación<sup>11</sup>. Literalmente, el Supremo enuncia que “en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos”. De ahí que en tales sectores de la actividad “dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el

---

<sup>7</sup> STJUE (Sala V) de 14 de abril de 1994, C- 392/92

<sup>8</sup> CALVO GALLEGOS, Javier. “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 114, 2012, pg. 12.

<sup>9</sup> STJUE de 7 de marzo de 1997, C-171/94 y C-172/94

<sup>10</sup> STJUE de 11 de marzo de 1997, C- 13/95

<sup>11</sup> CALVO GALLEGOS, Javier. “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”. op. Cit. pg. 14.

nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad, de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”.

A partir de este momento, los elementos materiales y personales se incluyen en el concepto de entidad económica. Esta circunstancia provoca que en situaciones en las que una sucesión de contratas cuya actividad se encuentra catalogada en sectores donde no priman los medios materiales (tales como limpieza, vigilancia, mantenimiento) la continuación de la actividad con una parte relevante de la plantilla, en términos de número y competencias, destinados de forma duradera a desarrollar una actividad común, sí sería subsumible en el art. 1 de la Directiva 2001/23.

Con la Sentencia Temco del TJUE de 24 de enero de 2002<sup>12</sup>, surge una doctrina más clara y unificada. Esta sentencia se basó en las sentencias de Schmitdt, Henández Vidal<sup>13</sup> y Süzen, en las que la actividad objeto del litigio era del sector de limpieza -actividad desmaterializa. En ellas establecieron las circunstancias a considerar para determinar si lo transmitido adquiriría carácter de entidad económica, entre esas circunstancias se encuentran: la actividad desempeñada y los medios de producción y explotación de los que se valían para desempeñar la actividad en la empresa o centro. De este modo, se afirma que “determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”. Estas afirmaciones dan lugar a la admisión de la figura “empresa/actividad”, protagonista en los sectores “desmaterializados”. Esta doctrina del TJUE establece que “en la medida en que sea posible que una actividad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad no puede depender de la cesión de los elementos materiales o inmateriales”<sup>14</sup>.

Por tanto, con los años se ha especificado más el marco del art. 1 de la Directiva, concluyendo que la transmisión de los elementos del activo empresarial o la infraestructura económica no constituirá una *conditio sine qua non* para que opere el fenómeno sucesorio en

---

<sup>12</sup> STJUE de 24 de enero de 2002 , nº C-51/2000.

<sup>13</sup> STJUE de 10 de diciembre de 1998, C-127/96.

<sup>14</sup> STJUE de 11 de marzo de 1997, Süzen, nº C-13/95, apartado 18.

estas empresas denominadas «desmaterializadas». A partir de este momento, a estas empresas se las aplicarán los efectos de la Directiva 2001/23 y del E.T, a partir del momento en que se constate que asumen una parte esencial de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos. Tales afirmaciones, sin perjuicio de que en los sectores en los que el valor del activo (material o inmaterial) de la actividad en cuestión, es considerable, se mantiene el criterio del concepto de “empresa/organización”, lo que se traduce en una inexcusable transmisión de parte esencial del mismo para que se produzca la subrogación, operando así los efectos de la Directiva y el art. 44 del ET.

### **3.3.2. La doctrina tradicional de los tribunales españoles y su evolución en esta materia**

La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo (en los años 90) en España era puramente patrimonialista (STS de 5 de abril de 1993) estableciendo como criterio básico para la aplicación del art. 44 del ET la transmisión de la posición contractual y del conjunto de medios organizados para desarrollar una actividad productiva. Afirmó que en la sucesión de contratas o reversión de la contrata *“no hay transmisión de empresa sino finalización de una, y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando”*<sup>15</sup>. Negando, por consiguiente, que la transmisión de contratas desmaterializadas pudiera incardinarse en el marco jurídico del art. 44 ET. Solo aplicaban la transmisión de activos materiales o inmateriales, de las llamadas empresas/organización<sup>16</sup>.

Habiendo analizado la doctrina jurisprudencial europea en párrafos anteriores, España no cambia el criterio doctrinal de empresas/organización hasta la Sentencia de 20 de octubre de 2004 (RJ 7162), en la misma menciona la aplicación de la subrogación de empresas en la modalidad de sucesión de plantillas en sectores de gestión de servicios<sup>17</sup>.

La fecha definitiva en la que puede considerarse la consolidación de la doctrina comunitaria en España se produce tras la STJUE de CLECE 20 de enero de 2011, asunto

---

<sup>15</sup> STS 29 de enero 2002, rec. 4749/2000

<sup>16</sup> STS 23 de julio 2003, rec. 2343/2002.

<sup>17</sup> MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. “La nueva jurisprudencia sobre el fenómeno jurídico laboral de la sucesión de empresas”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1.

C-463/09, derivada de la cuestión prejudicial planteada, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Con esta sentencia se consolida la distinción entre empresas/ organización y empresas/ actividad, y, una vez reconocido el concepto empresa/actividad, en atención al sector de actividad y métodos de trabajo, se concluye que para sectores como éste, en los que no existen elementos relevantes de patrimonio o infraestructuras, el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, no puede depender de la transmisión de dichos bienes, sino que “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad puede constituir una entidad económica”. Todo esto, con independencia de que la causa de subrogación, sea vía art. 44 del ET, sea vía convencional o sea voluntaria. Por tanto, se admite la aplicación del marco de la Unión Europea, en relación a la sucesión de empresas, en aquellos sectores en los que la actividad descansa en la mano de obra, la asunción esencial de parte de la plantilla es circunstancia válida para entrar a considerar su aplicación.

### **3.3.3. La doctrina del TJUE y su impacto en la jurisprudencia del TS a la luz de la Sentencia Somoza Hermo 11 de julio de 2018**

La subrogación empresarial *ex lege* regulada en el art. 44 del ET se produce, como ya hemos mencionado, tras el cambio de titularidad de la empresa, afectando dicha transmisión a una entidad económica que mantenga su identidad. Sin embargo, la determinación de la concurrencia de dichos requisitos ocasiona problemas fundamentalmente cuando la actividad prestada está compuesta esencialmente por mano de obra o personal.

#### **La subrogación convencional**

Como ya se ha mencionado, en la transmisión de empresas cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, el marco de los términos “entidad económica” y “mantenimiento de la identidad” ha evolucionado considerablemente en el tiempo. Sin embargo, inicialmente ni la doctrina europea ni la interna consideraban aplicable a su legislación la transmisión de empresas compuestas esencialmente de personal. Finalmente, con la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09 de CLECE, en España se asienta la doctrina según la cual, en las empresas cuya mano de obra es considerada parte esencial,

la transmisión de parte relevante de la plantilla de la antigua a la nueva empresa, es un supuesto plenamente aplicable al marco de la Directiva y del art. 44 del ET<sup>18</sup>.

En empresas dedicadas al desarrollo de actividades sectoriales se rigen por los convenios colectivos del sector, éstos establecen condiciones subrogatorias para proteger los derechos laborales de los trabajadores, ya que son actividades que sufren una significativa rotación laboral y ello impide la consolidación de sus derechos. La regulación que los Convenios han establecido en este ámbito, surge como consecuencia de que la subrogación en estos casos solo operaría si la transmisión afectase a una parte esencial de la mano de obra, lo cual deja al arbitrio de las empresas la elección en la cantidad del personal -en términos de número y calidad- si no desean la aplicación de la subrogación.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13 de enero de 2012, recoge los sectores que por medio de Convenio Colectivo- insistimos sectorial- regulan la Subrogación:

- Acción social e intervención social
- Asistencia , atención , diagnóstico , rehabilitación y promoción de minusválidos
- Asistencia en tierra en aeropuertos (*handling*)
- Atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal
- Captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas
- Construcción
- *Contact Center*
- Contratas Ferroviarias
- Empresas Concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos
- Entrega domiciliaria
- Hostelería
- Instalaciones deportivas
- Juego del bingo
- Limpieza de edificios y locales

---

<sup>18</sup> CALVO GALLEGO, Javier. “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público” op.cit. pg. 15.

- Limpieza pública, viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado
- Mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público
- Puertos de Estado y autoridades portuarias
- Regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública
- Reparto sin direccional
- Seguridad
- Transportes de enfermos y accidentados en ambulancias.

La subrogación en la modalidad de sucesión de contratatas, fundamentalmente opera por la imposición del Convenio Colectivo del Sector. La causa de subrogación no procede del art. 44 del ET, ni del art. 1 de la Directiva 2001/23/CE. Esta circunstancia, excluía la aplicación del régimen subrogatorio común -art. 44 del ET-, es decir, el Tribunal Supremo venía admitiendo que “en las contratatas sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de estas características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el art. 44 del ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, lo que significa que el art. 44 del ET no opera automáticamente en los casos de sucesión de empresa en sectores como el de limpieza, si no hay cesión de elemento patrimonial alguno o de un núcleo considerable de la plantilla anterior, pero que puede haber una subrogación en los términos y con las condiciones establecidas en el convenio”<sup>19</sup>.

Este planteamiento no presentaba problemas hasta la sentencia del TJUE del Caso Somoza Hermo, de 11 de julio de 2018<sup>20</sup>. El origen del conflicto procede del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual plantea dos cuestiones prejudiciales al TJUE, cuyo objeto se centra en la interpretación del art. 1 y del art. 3 de la Directiva 2001/23/CE. Este último resuelve las cuestiones aplicando directamente la Directiva sobre mantenimiento de

---

<sup>19</sup> STS de 27 de diciembre de 2004 (rec. 899/02) y la STS de 23 de mayo de 2005, (rec. 1674/04).

<sup>20</sup> STJUE de 11 de julio de 2018, nº 60/17

derechos de los trabajadores en los casos de traspaso de empresas, centros de actividad o parte de esas empresas o centros de actividad<sup>21</sup>.

En el caso Somoza Hermo, se trata el supuesto de un vigilante de seguridad, que consecuencia de una subrogación vía convencional, reclama a la empresa entrante y a la saliente las deudas salariales devengadas con anterioridad a la transmisión. Tras la demanda, la contratista entrante argumentaba que no era responsable de aquellas deudas puesto que el Convenio colectivo establecía una cláusula de exoneración.

El TJUE, al entrar al fondo del asunto, responde a ambas cuestiones:

- En primer lugar, que la Directiva 2002/23 se aplica a cualquier modalidad de sucesión de empresas o contrata, sin perjuicio de que la causa de subrogación emane de la ley o de una disposición del convenio colectivo aplicable.
- En segundo lugar, por ser incompetente el TJUE para resolver sobre una norma de derecho interno, deriva la responsabilidad a los tribunales españoles, ya que son ellos los que han de valorar, si el art. 44 del ET, que traspone la Directiva, ampara la no aplicación de la responsabilidad solidaria con respecto a las deudas contraídas antes de la transmisión<sup>22</sup>.

### **La doctrina del TS: cambios en su doctrina a partir de la sentencia del 11 de julio de 2018**

Hasta el momento, la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo señalaba que, tras el cambio en la titularidad de una contrata, la subrogación en la plantilla, lo hacía ajustándose a lo dispuesto en el Convenio Colectivo en cuanto a la extensión y límites y, prescindiendo del régimen de subrogación común, lo cual implica la exclusión del art. 44 del ET<sup>23</sup>. La doctrina anterior establecía que cuando el Convenio impone la subrogación de la plantilla a la empresa entrante, aunque materialmente nos encontremos con una “sucesión

---

<sup>21</sup> OLARTE ENCABO, Sofía. “Cláusulas convencionales sobre subrogación de plantillas; el posible escenario ante una doctrina europea garantista ya acogida por el TS”. *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 10, noviembre, 2009, pp. 982-986.

<sup>22</sup> OLARTE ENCABO, Sofía. “Cláusulas convencionales ...”. *Op.cit.* pp. 982,983.

<sup>23</sup> Vid., STS 31-05-2017 (rec. 234/2016). OLARTE ENCABO, Sofía. “Cláusulas convencionales...”, *op. cit.*, p.987.

de plantillas”, no se aplicará el régimen del art. 44 del ET, ya que lo pactado opera como mejora de la previsión<sup>24</sup>.

Sin embargo, tras la nueva doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo ha introducido cambios, armonizando la doctrina del ordenamiento español con la comunitaria. Este cambio se aprecia en la Sentencia de 27 de septiembre de 2018<sup>25</sup>, dictada por la Sala IV en Pleno. El supuesto enjuiciado por el Tribunal trata de un supuesto de subrogación empresarial impuesta por Convenio colectivo, tras la sucesión en una contrata de limpieza, estableciendo el Convenio una cláusula de exoneración de la responsabilidad. Se plantea la cuestión acerca de la validez en cuanto a la aplicación de esa cláusula. Se debate si la empresa que se hace cargo del servicio deberá responder solidariamente de las deudas salariales devengadas con anterioridad a la transmisión, pues el convenio establece claramente que serán a cargo de la empresa saliente. Finalmente, el Tribunal falla con la aplicación del art. 44 del ET de forma absoluta, estableciendo en la nueva doctrina lo siguiente<sup>26</sup>:

- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 del ET, si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de un entidad económica entre las empresas saliente y entrante.
- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal activa el art. 44 del ET. Cuando lo relevante es la mano de obra, la subrogación solo procede si se adquiere esa parte relevante de la plantilla, cuantitativa o cualitativamente.
- El hecho de que la subrogación sea de aplicación porque lo disponga un Convenio, no impide la aplicación de lo dicho anteriormente.

Fruto de este pronunciamiento se puede observar, cómo en sentencias posteriores se ha seguido la misma línea jurisprudencial, así en la Sentencia de 12 de noviembre de 2019<sup>27</sup>, se pronuncia el Supremo considerando que “siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación

---

<sup>24</sup> OLARTE ENCABO, Sofía. “Cláusulas convencionales...”, op. cit., p.988.

<sup>25</sup> STS (Social Pleno), 27 de septiembre de 2018, nº 873/2018, rec. 2747/2016.

<sup>26</sup> OLARTE ENCABO, Sofía. “Cláusulas convencionales...”; op.cit. pp. 986,997.

<sup>27</sup> STS de 12 de noviembre de 2019, nº 764/2019, rec. 357/2017

laboral, debiendo considerarse ilegal el Convenio que lo desconozca” (Fundamento Jurídico VII).

### **3.4. Convenio colectivo aplicable al sector. Conceptos a considerar**

El art. 25 del Convenio establece una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, a través de la "subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo". Así como, los criterios que ha de seguir tanto la empresa saliente como la adjudicataria del servicio.

En el apartado IX, se establece que "No desaparecerá el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión de la actividad por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del periodo de suspensión, dichos trabajadores tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase la actividad a otra empresa."

#### 4. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo analizado, procedemos a dar respuestas a las cuestiones a resolver objeto del dictamen jurídico solicitado.

##### **I. ¿Es aplicable la subrogación del art. 1 de la Directiva 2001/23 y el art. 44 del ET a su situación. En caso afirmativo ¿Qué efectos conlleva dicha circunstancia?.**

En primer lugar, habría que atender al grado de exigibilidad de la modalidad de subrogación. Nos encontramos ante una subrogación convencional impuesta por el Convenio Colectivo del sector y por el Pliego de Condiciones administrativas particulares.

En cuanto a la aplicabilidad del régimen subrogatorio de la Directiva o del art. 44 del ET, hemos de establecer una frontera distinguiendo la doctrina aplicable por el Tribunal Supremo antes de la Sentencia de 11 de julio de 2018 (Caso Somoza) y, la doctrina operante tras esta fecha.

Nuestro T.S, en un principio, mantenía la posición de eximirse de la regulación común y de sus efectos, siempre y cuando la subrogación se imponga por un Convenio – sectorial-. Sin embargo, la Doctrina del Supremo tras la Sentencia del TJUE, tendió a la armonización de la línea jurisprudencial comunitaria, concluyendo en la Sentencia en Pleno el 27 de septiembre de 2018 que sin perjuicio de la causa de subrogación, es decir, venga impuesta vía convencional u opere a través del art. 44 *ex lege*, el régimen de la Directiva 2002/23 se aplicará a cualquier modalidad de sucesión de empresas o contratas.

La nueva doctrina sostiene que:

- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 del ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de un entidad económica entre la empresa saliente y entrante. Aunque, la imposición de la subrogación sea vía convencional o vía legal –Directiva o E.T- no excluye el carácter de entidad económica que mantiene su identidad.
- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal activa el art. 44 del ET. Cuando lo relevante es la

mano de obra, la subrogación solo procede si se adquiere esa parte relevante de la plantilla, cuantitativa o cualitativamente.

- El hecho de que la subrogación sea de aplicación porque lo disponga un Convenio, no impide la aplicación de lo dicho anteriormente.

Por lo tanto, en respuesta a la primera cuestión, el art. 1 de la Directiva, así como el art. 44 del E.T, es de absoluta y categórica aplicación. La transmisión de la totalidad de la plantilla o parte esencial de ella, en sectores en los que la actividad descansa en la mano de obra, es considerado como entidad que mantiene su identidad y, por tanto, se aplica el régimen común de la subrogación, sin perjuicio de que la asunción de parte esencial del personal se adquiera por la imposición de un Convenio Colectivo.

Los efectos que conlleva la subrogación, consistirán en subrogarse en la totalidad de las relaciones laborales, manteniendo las mismas condiciones de la empresa anterior en los contratos de trabajo. Así como la responsabilidad solidaria de empresa entrante y saliente, en cuanto a los derechos y obligaciones no satisfechos por la cedente.

**II. ¿Son válidos los contratos pactados con Alberto, Claudia y Joaquín? ¿Puede Mantenimientos S.A excluir a Juan de dicha subrogación?, En caso negativo, ¿Cómo hemos de considerar la renuncia ejercida por la adjudicataria (Mantenimiento Castilla S.A) a la subrogación de D. Juan en la plantilla?**

Según lo expuesto en la cuestión primera, Mantenimiento S.A al subrogarse en tres de los cuatro trabajadores de la plantilla, ya cumple con el criterio de asunción de la esencialidad del personal y, por tanto, está obligado a incluir a D. Juan en la misma, ya que la exclusión comportaría un despido improcedente a todos los efectos.

Por lo tanto, la primera actuación que ha de realizar D. Juan en cuanto a su situación, es la de acudir a la impugnación del despido ante la Jurisdicción Social, en el plazo de 20 días hábiles dispuesto por el art. 59.3 del E.T, a contar a partir de la fecha de notificación de la no subrogación en la plantilla.

Tal subrogación lleva implícita una serie de condiciones, entre ellas, la continuidad de la antigüedad originaria con la cedente en el contrato de trabajo, es decir, en el caso de D. Juan sería el 21 de noviembre de 2015, así como las correspondientes antigüedades del

resto de trabajadores subrogados. En el caso de Alberto y Claudia deberían subrogarse considerándoles la antigüedad del 15 de junio 2010 y Joaquín con fecha de 10 de junio de 2012. Así como el mantenimiento del salario, los pluses que venía percibiendo etc.

La circunstancia de preservar la antigüedad comporta que los contratos que ostentan tras la subrogación lo son en fraude de ley, puesto que son contratos temporales de obra y servicio y, nuestros mandantes tienen la consideración de fijos-discontinuos a todos los efectos. Por lo tanto, dichas condiciones son susceptibles de infracción del art. 1 y 4, de la Directiva y del art. 44 del Estatuto.

Cualquier concepto modificado en cuanto a las condiciones laborales del pasado contrato de trabajo, deberá tramitarse por los cauces previstos para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del E.T, una vez incorporada la plantilla en la empresa.

En cuanto a la normativa interna, en primer lugar, analizando el Pliego de Cláusulas Administrativas rector de la adjudicación a MANTENIMIENTO S.A, tan solo se indica que "La empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en cuanto al personal existente en el Polideportivo municipal, a la fecha de la firma del contrato, y en los términos previstos en la normativa vigente", por lo tanto, poco hay que precisar en cuanto a esta disposición, dada su brevedad y concreción.

Sin embargo, con más detenimiento, hemos de acudir a lo dispuesto en el Convenio aplicable; Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios de fecha de resolución de 29 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo, concretamente al Capítulo III, artículo 25, titulado como subrogación del personal.

La obligación convencional del art. 25 a efectos de la subrogación se halla subordinada a la obligación de poner en conocimiento del contratista entrante los deberes y obligaciones socio-laborales que posee el cedente con plantilla en supuestos como la finalización de una contratación y entrada de la nueva; o en los de rescate, suspensión, rescisión, por parte del titular de las instalaciones deportivas. Nosotros nos encontramos en el supuesto de suspensión, pues la gestión del servicio ha sido suspendida o cesada temporalmente, de enero a mayo de 2019.

El art. 25 del Convenio es bastante amplio, por lo que únicamente mencionaremos aquellos aspectos relevantes para nuestro caso concreto. Establece que la subrogación empresarial del personal operará, siempre que se de alguno de los siguientes supuestos: *a) Trabajadores en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio.* En este caso, únicamente tomaremos en consideración el apartado a), ya que todos los trabajadores son indefinidos y, por lo tanto, superan el periodo de cinco meses sin ninguna problemática.

### **III. ¿La interrupción de la actividad por cese o resolución de contrata es condición excluyente para la aplicación de la subrogación?**

Hemos de comprobar si la inactividad que ha sufrido el Polideportivo en cuanto a la prestación de gestión del servicio público entre el periodo de enero a mayo, provoca la inaplicación de la subrogación. Uno de los requisitos de aplicación del art. 44 ET *ope legis* es la continuidad en la actividad o prestación del servicio que venía desarrollando, por lo tanto, hemos de analizar este aspecto.

Puesto que la sucesión del art. 44 del ET no opera automáticamente en las contratas sucesivas de servicios, sino que se aplica por mandato convencional, analizaremos la regulación del convenio en cuanto al cese de la actividad.

En el apartado I del art. 25 del Convenio se Establece que la absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas, siempre y cuando se de, o bien, la finalización de una concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas y hasta la entrada de la nueva empresa, o por rescate, suspensión o rescisión de la concesión de la gestión de los servicios que venía prestando la empresa contratada.

Precisar que la actividad y el personal en la fecha de la adjudicación del servicio a la empresa entrante, era cero, ya que la actividad **cesó cuatro meses antes**. Veamos qué establece el Convenio en cuanto a la subrogación, teniendo en cuenta que la actividad que se venía prestando ha cesado o ha sido suspendida temporalmente, por lo tanto, cuando a la empresa entrante le fue adjudicada la gestión del servicio del Polideportivo, no se produjo una continuación en la actividad.

En el apartado IX, donde expresamente se establece que no desaparecerá o se excluirá la imperatividad de este artículo en cuanto a la subrogación, en el supuesto de **cierre temporal** que obligue a la suspensión de la actividad **por tiempo no superior a un año**. Por lo tanto, no es *conditio sine qua non* que no hubiese continuación de la actividad, puesto que el Convenio establece un máximo de un año para que la subrogación habiéndose suspendido la actividad temporalmente.

*"No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión de la actividad por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del periodo de suspensión, dichos trabajadores tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase la actividad a otra empresa."*

En relación a la inactividad del servicio en el momento de adjudicación de la contrata a la nueva empresa, hemos de precisar que uno de los posibles argumentos que podría esgrimir la empresa adjudicataria del servicio para eludir la sucesión sería el relativo a la existencia de un **lapso de tiempo relevante** entre el cese del primero y ella. No habría lugar a dudas, con la existencia de una disposición como la del art. 29 del Convenio colectivo del sector, ya que establece un periodo máximo de un año de posible inactividad en el cual de reiniciar la actividad, la subrogación sí operaría.

Han de destacarse pronunciamientos de los TTSSJJ que postulan que incluso no habiendo previsión en el Convenio Colectivo en esta materia, dicha inactividad no es impedimento para la subrogación. Nos apoyamos en sentencias como la del T.S.J de Cantabria de 10 febrero de 2016<sup>28</sup>, en la que permiten la aplicación del fenómeno subrogatorio, transcurridos tres meses de inactividad en la gestión del servicio. El argumento en el que se apoyan hace referencia a los periodos estacionales. Quizás en este caso el supuesto sería válido ya que las piscinas tienen una mayor demanda en verano que en el resto del año. El tiempo transcurrido de inactividad se concreta en el periodo de invierno fundamentalmente, aunque coincida con ciertos meses en la primavera, por lo que no tendría por qué ser un elemento que juegue en contra de la sucesión.

---

<sup>28</sup> . STSJ Cantabria (Social) de 10 febrero de 2016 (EDJ 2016/14442)

#### **IV. ¿Puede el cesionario no subrogarse en la totalidad de la plantilla justificando la disminución de horas en la concesión?**

Como hemos visto, la empresa entrante –INSTALACIONES S.A- justifica la no subrogación de D. Juan con la disminución de horas otorgadas en la nueva concesión con respecto a la anterior adjudicación. Expondremos la línea jurisprudencial en este aspecto a efectos de aplicar o no la subrogación empresarial a la totalidad de la plantilla preexistente. En el ámbito de una sucesión de contratas en la que el servicio objeto de contratación sufre una disminución de horas. ¿La imposición del Convenio en cuanto a la subrogación alcanza a todos o, es posible que la empresa entrante ajuste la plantilla a las características del servicio que se ha visto disminuido? En respuesta a esta cuestión, se mostrarán algunas sentencias relevantes del Tribunal Supremo en esta.

La Sala de lo social del T.S, en su Sentencia del 8-01-2019<sup>29</sup> establece que el carácter vinculante de la subrogación no desaparecerá en ningún caso, a no ser que el Convenio colectivo prevea tal situación y las empresas solicitantes cumplan con los requisitos que en él se establecen. Por lo tanto, se condena al contratista entrante. Hay diversa jurisprudencia del Supremo en esta dirección, a pesar de no poseer una doctrina unificada esta cuestión. De tal manera, se mencionarán las sentencias más significativas: SSTS de 16 de julio de 2015, Rcu. 1777/2013, de 17 de septiembre de 2014, Rcu. 2069/2013, de 22 de septiembre de 2014 , Rcu. 2689/2013, de 3 de marzo de 2015, Rcu. 1070/2014.

En ellas se falla afirmando que la empresa entrante, salvo que el convenio disponga otra cosa, debe subrogarse en la totalidad de la plantilla preexistente derivada de la anterior relación contractual y, como mecanismo para la amortización de los puestos de trabajo por causas organizativas, es decir, causa de la reducción en las horas contratadas, habría que acudir al despido por causas objetivas del personal innecesario para la ejecución del contrato de servicio<sup>30</sup>. Sentado lo anterior, puede afirmarse que las nuevas adjudicatarias del servicio estarán obligadas a subrogarse en los contratos de trabajo de la empresa saliente, sin posibilidad de elección, aún habiendo motivos de reducción en el total de horas otorgadas por la concesión. No obstante, si disponen de Convenio que lo estipule y se cumplan exhaustivamente los presupuestos establecidos en él, se eximirá la aplicación de

---

<sup>29</sup> La TS (SOCIAL) sec 1º S08-01-2019, nº 4/2019, rec. 2833/2016

<sup>30</sup> La doctrina del Supremo no es unánime en esta materia, aunque sí hay una doctrina mayoritaria que defiende la vía del 52.c) en los supuestos de no subrogación que se expondrán en el apartado siguiente.

dicha subrogación en la totalidad de la plantilla. Nada se dice en el convenio acerca de la reducción de horas de la concesión, por lo tanto MANTENIMIENTO ha de hacerse con la totalidad de la plantilla.

La doctrina de la Sala en los supuestos de sucesión de contrata con modificación de su volumen por reducción del mismo se puede resumir afirmando que: "la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET<sup>31</sup>".

#### **V. En caso de cese de una contrata, ¿es posible acudir a la vía del art. 52.c) del E.T –despido por causas objetivas-? ¿En qué casos se produce la improcedencia del despido?**

La aplicación de la vía del art. 52.c) del Estatuto, bien porque se rescinda la contrata o bien porque, subrogada la plantilla en la empresa entrante, ésta presenta un excedente por disminución de horas en la adjudicación, es cuestión controvertida en la que no existe unanimidad en la doctrina. No obstante, si podemos hablar de una doctrina mayoritaria en el Tribunal supremo<sup>32</sup>.

La doctrina minoritaria, postulada en contra de la procedencia del despido objetivo, como consecuencia de la pérdida de una contrata o de la disminución del volumen de la actividad, reconoce que tales circunstancias suponen una dificultad a la empresa contratista. Sostienen que no se puede establecer "*una conexión directa entre aquella circunstancia y la procedencia del despido, puesto que habría que acreditar la real incidencia en la situación económica y agotar la posibilidades de recolocación*<sup>33</sup>". Sin embargo, la doctrina judicial mayoritaria sostiene en sus

---

<sup>31</sup> STS de 08 de enero de 2019, nº 4/2019, rec. 2833/2016.

<sup>32</sup> GOERLICH PESET, José María. "¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?". *Revista de jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, 2008, pg.1.

<sup>33</sup> SSTSJ Cataluña de 13 febrero 2008, rec. 6869/2007; Madrid de 2 octubre 2001, rec. 3178/2001.

pronunciamientos que el despido debe ser calificado como procedente puesto que se trata de despido fundado en causas organizativas o productivas, sin perjuicio de la existencia de centros en los que adscribir al personal sobrante<sup>34</sup>.

Las sentencias del T.S de 7 junio 2007, rec. 191/2006 y de 31 enero 2008, rec. 1719/2007, cierran la polémica ya que en el fallo de ambas se declara la procedencia de la objetividad del despido basado en la causa del art. 52.c) del ET. En estas sentencias el TS no se muestra rígido o categórico con respecto a este criterio, sino que resuelven atendiendo las circunstancias del caso.

Así por un lado, la STS de 7 junio 2007, a pesar de considerar la procedencia del despido objetivo del art. 52.c), es restrictiva en cuanto a la admisibilidad de aceptar categóricamente la vía del despido objetivo en causas de amortización de puestos en el sector de las contrata. El tribunal establece que el caso que les ocupa es excepcional, ya que se combinan dos elementos: uno el sector al que afecta –limpieza- y, otra la causa de la terminación de la contrata. Como ya sabemos el servicio de limpieza, así como el de aquellos sectores objeto de contrataciones para desarrollar una actividad externalizada, poseen su regulación específica en su correspondiente convenio sectorial. A su vez, estos convenios establecen las cláusulas de subrogación tan comentadas en este trabajo. Hasta aquí todo sigue el curso normal y ordinario, ya que podría darse la finalización de la contrata y hacerse cargo de su plantilla la nueva empresa entrante, por lo tanto, a efectos subrogatorios, como mucho lo que obliga a amortizar puestos sería una disminución de las horas concedidas, pero y sí la finalización en la contrata se produce como consecuencia del cierre del centro de trabajo. ¿Qué ocurre en estos casos? El fallo del supremo nos resolverá la cuestión, concluyendo que en estos casos “es condición excepcional y no habitual el de los cierres de centro y ceses de actividad de aquéllas y de la correspondiente amortización de puestos, sí que provoca en las empresas contratistas de "dificultades que impiden el buen funcionamiento de las mismas", lo que “determina su encaje de forma clara en los supuestos que prevé el art. 52,c) ET”<sup>35</sup>.

Por otro lado, la STS de 31 de enero de 2008 declara la procedencia de la vía del 52.c) en un supuesto en el que la empresa contratista había desarrollado durante varios años la gestión de servicios de mantenimiento integral, entre ellos limpieza, mantenimiento,

---

<sup>35</sup> GOERLICH PESET, José María. “¿Es procedente el despido objetivo ....?”. op.cit. pg.1

jardinería etc. y tras la nueva prórroga del contrato de arrendamiento de servicios, este presenta una disminución de los servicios a prestar, es decir, suprime los servicios de jardinería por ejemplo, como consecuencia de esta supresión se produce una diferencia notoria en la carga de trabajo, la empresa toma la determinación de acudir al despido objetivo. El Tribunal Supremo reconoce la procedencia del despido recogiendo la mayoría de los pronunciamientos de los TTSSJJ, concluyendo que "respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores". Por tanto, "nos encontramos ante una causa justificativa del despido".

A la postre, la doctrina parece no presentar dudas, se distinguen claramente dos escenarios; En el primero, se da el supuesto de terminación de una contrata por las causas ordinarias –vencimiento del término- y en caso de acudir al despido objetivo por esta causa, parece claramente que se decantan por la improcedencia. En el segundo, de forma excepcional si la terminación de la misma es imprevisible, la medida del despido objetivo parece encajar en esta situación, no obstante ninguno de estos argumentos formales es, sin embargo, concluyente<sup>36</sup>.

Como ya hemos mencionado en la cuestión segunda, en el caso de que MANTENIMIENTO S.A excluyese a D. Juan de su plantilla, según lo analizado, habría que proceder a la impugnación del despido en el plazo de 20 días hábiles tras la exclusión o comunicación del rechazo a la subrogación. Se consideraría como despido improcedente a efectos de la jurisdicción social, aplicando una indemnización de 33 días por año trabajado, hasta un máximo de 24 mensualidades. Sin embargo, esta cuestión afecta únicamente al funcionamiento de la contrata, sin tomar en consideración el régimen de la subrogación.

Esta cuestión nos afecta en el supuesto de que INSTALACIONES subrogase a D. Juan en la plantilla y debido a la disminución de horas en la concesión, por causas productivas y organizativas, se viese obligado a acudir al cese de la relación laboral con D. Juan. En este caso, habría que considerar la doctrina del Tribunal Supremo expuesta con

---

<sup>36</sup> GOERLICH PESET, José María. “¿Es procedente el despido objetivo....?”. *op.cit.* pg.1

respecto al despido objetivo del art. 52.c), si la causa del perjuicio económico fuese real y efectiva.

La indemnización en este caso sería de 20 días por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades, poniendo a disposición del trabajador, simultáneamente a la comunicación escrita del despido, la cantidad en concepto de indemnización, de lo contrario se declararía su improcedencia.

### **CÁLCULOS DESPIDOS (a D. Juan)**

#### **Cálculo del despido objetivo**

- Salario anual (14 pagas)/365 días;  $12.600/365=34,52$  euros día.  
 $34,52 \times 20 \text{ días} = 690,41$  euros  
 $690,41 / 12 = 57,53$   
Antigüedad: 4 años = 48 meses  
 $57,53 \times 48 \text{ meses} =$   
**TOTAL INDEMNIZACIÓN = 2.761,44**

#### **Cálculo del despido improcedente**

- Salario anual(14 pagas)/365=  $34,52$  euros día.  
 $34,52 \text{ euros día} \times 33 \text{ días} = 1.139,16$  euros  
 $1.139 / 12 = 94,93$   
Antigüedad: 4 años = 48 meses  
 $94,93 \times 48 \text{ meses} =$   
**TOTAL INDEMNIZACIÓN = 4.556,64 euros**

## 5. CONCLUSIONES PERSONALES DE LA FIGURA SUCESORIA

Hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, en Pleno de la Sala de lo Social del 27 de septiembre de 2018 y otras posteriores, como la del 12 de noviembre de 2019, como consecuencia de la Sentencia del T.J.U.E. de 11 de Julio de 2018 en el asunto C-60/17 Somoza Hermo, la rigidez del Art. 44 del E.T, con regulación de los Convenios colectivos a través de la negociación colectiva en aquellas empresas basadas predominantemente en mano de obra, parecía y así se consideraba, como una flexibilización de la misma.

Es decir, se consideraba en el articulado de determinados Convenios Colectivos, establecer como mejora para la empleabilidad futura de los trabajadores, que en el contrato de trabajo, respecto de la existencia de la relación laboral, sí se subrogaba el cesionario, pero sin embargo, no lo hacía en las deudas salariales adquiridas por el Cedente con su plantilla. Decimos, que considerábamos la flexibilidad salarial, como una mejora, por facilitar mejor la empleabilidad y porque realmente era una deuda del Cedente, que no tenía por qué hacerse cargo de ella, el Cesionario.

Sin embargo, el cambio de criterio por el Pleno de la sala IV del T.S., ha hecho inviable esa posible flexibilidad.

Es decir, en la gran mayoría de los casos de transmisión impera la sucesión de empresas del art. 44 *ex lege*, incluida la sucesión de plantillas. Ya que, por un lado, distinguimos entre empresas con activos materiales, cuya transmisión lleva implícita la aplicación de la subrogación, incluso sin considerar a menos de la mitad del personal y, por otro lado, se encuentran aquellas sin activos materiales en las que la actividad descansa en la plantilla esencialmente y, con la transmisión de parte esencial de la misma, opera de nuevo la sucesión. Solo en algunos supuestos de contratas no era de aplicación la vía del art. 44 *ex lege*, pero puesto que son sectores, que por las características de su actividad, son susceptibles precisamente de inestabilidad laboral, la negociación colectiva se encargó de garantizar dicha empleabilidad disponiéndolo en los Convenios Colectivos, eso sí no responsabilizando al nuevo empresario de las deudas del anterior. De esta manera, se garantizaba que sectores susceptibles de no consolidar sus derechos laborales, adquiriesen dicha garantía a través de la figura subrogatoria, puesto que no supone problema alguno para la empresa entrante adquirir la totalidad de la plantilla. Sin embargo, **la actual**

**doctrina de aplicación del art. 44 ex lege a todos los efectos**, conlleva a que a poco que la empresa saliente contraiga deudas, no facilitará que una nueva se subrogue en las relaciones laborales, ya que para ello, primero tendrá que hacer frente a las deudas anteriores de forma solidaria.

Por tanto, solo en algunas circunstancias de Contratos no obligatorios de subrogación o de Convenios Colectivos que no lo implanten y siempre que no se contrate a un número importante en cantidad y calidad de la antigua empresa, junto con la no transmisión de elementos patrimoniales, se evitará la aplicación y la rigidez del art. 44 del E.T. A estos supuestos, podríamos añadir aquéllos, en que los Juzgados de lo Mercantil, disponen la no sucesión, cosa que no es pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

No es este trabajo una profundización sobre la mencionada, a título personal, rigidez, ya que excedería del ámbito de planteamiento del mismo, pero sí, hacer una crítica, desde nuestra humilde experiencia, contrastada con la experiencia de profesionales expertos en el tema, que llegan a una manifestación tan radical como la siguiente:....”*El artículo 44 del E.T., las directivas correspondientes de la U.E. y la Jurisprudencia al respecto, han ocasionado la pérdida de muchos más puestos de trabajo, que los que pretendían salvar*”. **¿Por qué?**

Cuando una empresa, que llamaremos A (la Cedente), ha acumulado pérdidas, que conlleva siempre a deudas salariales, con Hacienda, con la Seguridad Social, con Bancos y acreedores y proveedores y **no es viable** (salvo casos de mala gestión expresa o incluso delictiva), la empresa B (la cesionaria), si tiene que asumir solidariamente toda la deuda salarial, de Hacienda y Seguridad Social (que tienen sus propios procedimientos para derivar la responsabilidad de la Sucesión), **tampoco será viable** y por tanto no entrará en el juego de la Sucesión del art. 44 del E.T.

Las consecuencias de ello, son:

- Pérdida de los puestos de trabajo
- Indemnizaciones y Salarios, a cargo del Estado (Fogasa)
- Prestaciones por desempleo, incluso de larga duración, de nuevo a cargo del Estado.
- Pérdida de valor o incluso achatarramiento de maquinaria e instalaciones, con beneficio solo en ocasiones de Subasteros.

- Etc...

Si la empresa Cesionaria, la B, no tuviera que subrogarse en esa deuda, podría hablarse de aprovechamiento de plantillas, recuperación de la mayor parte de los puestos de trabajo, utilidad de la maquinaria e instalaciones, no existencia de pagos por parte del estado o, al menos muy reducida, nuevas cotizaciones sociales y Tributarias, nueva riqueza para Proveedores, etc.

A este argumento, se le puede criticar, que con ese criterio, se darían muchos casos de connivencia, fraude y de insolvencias, realmente punibles. A lo que respondemos, que eso es una presunción de culpabilidad, que el Estado se irroga, en lugar de la presunción de inocencia. Lo que decimos, es que si se prueba el Fraude de Ley, la Insolvencia punible o cualquier otro tipo delictivo, como la apropiación, estafas, etc, las penas en este caso, deben de ser mucho más elevadas, para evitar “tentaciones”.

En todo caso, el art. 44 del E.T., puede establecer un mínimo obligatorio de contratación de la anterior plantilla (Un 40, 50,60%) para dejar a la nueva empresa, la B, la posibilidad de plantilla de su confianza o, incluso la totalidad de la misma, pero **nunca la subrogación en deudas de la Cedente**, la cual debe de ser inspeccionada, perseguida y con responsabilidades personales, salvo en los casos verdaderamente fortuitos. Los equipos de delincuencia económica, tienen aquí una misión principal. Tampoco se puede argumentar en contra, que incluso con la legislación y Jurisprudencia actual, no puede flexibilizarse la interpretación actual del art. 44, pues ha habido casos y es posible.

Veremos que hay soluciones, que ya se han ensayado, no para burlar la legalidad, sino para no hacer que el peso de una legalidad rígida, consiga los perjuicios señalados anteriormente y, puedan obtenerse, con la vigilancia correspondiente, los beneficios señalados, entre otros.

Creemos, para finalizar, que las Sentencias señaladas al principio, tanto del T.S., como del T.J.U.E., en lugar de favorecer los derechos de los trabajadores, al prohibir la exoneración establecida en el Convenio Colectivo estudiado, lo que hacen es perjudicar los derechos de los mismos, sobre todo en cuanto a la estabilidad en el empleo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO GALLEGO, Javier. “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 114, 2012, pp. 205-226.
- MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. “La nueva jurisprudencia sobre el fenómeno jurídico laboral de la sucesión de empresas”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1.
- OLARTE ENCABO, Sofía. “Cláusulas convencionales sobre subrogación de plantillas”; el posible escenario ante una doctrina europea garantista ya acogida por el TS”. *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 10, noviembre, 2009, pp. 978-991.
- GOERLICH PESET, José María. “¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?”. *Revista de jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, 2008, pg.1.
- <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2018/05/1-2-Arastey-Sucesion-de-contratas-y-subcontratas-de-obras-y-servicios.pdf>

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal de Justicia de la unión Europea**

- STJUE (Sala V) de 18 de marzo de 1986, C- 24/85.
- STJUE (Sala V) de 14 de abril de 1994, C- 392/92
- STJUE de 11 de marzo de 1997, nº C-13/95 (Caso Süzen)
- STJCE de 10 de diciembre de 1998, nº C-247/1996, nº C-173/1996 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal)
- STJUE de 25 de enero de 2001, nº C-172/1999 (caso Liikeene)
- STJUE, 24 de enero de 2002, nº C-51/2000 (caso TEMCO)
- STJUE de 1 julio 2008, *MOTOE*, C-49/07.
- STJUE de 20 de enero de 2011, nº C-463/2009
- STJUE de 6 de marzo de 2014, nº C-458/12 ( Caso Amatori y Telecom Italia)
- STJUE de 6 de abril de 2017, nº C-336/15 (Caso Unionen)
- STJUE de 11 de julio de 2018, nº 60/17 (Caso Somoza Hermo)

### **Tribunal Supremo**

- STS 29 de enero 2002, rec. 4749/2000
- STS 23 de julio 2003, rec. 2343/2002
- STS de 12 diciembre de 2002
- STS de 23 de julio 2003, rec. 2343/2002.
- STS de 27 de diciembre de 2004 (rec. 899/02)
- STS de 23 de mayo de 2005, (rec. 1674/04).
- STS de 7 junio 2007, rec. 191/2006,
- STS de 31 enero 2008, rec. 1719/2007
- STS de 10 de septiembre de 2012, rec. 3056/11
- STS de 14 de octubre de 2013, rec. 1844/12
- STS de 19 de noviembre de 2014, rec. 1845/13
- STS 7 abril 2016, rec. 2269/2014 (EDJ 2016/52199)
- STS de 3 mayo 2016, rec. 3165/2014 (EDJ 2016/94055)
- STS de 1 junio 2016, rec. 2468/2014 (EDJ 2016/105772)
- STS de 22 de septiembre de 2016, rec. 1438/14.
- STS de 13 julio de 2017, rec. 2883/2016 (EDJ 2017/151666)

- STS de 9 mayo de 2018, rec. 3065/2016 (EDJ 2018/89719)
- STS de 27 de septiembre de 2018 rec. 2747/2016
- STS secc. 1º de 8 de enero de 2019, nº 4/2019, rec. 2833/2016

### **Tribunales Superiores de Justicia**

- STSJ de Madrid de 2 octubre 2001, rec. 3178/2001.
- STSJ de Cataluña de 13 febrero 2008, rec. 6869/2007.
- STSJ Cantabria (Social) de 10 febrero de 2016 (EDJ 2016/14442)