

Sucesión de contratistas y sucesión de empresa

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid



SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. ENTIDAD ECONÓMICA Y CONTRATA: ¿SE PUEDE IDENTIFICAR ÉSTA CON UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA? 2.1 La regla general. 2.2. La regla excepcional. 3. LA APLICACIÓN DE LA REGLA EXCEPCIONAL Y SUS LÍMITES. 3.1. La artificiosidad de la diferencia entre sectores de la actividad en sucesiones de actividad. 4. LA ESENCIALIDAD DE LA MANO DE OBRA EN LA ACTIVIDAD EXTERNALIZADA. 5. "PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA". CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE DIFÍCIL APREHENSIÓN. 6. ASUNCIÓN "CONVENCIONAL" DE PLANTILLA. 7. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El estudio presenta una valoración crítica de la asimilación a veces forzada de la sucesión de contratistas en una prestación de servicios a supuesto de transmisión legal de empresa. Se aboga por una interpretación restrictiva de la que debe configurarse como regla condicionada y excepcional. Solo aplicable cuando quede acreditado que se ha transmitido una unidad productiva autónoma o una entidad económica que mantiene su identidad sin apreciaciones apriorísticas de lo que deba entenderse como sector intensivo en mano de obra y asunción de plantilla como causa de la transmisión.

Palabras clave: transmisión de empresa; entidad económica; sucesión de contratistas; subrogación convencional; sector desmaterializado.

ABSTRACT: The study presents a critical assessment of the sometimes forced assimilation of the succession of contracts as a case of legal transfer of an undertaking. It advocates a restrictive interpretation of this rule, which should be configured as a conditional and exceptional, only applicable when an autonomous production unit or economic entity is transferred in the specific case. Also in certain labour-intensive sectors or essentially a labour-intensive activity.

Key words: transfer of an undertaking; economic entity; labour-intensive sector; collective agreement.

1. INTRODUCCIÓN

La institución jurídica de la transmisión de empresas ha planteado, y sigue planteando numerosas cuestiones o conflictos interpretativos en torno a los requisitos o elementos normativos del supuesto de hecho (elemento subjetivo-cambio de titularidad— y elemento objetivo —entrega efectiva del conjunto de factores productivos que permitan la continuidad de la organización y actividad empresarial—). El debate (planteado tanto a nivel judicial como doctrinal) se ha acrecentado cuando se atrae o intenta atraer hacia la transmisión de empresas un fenómeno, el de la externalización o descentralización productiva y, en lo que parece asimilarse forzosamente, el cambio o sucesión de contratistas o la reasunción por el empresario principal del servicio inicialmente externalizado conectados con la previsión convencional de la subrogación por la empresa entrante en los contratos de trabajo suscritos por la saliente.

En apretada síntesis de la evolución a lo largo de estos años del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y de nuestra jurisprudencia interna en la asunción de la doctrina comunitaria), conviene a los efectos de este estudio indicar al menos lo siguiente:

Primero, la interpretación finalista del TJUE (alumbrada como jurisprudencia de principios para garantizar el efecto útil) de la normativa europea sobre transmisión de empresa ha originado la pérdida (no la mera flexibilidad) de valor definitorio de la causa de la transmisión y ha posibilitado que definitivamente emerja como elemento único su objeto. Interpretación que permite caracterizar a la Directiva por su flexibilidad para responder al objetivo de protección de los trabajadores como elemento clave del principio de seguridad o estabilidad en el empleo¹ y que fundamenta la reelaboración de la configuración jurídica de la transmisión de empresa. Se dice, lo que por cierto no es a nuestro juicio exacto, que en esa evolución el TJUE transita desde una concepción orgánica de la empresa (a la que se califica como arcaica) a una concepción funcional cuyo elemento fundamental es la continuidad de la actividad. Esa valoración olvida, como veremos a continuación, una fase final matizada, que permite, aún con ciertos desajustes y dificultades, adentrarse con mayor profundidad en el objeto de transmisión.

Segundo, también al albur de este elemento objetivo, se aprecia una expansión o dilatación (otros dicen flexibilización) del concepto de “entidad económica” como rasgo esencial (de criterio decisivo lo califica el TJUE) para determinar el ámbito de aplicación y alcance de la normativa comunitaria sobre traspaso de empresa y subrogación del nuevo empresario.

Tercero, esa expansión tiene su punto álgido en la construcción de la teoría o doctrina de la sucesión de plantilla unida genéticamente a las que se ha conveni-

1 Así por ejemplo se expresa, entre otras, en las sentencias de 24 enero 2002, Asunto C-51/00 y de 20 enero 2011, Asunto C-463/09. Lo reitera las de 20 julio 2017, C-416/16, apartado 37, y de 13 junio 2019, C-317/18, en la que se afirma que “el objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión”.

do impropriamente en denominar “actividades desmaterializadas”, concluyendo que el conjunto de trabajadores puede (adviértase el condicional) ser considerado —en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra— entidad económica autónoma preexistente que mantiene su identidad después de la transmisión. Siempre que el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad sino que, además, se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a esa tarea.

No entramos a describir, por conocidas, las diferentes etapas en la formulación de esta doctrina del TJUE y en paralelo su recepción, en diferentes fases también, por nuestra jurisprudencia que, con más o menos reticencias, giros o vaivenes ha debido adaptar sus resoluciones cuando en muchos casos, a nuestro juicio, razonaban con mayor acierto interpretativo en torno a esta cuestión abordada desde la perspectiva de la descentralización productiva. Era absolutamente desproporcionada la crítica a la reserva frente a la doctrina del TJUE, tachando a nuestra jurisprudencia de arcaica en, se decía, interpretación meramente patrimonialista o materialista de la empresa, cuando, por un lado, su doctrina no valoraba o prejuzgaba concepción alguna de la empresa; y por otro, tampoco ha sido rechazada en términos absolutos por el TJUE. Todo lo más, matizada en supuestos muy concretos y determinados. Nuestro TS, sin plantear al respecto una cuestión prejudicial directa sobre esta materia, ha debido aceptar la solución del TJUE que, a lo largo de estos años, ha resuelto numerosas cuestiones prejudiciales, parciales, por fases, planteadas por los tribunales del orden social español, que, en muchos casos, se creen obligados a plegarse a la doctrina del TJUE y para ello, manifestando su disconformidad interpretativa con el TS, usan tal vez en exceso este mecanismo del sistema de justicia multinivel, buscando el aval comunitario.

De modo que en la actualidad nos encontramos, permítasenos el símil, con un puzle en el que las piezas siguen sin encajar de forma perfecta, lo que, y es trascendental afirmarlo, genera inseguridad jurídica a todos los operadores. Sin olvidar, además, que la sucesión tiene o puede tener efectos ambivalentes; no siempre es beneficiosa para el trabajador y la denominada lógica protectora a través de la sucesión de empresa por sucesión de plantilla puede romper en algún caso la garantía frente a la cesión de contratos.

Teniendo en cuenta ese bagaje, se analiza a continuación la proyección de esa doctrina sobre transmisión de empresa al fenómeno de la descentralización productiva porque, como cabe apreciar, la asunción acrítica de la distinción entre actividades materializadas y desmaterializadas en los muchos sectores económicos en los que se utilizan con profusión las contratas (hasta el punto de que alguna resolución judicial nos ilustra con un listado de estas últimas²) ha sido un rasgo característico

2 Acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas discapacitadas; asistencia en tierra en aeropuertos; atención a las personas dependien-

de la operación extensiva del supuesto subrogatorio a supuestos en los que solo hay transmisión de actividad y cesión de contratos de trabajo. Aún desechado, como elemento a tener en cuenta para la transmisión, que haya un vínculo directo entre cedente y cesionario³; lo que ha permitido hablar impropia­mente de sucesión de contrata.

Para ello, en primer lugar, enfocamos el estudio sobre el concepto o criterio de empresa a efectos de aplicación de la Directiva y la normativa nacional sobre transmisión y sobre el concepto de “entidad económica”, que ha transitado en torno a la concepción orgánica versus a la concepción funcional, desde una visión estática- y como compartimentos estancos no comunicados- hasta priorizar la continuación de la actividad junto a la sucesión de la plantilla para concluir cohonestando ambas perspectivas. Retomando con matices -a veces de encaje imperfecto- el concepto de empresa-organización y manteniendo a su vez la teoría de la sucesión de plantilla. Lo que ha llevado a que se pueda diferenciar en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo entre una regla general y su excepción (condicionada) en la descripción del objeto de transmisión.

De ahí que nos planteamos si se ha superado la distinción, aceptada y consolidada, entre actividad materializada y actividad desmaterializada en la que se ha basado el método indiciario; y, en segundo lugar, si se ha superado también el test o teoría de la sucesión de plantilla. Estas cuestiones son sumamente relevantes porque, según demuestran las resoluciones de nuestros jueces y tribunales, la distinción está tan arraigada que se acepta acríticamente un listado de actividades en las que se dice que en el proceso de producción es la mano de obra el factor fundamental y con base en esa calificación se estima suficiente el test de sucesión de plantilla a efectos de aplicación de las normas sobre transmisión de empresa. Operación, por cierto, que se materializa en la sucesión de contrata cuando (cualquiera que fuera la causa, voluntaria del nuevo contratista o impuesta por cláusulas convencionales) hay asunción de plantilla, en concreto, del personal denominado adscrito a la contrata.

tes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; tratamiento, depuración y distribución de aguas; construcción; contact center; contrata ferroviarias; empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos; entrega domiciliaria; hostelería; instalaciones deportivas; juego de bingo; limpieza de edificios y locales; limpieza pública, viaria; recogida, tratamiento y eliminación de residuos; limpieza y conservación de alcantarillados; mantenimiento de cabinas; puertos de Estado y autoridades portuarias; regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública; reparto; seguridad; transportes de personas enfermas y accidentadas en ambulancias STSJ Madrid 13 enero 2012, rec.4477/2011

- 3 Recuérdese que el TJUE desde la sentencia 10 febrero 1992, Asunto C-92/91 declara que no es necesario ese vínculo directo y afirma en la de 19 octubre 2017, Asunto C-200/16 que “la inexistencia de un vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha confiado sucesivamente la gestión de la vigilancia y seguridad de las instalaciones portuarias no permite llegar a la conclusión de que la Directiva 2001/23 es inaplicable”. Véase también STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17.

2. ENTIDAD ECONÓMICA Y CONTRATA: ¿SE PUEDE IDENTIFICAR ÉSTA CON UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA?

2.1. La regla general

Fijemos el punto de partida en la STS 27 septiembre 2018, rec.2747/2016, recuérdese sobre un supuesto de sucesión de contratatas, en la que, es verdad, descarta la incidencia del convenio colectivo en la declaración de la existencia o no de la transmisión (“el hecho de que la subrogación lo sea como consecuencia de lo previsto en el convenio no afecta al modo en que ha de resolverse el problema”). En lo que ahora interesa, esto es en la configuración del supuesto de transmisión, emerge como premisa la constatación de si hay una entidad económica preexistente a la sucesión ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

Recordemos que el TJUE en modo alguno había afirmado que una contrata pudiera identificarse sin más (en términos absolutos e incondicionales) con una entidad económica a efectos de subrogación y tampoco que fuera solo la plantilla y su asunción el único elemento o requisito para determinar que aquella preexiste a la transmisión y que mantiene su identidad después de la misma.

El TJUE ha establecido como regla general que la mera sucesión de actividad entre contratistas o concesionarios, en el sentido de que se realice por el nuevo la misma actividad que el anterior, no constituye per se una transmisión de empresa. Expresa el TJUE en la sentencia de 10 diciembre 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, de forma meridiana que “la mera circunstancia de que los servicios prestados por el antiguo y el nuevo concesionario o por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata son similares no es suficiente para afirmar que existe, entre las sucesivas empresas, una transmisión de entidad económica”. Reiterando también que solo encaja el supuesto de sucesión o cambios de contratistas en la transmisión de empresa cuando quede *acreditado* que se ha transmitido una “entidad económica organizada”.

Por tanto, también para este supuesto, se ha de trasladar la doctrina sobre el concepto y determinación de la identidad de la entidad económica. Si ello es así, el TS cumple con las directrices del TJUE cuando, para operar el que denomina “juicio de ponderación” atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, expresa que no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y su prueba. El juicio o valoración para determinar el objeto de transmisión neutraliza (o debe neutralizar) operaciones apriorísticas en torno a las que se ha convenido en denominar contratatas típicas o clásicas en sectores en los que la actividad empresarial “pivota esencialmente sobre la mano de obra”. De modo que, si como resultado pudiera no calificarse como entidad económica atendiendo a todas las circunstancias de hecho y al valor o importancia que deben atribuirse a los distintos elementos que determinan la existencia de una transmisión —“en función de la actividad ejercida o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro

de actividad de que se trate”(STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17)—, no pudiera concluirse que se trata una inaplicación de la Directiva comunitaria.

Convengamos en lo que parece inicialmente aceptado: todos los datos fácticos aportados por las partes, incluido el del conjunto de trabajadores que ejerzan de forma duradera una actividad común, quedan sometidos a contradicción cuando la subrogación no se acepte de forma pacífica en un conflicto jurídico planteado a jueces y tribunales.

Partamos de que la expresión “entidad económica” es un concepto de síntesis (empresa, centro o unidad productiva)⁴ que , como reiteradamente se ha afirmado, cabe definirlo como Conjunto de medios organizados susceptible de explotación económica directa; Conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio⁵, a saber, el ejercicio de una actividad económica con autonomía funcional y organizativa; Conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio⁶. Y, en fin, como ha sintetizado el TJUE en la sentencia de 8 mayo de 2019, Asunto C-194/18, “para que la Directiva 2001/23 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una “entidad organizada de forma estable”, que debe contar con identidad o autonomía preexistente (y no creada ad hoc) y posterior a la transmisión; lo que excluye la posibilidad de identificar con transmisión de empresa la mera o simple traslación de elementos patrimoniales aislados o que lo sea la sola asunción de trabajadores cualquiera que sea la causa por la que se produce la cesión de contratos.

Es por tanto operación ineludible proceder a identificar o definir lo que sea y en qué sentido una unidad productiva autónoma y cuáles deban ser los elementos a tener en cuenta para determinar que esa unidad se mantiene tras su traslación. Por lo que respecta a la primera operación, consustancial es la autonomía organizativo-funcional; y en relación con la segunda, el TJUE utiliza diferentes presupuestos, más allá del referido a la continuidad de la actividad. Atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, que se pueda caracterizar como “pervivencia del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los factores de producción”⁷.

Proyectemos estas consideraciones breves y expliquemos entonces qué ocurre en la contrata y en el cambio de contratista.

4 GARCÍA MURCIA, J.: “Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en el libro colectivo: *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, para quien no hay diferencia entre una entidad económica y una empresa, p.28; ; MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, 2003, p.52.

5 STS 27 septiembre 2018, rec.2474/16; STJUE 8 mayo 2019, Asunto C-194/18

6 STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17; STS 20 mayo 2021, rec.145/2000

7 Entre otras, SSTJUE 12 febrero 2009, C-466/07; 9 septiembre 2015, C-160/14)

La contrata se caracteriza precisamente por tratarse de una actividad tal y como se ha definido por el TS desde hace mucho tiempo: “la contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio o a ejecutar una obra a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda⁸.”

Luego, si la identidad de la entidad económica no puede reducirse a una actividad⁹ y requiere de otros elementos que permitan identificarla como conjunto de medios organizados que han de ser valorados en su conjunto, tales como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, marco de actuación, métodos de explotación, medios de explotación de que dispone¹⁰. Elementos que permiten conceptualarla como unidad productiva con autonomía funcional y organizativa.

Y si el mantenimiento de tal identidad deriva de todas las circunstancias de hecho caracterizadoras de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; el que se han transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles; el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores; el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de esas actividades” (STJUE 27 febrero 2020, C-298/18).

La conclusión es que la descentralización productiva (contrata o concesión) no encaja en el supuesto de hecho de la normativa sobre transmisión. Como desde hace muchísimo tiempo afirma el TS, apegado después a la propia valoración del TJUE:

“el contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del art.44 ET porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios” (STS 8 julio 2014, rec.1741/2013).

Si la contrata en sí misma no puede ser calificada, al menos a priori, como entidad económica, tampoco podrá serlo en términos absolutos o incondicionales la transmisión o sucesión en la misma (sea por nueva adjudicación sea por reversión). Es obvio que si la contrata es una actividad, lo que se “transmite” es lo mismo, una tarea productiva, una prestación de servicios, una actividad a la que estarán adscritos trabajadores para desarrollarla. Aunque, como han afirmado reiteradamente el TJUE y el TS español, el servicio prestado por el antiguo y el nuevo contratista o adjudicatario

8 SSTS 5 abril 1993, rec.702/92; 30 diciembre 1993, rec.3218/1992; 10 diciembre 2017, rec.164/97; 24 julio 2013, rec.3228/12; 8 julio 2014, rec. 1741/2013).

9 Como afirma la STS 30 marzo 2022, rec.104/2022: “una entidad empresarial no puede reducirse a la actividad de que se ocupa”.

10 10 SSTS 21 septiembre 2012, rec.2247/11; 10 noviembre 2016, rec.3520/2014, reproduciendo la doctrina del TJUE, entre otras muchas, STJUE 24 enero 2002, conocida como Asunto Temco).

en caso de sucesión de la contrata (asumida por otro contratista o reasumida por el empresario principal) sea similar o idéntica¹¹. Lo que, por cierto, así ocurre en la mayoría de los casos en los que no se altera el objeto de la prestación del servicio o la ejecución de la obra cuando finaliza la contrata y la asume un nuevo contratista o se revierte al empresario principal¹². De forma que en general la sucesión en las contrataciones no es una transmisión de empresa sino, bien diferente, “mera sucesión en la ejecución de una actividad económica”¹³ o mera sustitución de adjudicataria o contratista en la realización de la actividad externalizada.

Solo por enfatizar la regla general, la contrata no es una unidad productiva que pueda ser definida como conjunto organizado de factores de producción autónomo con capacidad de explotación respecto de la empresa contratista, en la que se pueda advertir capacidad de explotación preexistente al momento de la transmisión. Y eso significa, claramente, que ambos el principal y contratista son empresarios que, para serlo desde la perspectiva laboral, deben contar con una organización productiva autónoma en la que hay siempre implicados diferentes factores de producción. Desde el empresario principal, y previa a la realización del encargo, desarrollaba esa actividad como parte de su proceso productivo con una plantilla o conjunto de trabajadores que, en modo alguno, pudiera describirse como que ostentan por sí mismos, y sin contar con otros elementos, capacidad productiva autónoma o capacidad de explotación diferenciada¹⁴. En el supuesto de externalización sucesiva, cuando el contratista anterior pierde o no continua la contrata y le sucede otro contratista, aquel mantiene su identidad como empresa, mantiene su organización productiva y permanece íntegramente como tal. Si visto desde el primer contratista o sucesivos, es preceptivo que éstos cuenten con una organización productiva autónoma, lo que cabe denominar “organización empresarial básica para la explotación” para que, con su soporte material o inmaterial, pueda funcionar el servicio contratado. Si así no fuera, no solo no hablaríamos de un servicio carente de las características propias de una unidad productiva con autonomía funcional a efectos de transmisión, sino que bien pudiera encubrir una cesión prohibida de trabajadores¹⁵.

11 Entre otras, STJUE 20 enero 2011, Asunto C-463/2009, en supuesto de contrata de limpieza revertida a un Ayuntamiento

12 STS 10 noviembre 2016, re.3520/2014.

13 SSTS 20 mayo 2021, rec.145/2020; 30 marzo 2022, rec.104/2020.

14 Como acertadamente, a nuestro juicio, se ha afirmado, DE CASTRO MARÍN, E.: “Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”, REDT, n.224, 2019, p.9: “resulta impensable que los trabajadores adscritos a una contrata se impartan a sí mismos la formación; que organicen la preceptiva actividad preventiva en la contrata al margen del soporte de la empresa contratista en los términos, muy exigentes, especificados en la norma; que ellos mismos negocien sus propias condiciones laborales...; que canalicen las necesidades de material sin la intervención del correspondiente departamento de compras...”.

15 Vid., al respecto, JURADO SEGOVIA, A.: “En torno a la flexibilización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales”, *Labos*, Vol.3, No.2, pp.23-50

De modo que, desde la perspectiva de la transmisión de empresa, en los casos de descentralización productiva inicial y sucesiva el contratista puede acreditar que aporta sus factores de producción más allá del personal en que se haya subrogado por mandato convencional, entre otros, su propio personal de dirección, su personal de estructura, sus elementos patrimoniales propios, materiales e inmateriales, tangibles o intangibles, sus propios métodos de explotación, su know-how, etc...; esto es, el conjunto de elementos que permiten apreciar que no hay pervivencia alguna del vínculo de interdependencia y de complementariedad entre los factores de producción¹⁶ puesto que esa cohesión proviene de la actividad laboral organizada que despliega el contratista.

2.2. La regla excepcional

Como sabemos, el matiz introducido por el TJUE consiste en aceptar en un plano teórico que la contrata y sucesión en la misma puede identificarse con una unidad productiva autónoma a efectos de posible transmisión atendiendo a la naturaleza de la actividad externalizada y a la importancia de los medios traspasados en relación con aquella. El matiz se expresa por el TS del modo siguiente: “*salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación*”¹⁷. Se flexibiliza el concepto de entidad económica, pero en ningún caso se pretende hacerla coincidir con la sola actividad porque, de acuerdo con la doctrina de Luxemburgo, no hay traslación absoluta del concepto de empresa-organización al de empresa-actividad.

Si retomamos a la interpretación expansiva del TJUE sobre el concepto de entidad económica y revisamos la lista de elementos a tener en cuenta, el primero, el tipo de empresa/centro de actividad, se erige en presupuesto previo del análisis, que exige analizar dónde descansa la actividad, qué tipo de actividad se trata y cuál es el peso o importancia de cada uno de los elementos que la conforman, que pueden variar en función de la actividad ejercida o incluso de los medios de producción o de explotación. Lo que ahora describe el TS como “necesidad de analizar la importancia de los medios traspasados en relación con la naturaleza de la actividad” —también en caso de que se trate de una actividad externalizada¹⁸—, que revelan la transmisión de un conjunto de medios organizados que conforman la entidad económica que mantiene su identidad en caso de sucesión de contrata.

16 Entre otras, SSTJUE 12 febrero 2009, Asunto C-466/07, 9 septiembre 2015, Asunto C-160/14.

17 STS 30 marzo 2022, rec.104/2022

18 La STS 27 septiembre 2018, rec.2747/2016 describe lo que ha de ser objeto de examen en el caso concreto: “características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, et); de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.); del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa)

3. LA APLICACIÓN DE LA REGLA EXCEPCIONAL Y SUS LÍMITES

3.1. La artificiosidad de la diferencia entre sectores de la actividad en sucesiones de actividad.

La asimilación de la contrata a una entidad económica, a efectos de transmisión derivada de la naturaleza de la actividad económica, se ha construido, como sabemos, distinguiendo entre los que se ha convenido impropriamente en denominar “sectores materializados” y también en sentido impropio “sectores desmaterializados”. Y en materia de sucesión en contratas se ha planteado como el anverso y el reverso. Esto es, atendiendo a la actividad externalizada, cuando en ésta se puede acreditar que se han traspasado elementos patrimoniales necesarios para continuar la explotación (lo que llevará a la operación de determinar qué elementos son esos, y a distinguir entre materiales e inmateriales), que pueden definirse como típicos factores de producción; o cuando, aun no habiéndose traspasado esos elementos patrimoniales, se constata que el factor principal o el activo principal de la prestación de servicios y de la actividad externalizada es la mano de obra que permite continuar con la misma.

Visto desde los efectos de la transmisión de empresa, la subrogación por el contratista en los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos a la actividad externalizada, cuando se trata de un sector en el que la actividad se basa esencialmente en los elementos patrimoniales, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de la plantilla no puede excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23. Por el contrario, cuando se trata de un sector intensivo de mano obra, el conjunto de trabajadores adscritos a la actividad puede constituir una entidad económica y por tanto la sola asunción de los mismos pasa de ser efecto de la transmisión a causa de la misma siempre que mantenga su identidad aún después de la transmisión. Lo que ocurre, no cuando el empresario solo continúa con la actividad de que se trate, sino cuando además se hace cargo de una parte esencial del personal que su antecesor destinaba esencialmente a dicha tarea.

Esta regla excepcional debe ser interpretada restrictivamente. De modo que la mera o simple asunción de plantilla no convierte a ésta en entidad económica y a la actividad en intensiva en mano de obra y no permite, sin más, afirmar que el contratista pueda ejecutar el servicio contratado o que éste pueda continuar con la actividad contratada por la mera o simple asunción de plantilla. Otra cosa, bien diferente, es que sea un elemento más para describir la autonomía del conjunto organizado de elementos que permiten el ejercicio de la actividad económica junto a otros elementos patrimoniales, más allá de los bienes materiales en sentido estricto. Así lo expresa la STS 27 septiembre 2018 cuando en el conjunto de los aspectos valorables debe incluirse “el alcance que tenga la asunción de personal, no solo cuantitativa sino también cualitativa”.

Vayamos a los pasos que requiere la configuración forzada de la contrata como objeto de transmisión. El primero determinar la naturaleza de la actividad externaliza-

da y ponderar el valor o peso de los factores de la producción transmitidos en relación con la misma y con los que debe a su vez aportar el contratista para continuar con la actividad.

Ante la dificultad de fijar criterios objetivos para determinar los elementos relevantes (infraestructura productiva/personal) se ha operado con cierta simplificación apriorística. En efecto, desde la sentencia de 11 marzo 1997 (empresa de limpieza que tenía una contrata con un colegio) el TJUE apreció que, en determinados sectores económicos, los elementos patrimoniales pueden reducirse a la mínima expresión y la actividad descansar fundamentalmente en la mano de obra. Y ello ha contribuido a que se opere del modo siguiente: i) identificar sectores clásicos, tradicionales, como intensivos de mano de obra. Al respecto aún es habitual que el TS, en relación por ejemplo con el sector de limpieza, deslice la afirmación siguiente: “se trata de un sector en el que la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial”¹⁹; ii) presumir que la contrata en esos sectores queda definida como actividad intensiva en mano de obra; iii) operar, impropiaemente, desde la perspectiva procesal, con la que se califica como “inversión de la carga de la prueba”, en el sentido, no tanto de que se admita la prueba en el caso concreto de la ausencia de una entidad económica autónoma o ausencia de transmisión de infraestructura productiva u organización empresarial, sino el de que, “si la empresa negaba la subrogación, debió acreditar que no se produjo una asunción suficiente de mano de obra. Al no haberlo hecho, la aplicación de la referida carga de la prueba obliga a concluir que se transmitió una actividad productiva autónoma” (STS antes citada, FD 5º). Pero, como cabe apreciar, una cosa es que la empresa niegue la subrogación y otra bien diferente lo que haya de acreditar para contrarrestar la calificación de la contrata como entidad autónoma, porque no se trata de ir al paso siguiente, el de si la asunción de personal fue o no suficiente, sino mantenerse en el previo de la constatación de que en esa contrata se pueda funcionar por la sola asunción de mano de obra.

Planteado conflicto se ha de analizar la actividad económica que se trate en el supuesto concreto, evitando apriorismos; de modo que, solo a la vista de los hechos y su acreditación por las partes, se pueda valorar la relevancia o importancia de los elementos o factores de producción, sean patrimoniales o sean personales. Operación no fácil, compleja desde luego, que queda a la discrecionalidad de jueces y tribunales a la vista de la prueba presentada por las partes pero que, sin duda, es trascendental como condicionante de la existencia o no de transmisión de empresa y de la subrogación prevista en el artículo 44 ET.

Atendiendo a la trascendencia sustantiva y procesal de la operación, debe tenerse en cuenta que no cabe utilizar un método ejemplificativo, trayendo a colación supuestos que hayan sido calificados en resoluciones anteriores bien como sectores patrimonializados o bien como basados en la mano de obra. Como tampoco cabe

19 STS 11 enero 2022, rec.2635/2018.

definir la esencialidad de los elementos a sensu contrario o de descarte. O considerar que la operación siempre debe dar como resultado la calificación de unos elementos como residuales o marginales en el caso concreto frente a la esencialidad de otros (piénsese en actividad económica consistente en la gestión de una escuela de música y contesten a la pregunta qué elemento es el esencial, los instrumentos musicales o, por el contrario, los profesores). O en fin, utilizar afirmaciones apodícticas tanto en relación con el valor de los elementos que se consideran imprescindibles como en relación con la calificación de la actividad externalizada (STJUE 7 de agosto 2018, Asunto C-472/16, servicio de seguridad, en la que se estima que “que no exige el uso de materiales específicos”).

Si nos centramos en los elementos patrimoniales, se identifican con la infraestructura y se opera con cierta facilidad para en torno a ellos - cuando son medios materiales (maquinaria, herramientas, mobiliario, vehículo, entre otros)- definir la entidad económica y su identidad preexistente y posterior a la transmisión. A los efectos de identificación de la actividad externalizada, y la sucesión en la misma, deben configurarse como imprescindibles o necesarios o esenciales para desarrollar la contrata y, si ello es así, en caso de transmisión o entrega a la contratista, se han de ponderar respecto de los que ésta deba aportar a la ejecución de la contrata, que, en contraposición a la esencialidad de los entregados, tendrán que ser meramente auxiliares, accesorios o adjetivos.

Ahora bien, en la operación valorativa de esos elementos patrimoniales cada vez emergen con mayor frecuencia no solo los materiales o físicos sino también los inmateriales (puesto que lo patrimonial incluye tanto lo tangible como lo no tangible) y no solo cuando se trata de sectores típicos de contratas más industriales o en sectores de servicios que se califican como no cualificados, sino cuando estamos analizando sectores de servicios cualificados o semi-cualificados, más aún en el ámbito creciente de sectores tecnológicos o altamente digitalizados. Porque pudiera darse el caso que reducidos en el supuesto concreto los materiales o físicos (a los que pudiera calificarse como no esenciales o accesorios) no así ocurra respecto de los inmateriales o intangibles. Y si así fuera, seguiríamos identificando la contrata como propia de actividad que no descansa fundamentalmente en mano de obra aún cuando pudiera estar encasillada entre las que se han calificado impropiaamente como desmaterializadas. De modo que desde la contrata pudiera ocurrir que o bien haya transmisión de bienes patrimoniales materiales necesarios (que desactiva la teoría de la sucesión de plantilla); o bien haya transmisión de bienes inmateriales o intangibles (que también la desactivaría siempre que los intangibles no personales fueran esenciales para realizar esa actividad). Entre esos elementos inmateriales está el know-how organizativo²⁰; programa informático para la gestión de la actividad o una página web ²¹; medios tecnológicos necesarios /programas y sistemas infor-

20 STJUE 8 mayo 2019, Asunto C-194/18

21 STS 20 mayo 2021, rec.145/2020, en una contrata de mantenimiento en una Universidad.

máticos²²; negocio basado en la clientela²³; transmisión de software y datos, más aún en ámbitos altamente digitalizados, con inclusión de tecnologías basadas en IA y uso de algoritmos que pueden ser esenciales para el negocio o la actividad de la empresa, siempre que se acredite que no es un elemento patrimonial aislado²⁴

La regla general debe interpretarse en sentido amplio. De modo que, si bien en principio no hay transmisión cuando el nuevo contratista o concesionario aporta los elementos patrimoniales materiales, puede, no obstante, que haya sucesión si la empresa principal no los aporta pero los sufraga; se entiende que en el fondo el sujeto descentralizador los proporciona²⁵. O cuando la nueva contratista o adjudicataria no recibe los medios de la anterior contratista (porque no es titular de los medios empleados) sino de la empresa principal, que los pone a disposición de las sucesivas adjudicatarias²⁶; o cuando en la reversión de concesiones públicas los servicios inicialmente descentralizados se desarrollan con elementos pertenecientes al propio organismo que los recupera²⁷.

O en fin, en casos en que excepcionalmente el contratista debe asumir la compra por exigencias de las normas de la actividad. En este caso, conforme a la STJUE de 27 de febrero 2020, Asunto C-298/18²⁸, el hecho de que la nueva adjudicataria aporte los medios materiales propios necesarios para la prestación de servicios, sin hacerse cargo de los que utilizaba la empresa saliente, no impide apreciar la existencia de transmisión de empresa cuando la nueva empresa ha contratado a una parte importante de los trabajadores que prestaban servicios para la anterior y el motivo por el que se ha visto obligada a aportar esos medios materiales de su propiedad surge de un imperativo legal.

La STS 24 septiembre 2020, rec. 300/2018 (servicio de mantenimiento de túneles de aeropuerto) se hace eco de esta sentencia del TJUE y desliza la afirmación siguiente en relación con la que se califica de “novedosa doctrina”:

22 STSJ Madrid 4 diciembre 2015, núm.908/2015, en supuesto de sector de agencias de viajes declarando que se trata de un sector que se basa en elementos inmateriales.

23 STJUE 8 mayo 2019, Asunto C-194/18. Sobre esta cuestión, POQUET CATALÁ, R.: “A vueltas con la sucesión de empresa. Ahora, por transmisión de clientela”, *Revista Lex Social*, Revista de Derechos Sociales 12 (1), 2022 pp.31 y ss.

24 Vid. Al respecto, MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “Digitalización y sucesión de empresa”, *Labos* Vol.3, No 2, pp.121-137

25 STS 17 enero 2018, rec.171/2017, en un supuesto de servicio de restauración en el que la empresa principal paga la maquinaria.

26 STJUE 26 noviembre 2014, C-509/2014; SSTS 9 enero 2019, rec.1889/2017, 29 enero 2019, rec.4000/2016, 25 noviembre 2020, Rec.684/2018

27 Por ejemplo, reversión del servicio de restauración colectiva de un Ministerio, entre otras, STS 10 octubre 2018, rec.2767/2016; o comedor infantil de una entidad local. STS 26 marzo 2019, rec.1916/2017).

28 Supuesto de servicio de transporte público por carretera, contratación de gran parte de los conductores de la anterior y aportación por la contratista entrante porque los utilizados por la saliente no reúnen los requisitos legales de carácter medioambiental que permitan continuar con esa actividad.

“se sustenta en la consideración de que los elementos materiales utilizados por la anterior empresa carecen en realidad de cualquier valor económico y por este motivo se trata más bien de una situación de situación de plantilla en lo que lo esencial es el valor de la mano de obra que surge con la asunción por la nueva adjudicataria de la mayor parte de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata”.

Lo que inmediatamente lleva a plantearnos el modo en que han de valorarse los elementos patrimoniales, más allá de los bienes materiales en sentido estricto, porque en el fondo está el límite a la interpretación finalista por la que ha optado el TJUE. La esencialidad de los elementos patrimoniales ¿gira en torno a su valor económico o, por el contrario, al productivo?

Es frecuente que en respuesta a esta cuestión se afirme que son los elementos transmitidos que resulten *inevitables* para la continuidad de la actividad; de forma que ese conjunto de instalaciones y de medios conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad²⁹. Como explica la STS 27 enero 2015, rec.15/2014, “lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la *necesidad* de estos, ya que la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad”. El valor productivo frente al valor económico, entonces.

4. LA ESENCIALIDAD DE LA MANO DE OBRA EN LA ACTIVIDAD EXTERNALIZADA

Traspasemos las consideraciones anteriores al análisis del caso o supuesto contrario, esto es, cuando la actividad externalizada, se dice, descansa fundamentalmente en la mano de obra o es ésta el factor fundamental del proceso de producción.

Tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la interna española no se vislumbran criterios claros apriorísticos y concluyentes para determinar que una actividad externalizada pivota esencialmente en el conjunto de trabajadores que prestan o desarrollan esa actividad. No hay definición de lo que quepa entender como tal con un valor general para que pueda traspasarse sin dificultad al análisis en cada caso concreto.

Sí cabe apreciar una aproximación teórica que se expresa a sensu contrario en relación con los elementos patrimoniales; se dice que son supuestos en los que la empresa (entenderíamos la empresa entrante en la contrata) *puede funcionar* sin elementos *significativos* del activo, material o inmaterial (STJUE 20 enero 2011, Asunto C-463/09), de modo que la identidad de dicha entidad no puede depender de la cesión de éstos. O un intento de definición positiva en el sentido de que “la contrata pueda

29 STS 30 marzo 2022, rec.104/2020

continuar con los *mínimos* cambios personales o de dirección³⁰ o cuando la actividad se reanude nombrando uno o varios encargados de la dirección de los trabajos³¹ con la finalidad de descartar en estos casos que la nueva contratista necesite desplegar otros medios, materiales o inmateriales para que la contrata pueda alcanzar sus fines. Sin duda en la materialización de esta afirmación sobrevuela la consideración de que hay un elenco de actividades típicas que responden a esa concepción, tales como limpieza o seguridad, dando por hecho que se puede continuar sin más en la actividad contratada con los trabajadores asumidos, aunque el contratista despliegue mínimos cambios o nombre a uno o varios encargados de la dirección de los trabajos o tareas. Pero ello es desconocer que la contratista pondrá toda su organización empresarial en el servicio contratado y que por tanto el vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los diferentes factores de producción —que exige la existencia de una unidad productiva autónoma— los aporta no el empresario principal (o contratista primero) sino el contratista (o contratista nuevo o entrante).

La dificultad, cuando no la imposibilidad, de definir qué sea actividad que descansa en la mano de obra— más aún cuando en una contrata es difícil pensar que no haya elementos patrimoniales materiales o inmateriales— es la razón de que se aprecie en las numerosas sentencias sobre esta cuestión, sean del TJUE o de la doctrina judicial y jurisprudencia españolas, diferentes calificaciones de la misma actividad externalizada o en las que se descarta que la actividad concreta pudiera tener un alto valor inmaterial. Recuérdense, entre otros, servicios de vigilancia (STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17); servicios técnicos auxiliares en soporte informático; contact center —STS 6 febrero 2020, rec.2651/2017—; servicios de comedor en instituciones educativas; gestión de guarderías; asistencia en tierra a aeronaves; gestión de escuela municipal de música. Solo por centrar la atención en un supuesto analizado por el TS en la actualidad, el de la sucesión en contrata de mantenimiento (STS 20 mayo 2021, rec.145/2020³²), se aprecia cómo, concurrendo activos tangibles, se da importancia al valor de los activos intangibles transmitidos y presenta una síntesis de la doctrina jurisprudencial en relación con esta actividad, que arroja resultados diversos:

30 Entre otras, STS 24 septiembre 2020, rec.300/18)

31 STS 29 enero 2020, rec.2914/2017.

32 Sucesión en contrata de mantenimiento en una Universidad. Queda acreditado que la Universidad pone a disposición de la adjudicataria los materiales propios de equipos o instalaciones, inmuebles incluidos, un programa informático y una página web. La adjudicataria debe aportar las herramientas necesarias (medios materiales y auxiliares) y no consta que ésta haya asumido ni total ni parcialmente los trabajadores o plantilla de la empresa saliente. También sobre servicios de mantenimiento, calificándolo de actividad o servicio que descansa sustancialmente en la mano de obra cuando en el contrato se especifica que la contratista debe aportar maquinaria, ropa de trabajo y equipos de protección, necesarios para la realización de las tareas de mantenimiento, STS 23 marzo 2022, rec.3117/2020.

En algún caso se aplica la teoría de la sucesión de plantilla (lo que quiere decir que se calificó como actividad desmaterializada); en otras se niega la sucesión porque no se había acreditado la transmisión de elementos patrimoniales y tampoco constaba el traspaso de una parte esencial del personal de la anterior titular de la contrata; en otras se niega la subrogación porque sencillamente se trata de una contrata sucesiva de servicios en la que no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional; en otra porque se califica de actividad que no descansa esencialmente en la mano de obra y resulta irrelevante que se hubiera asumido a 6 de los 10 trabajadores.

En nuestra opinión no puede utilizarse el recurso fácil de tachar a estas resoluciones como contradictorias; sencillamente porque, como nos recuerda el TS desde septiembre de 2018, se trata de una circunstancia que depende de los hechos alegados y acreditados en el caso concreto. Siendo ello así, debe tenerse en cuenta que en el conflicto jurídico planteado la parte que alegue que se ha producido una transmisión de unidad productiva en la contrata concreta deberá probar que se han transmitido bienes materiales o inmateriales por la empresa saliente a la entrante (o que se transmiten por la principal) cuando sean esenciales para realizar la actividad o bien que la actividad externalizada pivota sobre medios personales. Esto es, en definitiva, probar los hechos constitutivos de su pretensión y ello aunque la empresa entrante se haya subrogado por mandato convencional en la plantilla de la saliente³³. Pero no es coherente que se mantenga lo siguiente: “toda vez que la *inversión de la carga probatoria*, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica de aquellas empresas cuyas actividades se desarrollan esencialmente mediante la mano de obra”. ¿Cómo se va invertir la carga probatoria cuando no hay una identificación apriorística de lo que sean actividades intensivas de mano de obra, sino que es una conclusión necesitada del examen de las circunstancias concretas del caso que deberán alegarse y probarse por quien interesa esa calificación?

Esta cuestión nos lleva al tema central, que no es otro que la pretendida esencialidad del elemento personal en la configuración de la entidad económica en una actividad externalizada.

Si en el caso concreto se constata (o no se acredita) que no hay transmisión de elementos patrimoniales, materiales o inmateriales y se aprecia que lo únicamente transmitido es mano de obra, no se puede concluir sin más que estemos ante actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra o que se haya de operar como si existiera. La esencialidad del elemento personal no se manifiesta por el hecho de que no se hayan transmitido elementos patrimoniales y se haya asumido la plantilla. No proviene, como decíamos, de una operación a sensu contrario o de

33 STS 8 septiembre 2021, rec.1866/2020, en un supuesto de sucesión de actividad de transporte de enfermos.

descarte. De modo que no se puede concluir a nuestro juicio, tal y como hace la STS 22 de septiembre 2020, rec. 106/2021 —en un supuesto de servicio de limpieza de varios centros licitados en un único lote—, que:

“puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes etc...) debemos operar en el entendido de que lo esencial en el caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza”.

La excepcionalidad de la configuración de la contrata como unidad productiva autónoma —que quede conformada solo por un conjunto de trabajadores asumidos por la entrante—, parece exigir que en estos casos debiera concluirse conforme a la regla general. Esto es, —pese a lo que “suela suceder en el sector”—, que no acreditado en el caso concreto por el demandante los hechos constitutivos de la demanda, es decir que se haya producido transmisión de elementos patrimoniales o de activo patrimonial necesarios para la explotación, pueda el demandado acreditar y probar que la presunta existencia de una unidad productiva autónoma basada solo en el conjunto de trabajadores transmitidos no alcanza el valor productivo necesario en relación con los otros elementos propios de la organización empresarial desplegados por el contratista para desarrollar la tarea encomendada.

Debiéndose analizar si la actividad concreta es preponderante en mano de obra, si la actividad pivota esencialmente en la misma, la operación primera encierra la complejidad de sopesar el valor de la mano de obra en relación con los otros activos o factores de la producción (tangibles o intangibles) cuando en la actividad económica de que se trate cabe apreciar que éstos existen o que no puedan quedar reducidos a mera accesoriedad o marginalidad sin que tampoco pueda descartarse, a priori, el valor esencial de la mano de obra. Lo que quiere decir que incluso en aquellos sectores a los que se ha convenido en denominar desmaterializados, el valor productivo del conjunto de trabajadores debe quedar acreditado para que solo la plantilla pueda caracterizar la actividad externalizada como entidad económica a efectos de transmisión.

La aceptación en un plano teórico de la expresión “uso intensivo de mano de obra” para admitir en el mismo plano que solo un conjunto de trabajadores puede tener capacidad productiva se plasma forzosamente en el de la realidad concreta cuando hay que sopesar el valor que deba darse a un conjunto de trabajadores aisladamente considerado que se ha asumido por el contratista. ¿Por qué dar mayor valor a los elementos patrimoniales que se consideran relevantes para la actividad que a la asunción de trabajadores que se califican o pueden calificarse como cualitativamente muy relevantes?. Recuérdese, por ejemplo, la STS 26 octubre 2018, rec.2118/2016 (contrato de arrendamiento de servicios en relación con actividades submarinas de amarre y descarga de petroleros en una monoboja y de control y mantenimiento). Se asume personal de la empresa saliente, en particular a varios buzos (a los que se califica como cualitativamente muy relevantes); se valora la pluralidad de elemen-

tos patrimoniales que se consideran también relevantes (embarcaciones, equipo de buceo, medios de señalización, balizamiento etc.) y que ha de aportar la contratista entrante y se concluye que no hay transmisión de empresa basada en la sucesión de plantilla. O la más actual STS de 8 septiembre 2021, rec.1866/2020³⁴, en un caso de sucesión de contratistas en transporte de enfermos, que pudiera entenderse que se trata de una actividad “materializada”. Pudiera serlo, desde luego, a la vista de los hechos alegados y probados, pero lo que resalta la sentencia y reprocha, con toda la razón, al demandante (al juez de instancia y a la sala de suplicación), es que no se concretara si la actividad de la empresa requería necesariamente medios materiales y, de ser así, si los medios de la empresa saliente fueron transmitidos a la entrante; como que tampoco alegara que la actividad de la empresa pivotaba esencialmente sobre medios personales y, de ser así, si se subrogó o no en la mayor parte de la plantilla. Por lo que, concluye, en el caso concreto no hay transmisión de empresa de la que derive la responsabilidad solidaria entre el empresario saliente y el entrante y confirma la sentencia de contraste, que negaba que se dieran los requisitos establecidos en la STJUE de 11 de julio 2018 porque no se acredita, aunque pudiera deducirse de los hechos probados, que hubo subrogación convencional de la plantilla de la saliente.

Si la esencialidad de la plantilla asumida por el nuevo empresario ha de ser un reflejo de la valoración previa realizada respecto de la autonomía de la entidad económica transmitida, en las contratistas, como hemos afirmado, se revela, no solo difícil sino a veces imposible, que pueda ser suficiente que haya asunción de la plantilla para que se precipite el fenómeno subrogatorio legal en caso de sucesión en contratistas. Y al menos, y no es poco, debiéramos aceptar que planteado el conflicto el demandante debe alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión y permitir entonces que la empresa entrante, aún subrogándose convencionalmente en la plantilla, pruebe que no se ha producido la transmisión de una unidad productiva para neutralizar la eficacia de los hechos constitutivos. Si no se prueban, o intentan probar, los constitutivos, la demanda debe desestimarse; lo que quiere decir que pese a la subrogación convencional no se activa cualquiera de los supuestos (general o excepcional) que reflejan la transmisión de una unidad productiva y la aplicación de la subrogación legal.

Suponiendo que se prueben o intente probar las circunstancias que permitan valorar a jueces y tribunales que la actividad externalizada descansa en la mano de obra, la aplicación efectiva en el caso concreto de la excepcional doctrina de la sucesión de plantilla plantea al menos dos cuestiones añadidas, una, en relación con el medio a través del que se canalice la asunción de trabajadores, y los límites a las previsiones convencionales sobre subrogación tanto desde una perspectiva material como formal; otra, la determinación de lo que sea parte esencial de la plantilla cedida a efectos de subrogación empresarial.

34 Reiterada en STS 9 de septiembre 2021, rec.2143/2020

5. “PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA”. CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE DIFÍCIL APREHENSIÓN

Decíamos que, aunque se pudiera concluir en el supuesto concreto que hay una preponderancia o esencialidad del factor personal en la contrata y en su sucesión, no hay transmisión legal si no hay subrogación en una parte esencial de la plantilla.³⁵ El requisito de la esencialidad ha planteado numerosos problemas aplicativos e interpretativos; disparidad de criterios en los que la conjunción entre la dimensión cuantitativa y cualitativa arroja resultados ciertamente desconcertantes. Aunque se intente salvar procesalmente indicando que, solo en caso de sector que puede considerarse que pivota esencialmente en la mano de obra, quien alegue la ausencia de subrogación debe demostrar que no ha asumido una parte esencial de la plantilla. Lo que la parte demandada deberá demostrar, pese a la asunción de plantilla, es que en el caso concreto no cabe entender que hay entidad económica autónoma objeto de transmisión.

No se trata solo de destacar la relevancia del factor humano (puesto que en toda empresa esa relevancia es evidente) sino que, para que pueda operar la teoría de la sucesión de plantilla convirtiendo a ésta en factor determinante de la transmisión de empresa, se requiere comprobar que, cualquiera que sea la causa o motivo por lo que se haga, la asunción debe ser de una *“parte esencial, en número y competencias, del personal”*. Concepto jurídico indeterminado que, ante la ausencia de pautas clarificadoras que aporten seguridad y certeza, se resuelve atendiendo a una casuística desbordante. La concurrencia de las dos dimensiones (cuantitativa/cualitativa) que exige el TJUE debe acomodarse a la realidad del tipo de actividad y del tipo de trabajo y aquí, precisamente, reside la enorme dificultad; y a veces se busca, es obvio, simplificar la operación y eludir la indagación o valoración de la dimensión cualitativa (cuando, por ejemplo, se afirma insuficiente examinar de manera aislada el quantum personal objetivo, *“salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias”*³⁶). Pero lo

35 Recuérdese la doctrina del TJUE en la Sentencia 24 de enero 2002, Asunto C-51/00, conocida como Temco, en la que se define del modo siguiente: “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”.

36 STS 15 diciembre 2021, rec.4236/2019, supuesto de sucesión de contrata de prestación de servicios auxiliares en el que estaban empleadas 5 personas. La empresa entrante sigue con el servicio auxiliar asumiendo el 40% de los trabajadores (2 de 5). “Se constata la continuidad en la actividad objeto de transmisión —servicios auxiliares para la comitente, desarrollados en sus instalaciones—, que, sin embargo, pasa a desempeñar parte de la plantilla existente con anterioridad por decisión de la empleadora (matizaremos que nada se ha precisado acerca del modo de selección). Pero a pesar de esa prolongación o permanencia de la propia actividad transferida, la subrogación solamente acaece respecto de dos de los cinco auxiliares de servicios —que efectivamente implicaría un porcentaje del 40% de la plantilla—, cuando en este caso la relevancia y competencia exigibles dimanan o se focalizan, no

importante es que si la relevancia de la mano de obra a efectos de configuración de la actividad externalizada no se mide solo en número sino cuando los trabajadores conforman una estructura organizada, ésta es la que debe transmitirse porque de ella deriva la esencialidad de la plantilla asumida³⁷.

6. ASUNCIÓN “CONVENCIONAL” DE PLANTILLA

La previsión en los convenios colectivos de la obligación de la asunción de plantilla en la sucesión de contrata ¿En qué sentido facilita la solución del problema?

Se planteaba en relación con la doctrina de la sucesión de plantilla en sectores que descansan fundamentalmente en la mano de obra que la inclusión de las contrata en el fenómeno de la transmisión quedaba al albur de la decisión del contratista en tanto que la subrogación del personal adscrito a la contrata dependía de la voluntad de éste de asumir o no la plantilla³⁸

Nuestro TS había interpretado que la asunción de plantilla impuesta por el convenio colectivo quedaba limitada a los términos previstos en las cláusulas convencionales sin precipitar el fenómeno de la transmisión legal de empresa. Se aprecia cambio tras la aceptación de la conocida sentencia TJUE 1 julio 2018, Asunto C-60/17³⁹,

en que se tratare de personal con tareas de dirección u organización, porque aquí las características propias del servicio revelan su inexistencia, sino en que ese personal resulta fundamental para llevarlo a cabo atendidas las condiciones o circunstancias que lo conforman». Véase también, STS 23 marzo 2022, rec.3117/2020, con relevancia del parámetro cuantitativo cifrado en el 75% de la plantilla.

37 Permítasenos remitir, para un estudio detenido de esta cuestión, a nuestro estudio “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresa”, en GARCIA MURCIA, Dtor: *Transmisión de empresa...*, cit. pp.165 y ss, en el que se da cuenta de las dificultades interpretativas para determinar lo que deba entenderse por “parte esencial de la plantilla”. Con ejemplos al respecto, en una labor encomiable de disección de la jurisprudencia y de la doctrina judicial, IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA, : Parte esencial de la plantilla: ejemplos, en <https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa-44/#funcional1>

38 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contrata constituye sucesión de empresa”, en GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (Dtores): *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Edit.USC, 2020, p.100, en relación con la STJUE 10 diciembre 1998, Asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96.

39 En la que se pregunta, recuérdese: «1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 [...] cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo [de las empresas de seguridad]?—Pregunta, no se olvide, que proviene de que el órgano jurisdiccional remitente (Sala de lo Social del TSJ de Galicia) afirme que se trata de “una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra”. 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva [2001/23], que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme

de modo que se descarta que la voluntariedad o no de la subrogación sea un elemento a tener en cuenta en la determinación del mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Expresándolo en los términos conocidos de que “el hecho de que la subrogación de plantilla sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema”.

Aun cuando no se han eludido críticas al que se dice cambio brusco de la doctrina jurisprudencial, difícilmente parece dejar margen alguno para al menos valorar -en la evaluación de conjunto necesaria para constatar el requisito del mantenimiento de la identidad posterior a la transmisión- la asunción obligatoria o voluntaria de la plantilla. Del mismo modo, sobre los efectos de la subrogación convencional, más allá de quedar ahora configurada como elemento determinante de la aplicación de la Directiva y del paso a la transmisión de empresa del artículo 44 ET, se exploran posibilidades para evitar la forzada —y extensiva— aplicación de la institución y sus consecuencias, señaladamente el alcance de la responsabilidad entre el cedente y el cesionario por subrogación derivada del convenio colectivo en caso de sucesión en la contrata de servicios.

Es verdad que la solución pudiera poner en tela de juicio la teoría finalista de protección de los trabajadores a través de la sucesión de empresa por sucesión de plantilla en las contratas deteriorando la garantía de los trabajadores, aunque se mantenga que la estabilidad en el empleo no queda comprometida.

Pero la elevación de la subrogación convencional a supuesto de transmisión de empresa, convirtiendo en causa lo que es efecto, plantea cuestiones en relación con la interpretación y la aplicación del convenio colectivo.

Una primera es la relativa al ámbito aplicativo del convenio colectivo porque el criterio que ha de seguirse no es otro que la exigencia de estar incluido en el convenio colectivo que se estime aplicable⁴⁰ (teniendo en cuenta que el alcance depende de que estemos ante un convenio de empresa —es posible que la cláusula se contenga en un convenio de empresa, de la empresa principal o de la empresa contratista⁴¹- o

con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?».

40 Vid STS 26 noviembre 2018, rec.2128/2016 en la que se discute si cuando la empresa principal (gimnasio) asume el servicio de limpieza que tenía externalizado debe o no subrogarse en los contratos de trabajo de quienes vienen desempeñando esa tarea. Se plantea si el convenio colectivo sectorial propio de la empresa principal (gimnasio) comporta la existencia de una subrogación cuando la contrata que finaliza es de limpieza.

Recuerda el TS que las reglas sobre subrogación previstas en los convenios colectivos sectoriales están pensadas para los casos en que la unidad productiva pasa de manos de una empresa a otra, pero *ambas del mismo ramo funcional* (gimnasio/limpieza). Si no hay coincidencia, tanto cabe descartar la aplicación del convenio de limpieza a la empresa principal como rechazar la del convenio de gimnasios a quienes vienen prestando sus servicios en una empresa de limpieza.

41 Sobre el nivel apropiado de negociación para incluir cláusulas de subrogación puede consultarse la STS 18 octubre 2022, rec.248/2021, y de forma rotunda: un convenio de empresa – en el caso, con-

sectorial y que resulte aplicable o no a la entrante, a la saliente o a ambas⁴²). Aspectos que habrán de resolverse tras la reforma laboral aplicando las previsiones contenidas en relación con la descentralización productiva en el nuevo artículo 42.6 Estatuto de los Trabajadores, que, como sabemos deja al margen a los centros especiales de empleo. Y con dudas para determinar en estos casos los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos, que pueden soslayarse en el supuesto concreto aplicando la subrogación de plantilla prevista en un convenio colectivo cuando otro no la haya previsto⁴³.

Una segunda afecta al contenido de las cláusulas convencionales. Si es posible o no que el convenio establezca modulación en la asunción de plantilla (por ejemplo si cabe establecer que la empresa entrante solo debe asumir la parte de plantilla necesaria para afrontar el encargo de la actividad concreta o matizando que la subrogación queda limitada por la disminución de la actividad contratada o que la incorporación lo es a un proceso de selección); o si es posible que el convenio colectivo establezca restricciones al volumen de plantilla que debe asumirse (por ejemplo exigiendo una determinada antigüedad o un determinado porcentaje o una determinada categoría); o que establezca determinadas obligaciones informativas y documentales.

Puede advertirse que hasta ahora el TS no ha dado el paso de considerar inaplicable la cláusula del convenio colectivo regulando la subrogación en su integridad. Hay supuestos en los que se ha neutralizado la regulación convencional, aunque se ha afirmado que el precepto convencional que permite la subrogación en una parte limitada de la plantilla —en los supuestos de disminución de la contrata— no es “siempre, y en todo caso, ilegal e inaplicable” (SSTS 5 de marzo 2019, rec.2892/2017 sucesión de contratas de empresas de seguridad; 8 enero 2019, rec.2833/2016); o cuando se soslaya el requisito previsto en el convenio colectivo aplicable de que la empresa saliente entregue determinada documentación a la empresa entrante (STS 11 enero 2022, rec.2635/2022), sin estimar ilegal esa cláusula del convenio.

venio de empresa saliente que establece obligaciones para las empresas pertenecientes al mismo sector entrantes- “no puede imponer obligación alguna a empresas que, aunque pertenecientes al mismo sector, no están en el ámbito de aplicación del convenio, en virtud de lo dispuestos en el artículo 82.3 ET”. Añadiendo que “ni siquiera cabe que el convenio de empresa establezca dicha norma por remisión al convenio del sector” cuando éste impone la obligación de subrogación. Lo que quiere decir que se veda el paso a que un convenio colectivo de empresa establezca directamente o por remisión cláusulas de subrogación.

Ahora bien, la cuestión es si cabe interpretar lo mismo cuando el convenio colectivo de empresa estableciera obligación de subrogación para ella como “empresa entrante” o que se adoptaran para un grupo empresarial en su conjunto. Parece que nada lo impide.

42 Véase, detenidamente, NORES TORRES, L.E.: *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Tirant lo Blanch, 2012 pp.58 y ss

43 Caso concreto de la STS 22 septiembre 2021, rec.106/2021, en el que, atendiendo a las circunstancias del supuesto, las reglas de transmisión o subrogación previstas en un convenio colectivo se aplican también a un centro de trabajo en el que el convenio colectivo aplicable no prevé la sucesión de plantilla.

Respecto del valor jurídico de esas cláusulas moduladoras de la subrogación prevista en convenio colectivo, son varias y no exactamente coincidentes las opiniones al respecto. Se ha avanzado la de la ilegalidad, dudando de si lo es solo la cláusula convencional concreta o la del convenio colectivo en su totalidad⁴⁴.

Es evidente que una cosa es la inexigibilidad de la cláusula convencional (y su inaplicación al caso concreto) y otra su ilegalidad porque no cabiendo apriorismo en torno a la naturaleza de la actividad pudiera darse el caso de que en el conflicto planteado no se califique como de actividad externalizada en la que predomina la mano de obra; y en caso de que lo fuera, habría que dar el paso siguiente en torno a la aplicación del criterio de asunción de plantilla. Y si ello es así, pudiera ocurrir que en el supuesto concreto la cláusula convencional sea inexigible pero no que sea ilegal una cláusula convencional que, en su diseño y contenido, no prejuzga nada en relación con la naturaleza de la actividad.

Recuérdese que el TS apreciaba en su sentencia de septiembre de 2018 lo siguiente: “son los efectos derivados de la previsión del convenio los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa “. Y “claro, en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda”.

Lo que debe ponerse en relación con el fallo de la STJUE de 11 de julio de 2018, que exige explorar el significado de lo literalmente indicado:

“El artículo 1.1 de la Directiva... debe interpretarse en el sentido de que la Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas” (el subrayado nuestro).

Y a nuestro juicio arroja la conclusión siguiente en relación con las actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra: La subrogación legal solo se aplica si se ha asumido la parte esencial de la plantilla de la anterior contratista; si se está por debajo de lo que se entienda por tal, el convenio colectivo puede establecer las condiciones de subrogación⁴⁵. Cuando lo transmitido sea una entidad económica

44 Véase, entre otros, NORES TORRES, L.E.: “Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresas: la labor del TJUE y del TS”, Labos, Vol.1, No1, p.101, para quien la aplicación del criterio de sucesión de la plantilla en las subrogaciones convencionales obligaría a considerar la ilegalidad de las cláusulas convencionales que exigen una determinada antigüedad o el cumplimiento de obligaciones informativas para que esta resulte operativa.

45 En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional”, *Trabajo y Derecho* 48/2018, p.4/10; BELTRÁN DE HEREDIA, I. en <https://ignasibel->

que mantenga su identidad, la subrogación se impone tanto por la norma comunitaria como por la norma nacional, aunque ello se produzca como consecuencia de la asunción de la plantilla impuesta por el convenio colectivo. Si esta subrogación responde a los criterios cuantitativos y cualitativos que permitan calificarla como de parte esencial de la plantilla, no son aplicables las modulaciones o restricciones que establezca el convenio colectivo, sean materiales o sean formales⁴⁶, tanto en la configuración de la transmisión como en los efectos, en particular, en lo que refiere a la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario. El contenido convencional restrictivo se considera inexigible o, como también se ha dicho, “como no puesto” y se ha de asumir imperativamente a los trabajadores que no se hubieran inicialmente asumidos en aplicación de la cláusula convencional⁴⁷.

No obstante, como es fácil colegir, lo entendible en un plano teórico generará complicaciones en la puesta en práctica puesto que, como acertadamente se ha manifestado, “se desvirtúa completamente el alcance y finalidad de lo previsto en Convenio Colectivo”⁴⁸. Como expresaba el VP en la sentencia del TS de septiembre de 2018, “se distorsiona la voluntad negociadora y —por supuesto— una importante alteración del equilibrio del Convenio”.

En la actualidad, sea cual sea el sector de la actividad productiva, se aprecia que los convenios colectivos de actividades en las que es habitual la descentralización productiva siguen incluyendo estas cláusulas subrogatorias y mantienen en muchos casos modulaciones o matices en la subrogación. Aun cuando no se hace constar expresamente que la subrogación pactada lo es en términos diferentes a la legal (puesto que no sería entendible que un convenio colectivo empeorara lo establecido por el legislador al amparo del art.85 ET), podría establecer cautelas y restricciones para asegurar que la subrogación no alcanza a una parte esencial de la plantilla. Pero, es cierto, se reabren ahora nuevas cuestiones porque la respuesta jurídica a los interrogantes planteados tras la STJUE 11 julio 2018 no ha cerrado el debate y tampoco zanjado los desafíos que tienen las partes sociales en el diseño de las cláusulas convencionales de subrogación.

Por último, desde la perspectiva de los efectos, y en concreto en torno a la responsabilidad solidaria prevista en nuestro ordenamiento jurídico, que no se impone

tran.com/2019/06/12/sucesion-de-plantilla-y-subrogacion-convencional-algunas-reflexiones-en-torno-a-la-figura-y-sus-problemas-aplicativos-ponencia/

46 El convenio colectivo se aplica en su complitud, también respecto de las obligaciones documentales que aquél prevea cuando contiene deber de subrogación en la sucesión de contrata (STS 18 febrero 2020, rec.1682/2017).

47 SEMPERE NAVARRO, A.V. “La subrogación convencional”, en GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: Las respuesta del Tribunal de Justicia..., cit. p.177: “la empresa debe asumir a cuantas personas estén adscritas a la contrata transmitida por mandato del convenio y no puede invocar la modulación que en él se contemple”. Si no, la empresa entrante incurre en un despido tácito. Sin perjuicio, claro está, de que el nuevo empleador ajuste a las necesidades reales mediante despidos objetivos o un despido colectivo.

48 DE LA PUEBLA PINILLA, A.: op.ult.cit., p.5

por la Directiva -y que tampoco lo prevén expresamente los convenios colectivos que establecen cláusulas de estabilidad en el empleo bajo la fórmula de su subrogación de plantilla en caso de sucesión en contratas- recuérdese que en la sentencia citada el TJUE se declara no competente para responder a esta cuestión prejudicial. Lo que bien podría interpretarse en el sentido de que se trata de un problema de relación entre el artículo 44 ET y el convenio colectivo. No obstante, de alguna sentencia actual del TS cabe inferir que, si admitida la transmisión de empresa por sucesión de plantilla establecida en convenio colectivo, se despliegan todos los efectos legales previstos en el precepto estatutario⁴⁹.

6. CONCLUSIONES

No constituye transmisión de empresa la sola sucesión de actividad entre concesionarios o contratistas. No puede identificarse, aunque en apariencia sean fenómenos cercanos, la transmisión de una organización productiva con la sucesión o cambios de dos o más empresas en la realización de una determinada actividad. En la primera hay un traspaso de entidad económica que no puede reducirse a una simple actividad; en la segunda, una prestación de servicios de una empresa a otra en la que nada se transmite como entidad o unidad productiva autónoma.

No obstante, y en una extensión imperfecta de la institución jurídica de la transmisión de empresa, tal vez como estrategia para evitar que la operación pudiera encajar en una cesión ilegal, buscando la protección del trabajador en la aplicación forzada de la sucesión de empresa, se ha admitido como regla condicional y excepcional que hay transmisión —a los efectos de aplicación de la Directiva y de la normativa nacional— cuando la sucesión en contratas (o de concesiones) va acompañada de la traslación de una entidad económica entre la empresa saliente y la empresa entrante.

En tanto que regla excepcional, debe ser interpretada restrictivamente. Se debe operar primero con la regla general, acreditando en el supuesto concreto los hechos que permitan valorar si ha habido transmisión de los elementos necesarios o indispensables o imprescindibles para continuar con el servicio contratado. Los elementos o factores de producción a valorar en el caso concreto son todos, los patrimoniales (materiales y/o inmateriales) y los personales; teniendo en cuenta que no se

49 Véase STS 20 septiembre 2022, rec. 1265/2019, sobre subrogación legal derivada del convenio colectivo y aplicación del artículo 44.5 ET, mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores hasta tanto no se promuevan nuevas elecciones sindicales. El supuesto: negativa de la empresa a reconocer el crédito de horas sindicales a dos representantes de los trabajadores que cambiaron de adscripción sindical en el caso en que las trabajadoras prestaban servicios en la empresa concesionaria del servicio de vigilancia del sector de estacionamiento regulado de superficie subrogadas en cumplimiento de convenio colectivo sectorial aplicable. El TS lo califica de asunción de plantilla por parte de la empresa entrante que resulta de una obligación impuesta por el Convenio Colectivo; estima que se trata de una actividad donde la mano de obra constituye un factor esencial y activa la aplicación del artículo 44 ET.

puede operar con apriorismos cuando se analizan supuestos en los que la actividad externalizada se presume que es desmaterializada. La transmisión de empresa por sucesión de plantilla (cuando hay transmisión de actividad y cesión de contratos de trabajo) no es absoluta e incondicional.

Tanto desde una construcción de estricta dogmática jurídica como de principios, y tras el análisis de lo sucedido desde entonces, apreciándose un excesivo casuismo por el número creciente de litigios al respecto; disfunciones o dificultades para alumbrar pautas claras uniformadoras; valoraciones que a veces pueden tacharse de contradictorias; dispar rigor valorativo de las instancias judiciales, comunitaria y nacionales, y de los criterios a ponderar —rigidez versus flexibilidad—, pudiera afirmarse que la razón social de protección como presupuesto de la sucesión de plantilla queda en numerosas ocasiones en entredicho porque, desde esta perspectiva, se advirtió hace tiempo de la ambivalencia de la sucesión, que no siempre es beneficiosa para el trabajador. De modo que la lógica protectora a través de la sucesión de empresa por sucesión de plantilla puede romper otra de las garantías del régimen de transmisión, a saber, la garantía frente a la cesión de contratos, que pueden encubrir externalizaciones estratégicas.

La inexistencia de un concepto normativo cerrado al respecto no puede suplirse por la identificación sin más de que las contrata típicas calificadas como intensivas de mano de obra fuera un criterio de aceptación social.

Pero también lo es que la introducción en la ley de una definición cerrada de la transmisión de empresa en supuestos de sucesión de actividad en contrata o la mención específica a la sucesión de empresa por sucesión de plantilla (indicando que la empresa entrante en la actividad desmaterializada deba asumir una parte esencial —por su dimensión numérica y cualitativa en relación con la actividad desarrollada— de la plantilla de la empresa saliente) no solventaría, seguramente, todas las cuestiones añadidas controvertidas. Bastaría, a nuestro juicio, reconducir la operación en cada una de sus fases a una ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, evitando apriorismos y resolviendo equilibradamente conforme a lo acreditado y probado por las partes en el conflicto jurídico planteado.

Como ocurre en relación con otras instituciones jurídico-laborales, el método indiciario responde, con ciertas imperfecciones, es claro, a la realidad del mercado y de la economía de servicios en nuestro tejido productivo que en numerosas ocasiones no puede ser reconducida a un concepto normativo; lo que, es cierto, tiene sus ventajas e inconvenientes. Pero lo que cabe exigir en la aplicación del método indiciario (o tipológico) en torno a esta institución de la transmisión de empresas es un juicio de ponderación en el que no se soslayan todos los elementos o circunstancias concurrentes existentes en el supuesto concreto de sucesión en la actividad porque, si no es así, la valoración pierde su virtualidad jurídica.