

Sucesión de contratatas y subcontratatas de obras y servicios

M^a Lourdes Arastey Sahún,

1.- LA SUCESIÓN DE EMPRESAS: MARCO GENERAL. 2.- CONCEPTOS BÁSICOS. 3.- LA SUCESIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS: CONTRATAS Y SECTORES EN QUE LA ACTIVIDAD DESCANSA FUNDAMENTALMENTE EN LA MANO DE OBRA.

1. LA SUCESIÓN DE EMPRESAS: MARCO GENERAL

Por sucesión o transmisión de empresa se hace referencia a un fenómeno de enorme complejidad práctica, como puede colegirse del gran número de litigios que se suscitan ante nuestros tribunales y, a juzgar por el gran número de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia, así debe ocurrir también en otros Estados Miembros de la UE.

En realidad, lo que subyace es la concreción del alcance de las obligaciones de subrogación en los contratos de trabajo cuando se produce un cambio que afecta a la empresa que desarrollaba la actividad. Tal circunstancia puede venir dada no sólo por concurrir un caso de sucesión empresarial en sentido estricto – transmisión de la empresa-, sino también por resultar obligatoria la subrogación al venir impuesta por el convenio colectivo, o por el pliego de condiciones en el caso de la contratación pública.

El fenómeno de la subrogación ex lege, por producirse una sucesión empresarial, se encuentra regulado en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹; a cuyo tenor, el cambio en la titularidad de la empresa lleva aparejada una sucesión en la persona del empresario, manteniéndose por tanto sus obligaciones de carácter laboral. En esencia, pues, la regla establece que, tras el traspaso, el cesionario se convierte en el empresario de los trabajadores de la empresa traspasada por el cedente.

Pero la determinación de la concurrencia de un supuesto de sucesión exige la delimitación de conceptos que no resultan tan evidentes en una lectura inicial del texto legal. Dado que la norma española es corolario de lo que se impone al legislador español en las Directivas europeas, perfilar los conceptos o definiciones básicas sobre los que se asienta la figura de la sucesión empresarial obliga a acudir a ese ámbito normativo supranacional.

La norma aplicable se contiene en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros (EM) 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 actividad².

¹ El texto vigente obedece a la Ley 12/2001.

² En vigor desde el 11 abril 2001.

La Directiva vigente tiene como antecedente a la Directiva 98/50 CEE, que, a su vez, modificó la Directiva 77/187/CEE. Aquella modificación tenía por objeto incorporar la jurisprudencia del TJUE y aumentar los derechos participativos de los trabajadores en estos supuestos.

El único objetivo de la Directiva es impedir que los trabajadores transferidos se encuentren, a causa únicamente de esa transferencia, en peor situación que antes de ella.

2. CONCEPTOS BÁSICOS

2.1. ¿Qué se entiende por “empresa” a los efectos de la sucesión, transmisión o traspaso?

Recordemos que tanto la Directiva, como el art. 44.1 ET se refiere a la “una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”. Si acudimos al Derecho de la Unión Europea constatamos que, dado que el Derecho originario no contiene una definición del concepto de empresa, el Tribunal de Justicia ha acudido a un concepto común, básicamente derivado de cuestiones relacionadas con el Derecho de competencia, que incluirá a cualquier entidad económica organizada de forma estable, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación (ej.: STJUE de 1 julio 2008, *MOTOE*, C-49/07).

Ello sirve también para interpretar la Directiva de traspasos (STJCE de 8 junio 1994, *Comisión v. Reino Unido*, C-382/92; 14 septiembre 2000, *Collino e Chiappero*, C-343/98; y ATJCE de 26 mayo 2005, *Sozialhilfverband Rohrbach*, C-297/03). Constituye tal entidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada y autónoma (STJCE de 10 diciembre 1998, *Asunto Hernández Vidal y otros*, C-127/96, C-229/96 y C-74/97; de 26 septiembre 2000, *Asunto Mayeur*, C-175/99; de 13 septiembre 2007, *Asunto Jouini y otros*, C-458/05; y de 29 julio 2010, *Asunto UGT*, C-151/09). Precisamente, en el asunto *Collino e Chiappero* – sobre servicios de telecomunicación de la Administración del Estado- el Tribunal recuerda su doctrina emanada en ámbitos distintos de los de esta Directiva que ha considerado actividad empresarial la gestión de instalaciones públicas y su puesta a disposición de los usuarios mediante el pago de un canon (STJCE de 20 marzo 1985, *Comisión v. Italia*, C-41/83), incluso cuando esa actividad la desarrolla una administración públicas (STJCE 27 de octubre 1993, *Decoster*, C-69/91).

Ello obliga a precisar qué habrá de entenderse por “actividad económica”. En relación a otros instrumentos normativos de Derecho de la Unión el TJUE ha utilizado la idea de incluir en el concepto de empresa cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (STJCE de 25 octubre 2001, *Asunto Ambulanz Glöckner*, C-475/99; de 24 octubre 2002, *Asunto Aéroports de Paris/Comisión*, C-82/01; y de 10 enero 2006, *Asunto Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, C-222/04).

El hecho de que la actividad económica transmitida sea accesoria, no impide que la transmisión entre en el ámbito de la Directiva (así, cantina de Philips: STJCE 12 noviembre 1992, *Rask y Christensen*, C-209/91).

El concepto de empresa, centro de trabajo o entidad productiva autónoma es independiente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación. Por tanto, el mero hecho de que el cesionario sea un organismo público no excluye la aplicación de la figura de la sucesión. Así lo puso de relieve la STJUE 26 septiembre 2000 (*Asunto Mayeur*, C-175/99), en el que se señalaba que la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de Derecho privado a una persona jurídica de Derecho público entra, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva. Igualmente, puede recordarse que se incluye la transmisión de la actividad de ayuda a domicilio de personas desfavorecidas, atribuida por un organismo de Derecho público a una persona jurídica de Derecho privado (STJUE Asunto *Sánchez Hidalgo y otros*, C-173/96).

En la jurisprudencia del Tribunal de la Unión se observa que se han calificado como actividades económicas servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por

operadores que actúan con ese ánimo (STJCE de 23 abril 1991, *Asunto Höfner y Elser*, C-41/90; y las citadas *Aéroports de Paris/Comisión y Cassa di Risparmio di Firenze y otros*).

Ahora bien, el TJUE ha excluido de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público (STJCE de 15 octubre 1996, *Asunto Henke*, C-298/94; y de 1 julio 2008, *Asunto MOTOE*, C-49/07). Particularmente, en el caso *Henke*, el TJUE sostuvo que no constituye una «transmisión de empresa», en el sentido de la Directiva 77/187, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas. De ello el Tribunal deducía que el concepto de «transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad», en el sentido del art. 1 ap.1 de la citada Directiva³, no se aplica a una cesión, a una agrupación de municipios, de competencias administrativas de un municipio que eran propias del ejercicio del poder público.

En suma, al definir el objeto sobre el que recae la transmisión se ha partido de la entidad económica definida como todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica suficientemente estructurada y autónoma y que persigue un objetivo propio (ej.: STJCE 10 diciembre 1998, *Hernández Vidal y otros*, C-127/96 y acum.; STJCE 26 septiembre 2000, *Mayeur*, C-175/99; STJUE 13 septiembre 2007, *Jouini y otros*, C-458/05; o STJUE 29 julio 2010, *UGT/Ayuntamiento de La Línea*, C-151/09).

Los requisitos a cumplir por la entidad económica son:

a) Preexistencia:

Por otra parte, la unidad productiva autónoma debe preexistir a la sucesión o transmisión. Ello supone que habrá de negarse la existencia de traspaso de empresa cuando se crea artificialmente la unidad productiva justo antes de la transmisión y para desprenderse de la plantilla –lo que llevaría a obligar la empresa saliente a mantener el vínculo contractual con los trabajadores-. El objeto de la transmisión no tiene que afectar necesariamente a la totalidad de la empresa en su conjunto, sino que puede venir referido a "cualquier entidad económica que mantenga su identidad, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" (STS/4ª de 12 diciembre 2002, rec. 764/2002).

Ello supone que habrá de negarse la existencia de traspaso de empresa cuando se crea artificialmente la unidad productiva justo antes de la transmisión y para desprenderse de la plantilla –lo que llevaría a obligar la empresa saliente a mantener el vínculo contractual con los trabajadores.

No obstante, la STJUE de 6 marzo 2014 (*Asunto Amatori*, C-458/12) admite que la norma nacional permita la transmisión aun cuando esa parte de empresa no constituya una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión.

b) Mantenimiento de su identidad tras el traspaso:

Para determinar si concurre efectivamente el requisito de la existencia 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 accesorio”, ha de hacerse una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso. Han de tomarse en consideración todos los elementos de hecho que caracterizan la operación en cuestión, “entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela,

³ “La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirá un traspaso a efectos de la presente Directiva” (art. 1.1. c) in fine).

así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades” (STJUE de 26 noviembre 2015, *Aira Pascual*, C-509/14; y 19 octubre 2017, *Securitas*, C-200/16).

Conviene detenernos en la doctrina consolidada con el asunto *Aira Pascual*, relativo a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

Se trata de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación a un supuesto que afecta a ADIF, empresa pública titular del servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao prestado a Renfe Operadora, que a partir del 1 de marzo de 2008 externalizó la gestión de dicho servicio mediante un contrato de gestión de servicios públicos, adjudicándolo a la empresa Algeposa. Ésta prestaba este servicio en las instalaciones de ADIF con grúas propiedad de la última hasta que se le comunicó que ADIF no deseaba prorrogar la contrata ya que, a partir de ese momento, prestaría ella misma con su propio personal el servicio. Tal comunicación fue acompañada de la negativa a subrogarse en los derechos y obligaciones frente al personal de la concesionaria saliente, la cual, como consecuencia de ello, procedió a un despido colectivo por causas productivas de varios trabajadores antes adscritos a la ejecución de la contrata celebrada con ADIF.

El TSJ consideró que el TJUE no había resuelto todavía la cuestión de si el concepto de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23 comprende los supuestos en que una empresa titular de un servicio público asume la gestión directa de dicho servicio y en los que, por una parte, esa empresa decide recurrir a su propio personal para realizar esa gestión, sin hacerse cargo del personal del contratista al que había encomendado anteriormente la gestión y, por otra parte, los medios materiales utilizados, esenciales para la realización del servicio, han pertenecido siempre a dicha empresa, que imponía su uso al contratista. Por ello planteó la siguiente cuestión prejudicial: «El art. 1.[1.]b) de la Directiva 2001/23, en relación con su art. 4.1, ¿se opone a una interpretación de la legislación española destinada a darle efectividad, que excluya del deber de subrogación por el hecho de que una empresa del sector público, titular de un servicio inherente a su propia actividad y que precisa relevantes medios materiales, que ha venido realizando mediante contrata, imponiendo al contratista el uso de esos medios de su propiedad, decide no prorrogar la contrata y asumir directamente su realización, valiéndose de personal propio, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente?».

Es importante aquí preguntarse por el trasfondo de la duda del TSJ del País Vasco. La misma arranca de un obiter dicta de la STS/4ª de 30 de mayo de 2011 (rcud. 2192/2010). En esta sentencia, el TS da respuesta a un caso relativo al servicio municipal de la grúa del Ayuntamiento de Sevilla, al que se le reclaman las deudas salariales de la empresa adjudicataria después de que el Ayuntamiento pasa a prestar por sí mismo el servicio, quedándose con los medios materiales de la saliente. El TS recuerda que la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye por sí misma un supuesto de subrogación empresarial. Ahora bien, al haberse quedado el Ayuntamiento con los medios materiales, la decisión de seguir la actividad implica un traspaso de empresa y, por tanto, la obligación de asumir también al personal.

Pero la sentencia contiene una manifestación que permite dudar de cuál hubiera sido la respuesta del TS si esos medios materiales ya hubieran pertenecido al Ayuntamiento antes de la externalización inicial del servicio. De ahí que, posteriormente, la Sala del País Vasco prefiera solventar las dudas acudiendo a la cuestión prejudicial ante Luxemburgo.

La STJUE de *Aira Pascual* recuerda que el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que el cesionario sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véase, en este sentido, *CLECE*, C

-463/09). Por co

jurídica de que se trata en el litigio principal sea una empresa pública titular de un servicio público no la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23.

También recuerda que el ámbito de aplicación de esa Directiva abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (véanse las sentencias *Abler y otros*, C

~~340/01~~, C

-463/09).

Por último, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia ha considerado asimismo que la Directiva 2001/23 es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas (véase, en este sentido, *CLECE*, C

-463/09), concluy

cabe excluir que la Directiva 2001/23 sea aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal. En la situación del litigio principal la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que requiere un equipamiento importante. La circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre a ADIF, carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. Y es que el Tribunal de Justicia ya había declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, *Abler y otros*, C

-340/01).

El mantenimiento de la identidad es el elemento decisivo para determinar si estamos ante una transmisión (STJCE de 18 marzo 1986, *Spijkers*, C-24/85); pero se refiere a la identidad de la actividad que vaya acompañada de la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial (STJCE de 14 abril 1994, *Schmidt*, C-392/92; y 11 marzo 1997, *Süzen*, C-13/95).

En la STJUE de 9 septiembre 2015, *Ferreiro da Silva e Brito y otros*, C-160/14, el Tribunal de Justicia precisa que no se está refiriendo al mantenimiento de la organización específica, sino al vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los diversos factores de producción. Así, el concepto de «transmisión de un centro de actividad» abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad⁴.

El Tribunal Supremo negó así que se pudiera afirmar el mantenimiento de la identidad cuando la explotación del negocio se hallaba suspendida, por lo que no se trataba de la reanudación ininterrumpida de la misma, en el caso del hotel Las Dunas de Estepona cuyo inmueble que es adjudicado en el procedimiento del concurso de la empresa, sin entregarse maquinaria,

⁴ En esta STJUE se declara la responsabilidad del Estado por no haberse planteado la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo.

mobiliario ni enseres y tras haber dejado de funcionar durante meses con los contratos de trabajo suspendidos (STS/4ª de 24 de septiembre 2012 -rcud. 3252/2011 y 21 sentencias más de fechas posteriores).

Para determinar si estamos ante una situación de mantenimiento de la identidad, el TJUE exige una evaluación conjunta de elementos concurrentes tales como el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate (STJUE de 26 noviembre 2015, *Aira Pascual*, C-509/14), el hecho de que haya habido o no una transmisión de los elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión (STJCE de 7 marzo 1996, *Merks y Neuhuys*, C-171/94) y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (STJCE de 18 marzo 1986, *Spijkers*, C-24/85); debiéndose precisar que las actividades de naturaleza particular que constituyan misiones independientes pueden, en su caso, asimilarse a centros de actividad o partes de centros de actividad con arreglo a la Directiva (STJCE de 10 mayo 1992, *Redmond Sticking*, C-29/91).

2.2. ¿Cuáles son los trabajadores incluidos en la obligación de subrogación impuesta a la empresa entrante?

En atención al marco legal del art. 44 ET, la obligación de subrogación de entrante se aplica a todos los tipos de relaciones laborales, independientemente del número de horas de trabajo realizadas o por realizar; así como del tipo de contrato laboral (de duración indeterminada, determinada o temporal) – en esa línea, art. 2.2 Directiva-.

Es más, el hecho de que los trabajadores afectados por la transmisión estuvieran integrados en una Administración Pública es una circunstancia que, por sí sola, no afecta a la apreciación de la existencia de sucesión empresarial (STJE de 14 septiembre 2000, *Collino e Chiappero*, C-343/98).

El concepto de “trabajador” está configurado en el ámbito del Derecho nacional. La STJUE de 11 julio 1985 (*Asunto Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar*, C-105/84) indicaba que la noción de trabajador debe ser entendida en el sentido de toda persona protegida como tal según la legislación del Estado Miembro (art. 2.1 d) de la Directiva). Con la Directiva no queda afectada la definición de contrato de trabajo o relación laboral, la cual viene dada por las legislaciones nacionales (art. 2.2).

Un ejemplo al respecto puede encontrarse en la sentencia citado en que se da respuesta a una cuestión prejudicial danesa derivada de un litigio incoado a instancia del Sr. Mikkelsen -en nombre del cual actúa el sindicato *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*-. La empresa, en dificultades, cesó en el pago del salario y anunció el despido. Al mismo tiempo se efectuó un traspaso a una nueva sociedad de la que el Sr. Mikkelsen obtuvo el 33%, con el 50 % de los derechos de voto en la asamblea, pasando a ser presidente del consejo de administración. El TJUE declaró que la Directiva no ampara la transmisión de derechos y obligaciones de quienes, si bien eran trabajadores de la cedente, no continúan siéndolo con la cesionaria.

En el terreno nacional español, la STS/4ª de 27 septiembre 2011 (rcud. 4146/2010)⁵ sostiene que el alto directivo – con relación laboral especial- no está exceptuado de la aplicación del art. 44 ET. Tampoco lo estaría en la Directiva precisamente por lo ya apuntado sobre la conformación del concepto de trabajador con arreglo a la legislación nacional.

⁵ Comentada por GM. Sobrino González en “Los efectos de la transmisión de empresa en las cláusulas de blindaje”. *Relaciones Laboral* 9/2014.

En todo caso, se ha de tratar de relaciones laborales vivas y no a los empleados que hayan cesado⁶. La Directiva engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral nacida antes de la fecha de la transmisión (STJUE de 7 febrero 1985, Asunto *Abels*⁷, C-135/83). Dicho de otro modo, se rechaza aplicar la Directiva a un supuesto de contrato temporal que vence antes de la transmisión, señalando que la falta de renovación del contrato por producirse la transmisión no vulnera la Directiva (ATJUE de 15 septiembre 2010, *Briot*, C-386/09).

También la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostiene que “para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente” (STS/4ª de 16 julio 2003, rcud. 2343/2002). Ciertamente, la realidad no oculta supuestos de concurrencia de fraude, en que la empresa saliente procede a extinguir los contratos para evitar el efecto de la transmisión en beneficio de la entrante. Así la jurisprudencia ha dejado abierta la vía, ciertamente flexible, del fraude de ley (STS/4ª/Pleno de 18 febrero 2014 -rec. 108/2013, caso *Sodeoil*-). Y es que, como sucedía en el caso, una extinción afectante a la totalidad de la plantilla seguida de una continuación de la actividad por un tercero no es sostenible (caso *Sodeoil*), al margen de supuestos extremos de empresas en crisis o inmersas en procedimiento concursal, en que más que de «continuación», cabe hablar de «reconstrucción» de la actividad (STS/4ª de 25 septiembre 2008, rcud. 2362/2007)⁸.

En la STJCE de 7 febrero 1985 -*Wendelboe*, C-19/83- se analizaba si la nueva empleadora debía asumir las deudas por vacaciones o indemnizaciones de quienes vieron extinguidos sus contratos con anterioridad a la transmisión. Para el TJUE, la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer normas por las que se transmitan al cesionario las obligaciones en materia de vacaciones retribuidas y de indemnización para con los trabajadores que no sean empleados de la empresa en el momento de la transmisión (véase también STJUE de 11 abril 2013, *Della Rocca*, C-290/12).

En el asunto *Piscarreta Ricardo*, el TJUE señala que, no sólo el concepto de trabajador es establecido por la ley nacional, sino que también es ésta la que debe determinar si la situación de excedencia del trabajador se configura como un supuesto de mantenimiento de la relación laboral.

Por último, en cuanto a los trabajadores afectados cuando la transmisión no comprende la totalidad de la empresa, se ha señalado que, en caso de transmisión de un centro de actividad, afectará a los trabajadores adscritos para desempeñar su función en ese centro (STJCE de 7 febrero 1985, *Botzen*, C-186/83; reiterada en STJCE de 12 noviembre 1992, *Rask y Christensen*, C-209/91). Ésa misma doctrina es la que se plasma en la solución alcanzada por el Tribunal Supremo en las STS/4ª de 9 de diciembre de 2014 (rcud. 109/2014) y 12 marzo 2015 (rcud. 1480/2014), antes mencionadas.

2.3. ¿Cómo determinar si ha habido sucesión o traspaso?

El concepto de traspaso fue controvertido desde el origen de la Directiva 77/187, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad⁹. Precisamente esa dificultad motivó la

⁶ En esa misma línea, la STS/4ª/Pleno de 27 abril 2016 (rec. 336/2015) señalaba que es necesario que el contrato de trabajo se encuentre en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio.

⁷ En esa fecha se dictaron las cuatro primeras sentencias del Tribunal de Luxemburgo sobre la materia.

⁸ Vid. GÓMEZ ABELLEIRA, FJ, Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude. *Revista de Información Laboral* 4/2015.

⁹ DO L 61 de 5.3.1977, p. 26.

modificación de la misma, siendo el texto vigente del art. 1 el que se incorporó con la Directiva 98/50, de 29 de junio, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

En el proceso de debate se puso de relieve el peligro que podría entrañar que se excluyera de dicho concepto las situaciones de subcontratación de actividades accesorias. La opinión del Comité Económico y Social¹⁰ alertaba de que en esos sectores se concentra un gran volumen de empleo femenino pudiendo producirse una situación de discriminación al privar a dichos colectivos de la protección de la Directiva.

Por lo que respecta a la legislación española, recordemos que la Ley 12/2001 introdujo cambios en el art. 44 ET que atendían a la cuestión del concepto de sucesión, al incluir en el apartado 2 del precepto la descripción del objeto de la transmisión. Es decir, si lo que se trasmite es lo que la ley indica, habrá sucesión. De este modo se recoge con precisión la misma regulación de la Directiva.

A la hora de abordar la existencia de transmisión o traspaso habrá que decantarse por aceptar la amplitud de la figura y la inclusión en ella de una gran variedad de negocios jurídicos. Así, el traspaso de una empresa o de un centro de actividad puede resultar de una cesión contractual o de una fusión. Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre los conceptos a los que éstas se refieren (STJCE de 7 febrero 1985, *Abels*, C-135/83), el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (STJCE de 19 mayo 1992, *Redmond Stichting*, C 29/91; y de 7 marzo 1996, *Merckx y Neuhuys*, C 171/94 y C 172/94).

Por consiguiente, la Directiva incluye todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa (STJCE de 15 junio 1988, *Bork*, C-101/87 y 10 diciembre 1998, *Hernández Vidal y otros*, C-127/96 y acum.). En suma, cubre cualquier cambio en la persona o posición del empresario (STJUE de 2 diciembre 1999, *Allen y otros*, C-234/98).

De esa forma, el Tribunal ha juzgado que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (véanse en particular las sentencias antes citadas *Redmond Stichting*, apartados 15 a 17; *Collino e Chiappero*, apartado 34, y UGT-FSP, apartado 25).

La transmisión mediante actos inter vivos puede operarse a través de cualquier negocio jurídico traslativo (de modo directo o indirecto): compraventa, arrendamiento de industria, adquisición en subasta pública, usufructo, traspaso, donación, reversión, fusión o absorción, transferencia de organismos públicos de uno a otro Ente, etc. Lo importante (más que la realidad jurídico-formal) es que prosiga la misma actividad empresarial, de modo que habrá subrogación, aunque formalmente se presente todo como si hubiere finalizado su actividad la vieja empresa y la nueva no tuviera nada que ver con ella (STJCE 10 mayo 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91; 11 marzo 1997, *Süzen*, C-13/95; y 14 septiembre 2000, *Collino e Chiappero*, C-343/98).

El Tribunal de la UE ha declarado también que la Directiva se aplica: 1) a la recuperación, por el propietario, de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento, a consecuencia de un incumplimiento del contrato de arrendamiento por el arrendatario de la industria (STJCE de 17 diciembre 1987, *Ny Mølle Kro*, C-287/86); 2) al arrendamiento de industria sobre un

Esta Directiva forma parte de un grupo de normas europeas relacionadas con la reestructuración de empresas. Además del traspaso, se contempla el despido colectivo (Directiva 75/129) y la situación de insolvencia (Directiva 80/98).

¹⁰ DO C 133/14

restaurante, la rescisión del contrato de arrendamiento y la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento de industria con un nuevo cesionario (STJCE de 10 febrero 1988, *Tellerup*, - «*Daddy's Dance Hall*»- C-324/86); 3) a la cesión de un bar-discoteca en virtud de un contrato de venta a plazos y a la retrocesión de dicha empresa por la resolución del contrato por decisión judicial, sin que importe si se ha transmitido o no la propiedad (STJCE de 5 mayo 1988, *Berg*, C-144/87 y 145/87 – recordada en STJCE de 12 noviembre 1992, *Rask y Christensen*, C-209/91); 4) a una situación en la que, después de la denuncia de la terminación o de la resolución de un contrato de arrendamiento, el propietario de la empresa se hace cargo de ella de nuevo, para venderla ulteriormente a un tercero, quien prosigue su explotación, interrumpida desde la terminación del contrato de arrendamiento, poco tiempo después, con algo más de la mitad del personal que estaba empleado en la empresa por el arrendatario anterior, a condición de que la empresa en cuestión conserve su identidad (STJCE de 15 junio 1988, *Bork*, C-101/87); 5) a una transmisión entre dos sociedades de un mismo grupo que tengan los mismos propietarios, la misma dirección, las mismas instalaciones y que trabajen en la misma obra. Así en la STJCE de 2 diciembre 1999, *Allen*, C-234/98 se aplicaba la Directiva a una situación en la cual una sociedad perteneciente a un grupo decide subcontratar con otra sociedad del mismo grupo trabajos de perforación de minas, siempre que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos sociedades.

Es más, no es necesario que exista vínculo contractual directo entre cedente y cesionario. La STJCE de 10 mayo 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, declaró que la Directiva se aplica a una situación en la que una autoridad pública (un ayuntamiento en aquel caso) decide poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica (la fundación *Redmond Stichting*, dedicada a la atención de toxicómanos), provocando con ello el cese completo y definitivo de su actividades –al ser la subvención su única fuente de recursos-, para transferir dichas subvenciones a otra persona jurídica que persigue un fin análogo.

Lo recuerda el TJUE en la sentencia de 19 octubre 2017, *Securitas*, C-200/16, al afirmar que “...*la inexistencia de 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*”.

Es al juez nacional a quien corresponde evaluar, en cada caso y de forma global, las circunstancias concurrentes. La importancia que debe atribuirse a esa variedad de criterios que determinan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 está necesariamente relacionada con la actividad ejercida, o incluso con 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. Así, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal (STJUE de 26 noviembre 2015, *Aira Pascual*, C-509/14). La circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre a la entidad que rescata el servicio, carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23.

El ámbito de aplicación de esa Directiva abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales. Ya en la STJUE *Abler y otros*, C-340/01 se declaraba que ya había declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase también *CLECE*, C-463/09).

La STS/4ª/Pleno de 27 enero 2015 (rec. 15/2014), negó la concurrencia de sucesión de empresas en un cambio de adjudicataria del servicio de “contact centre” por considerar que la nueva empresa aporta elementos materiales relevante para el desarrollo del servicio (la nueva contratista aporta sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su Know how). Para el Tribunal Supremo lo importante no era el coste de las inversiones en medios materiales de la entrante, sino la necesidad de los mismos. En suma, si lo transmitido no basta para la continuación de la actividad, no existirá transmisión de empresa. Lo cierto es que la doctrina jurisprudencial española ha venido señalando que la sucesión de empresa requiere la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permite la continuidad de la actividad empresarial; por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados (STS/4ª de 16 julio 2003).

3. LA SUCESIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS: CONTRATAS Y SECTORES EN QUE LA ACTIVIDAD DESCANSA FUNDAMENTALMENTE EN LA MANO DE OBRA.

3.1. La aplicación de la sucesión en estos casos

En un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. Así sucede, por ejemplo, con el servicio de limpieza, como en las STJCE 10 diciembre 1998, *Sánchez Hidalgo y otros* (C-173/96), así como la *Hernández Vidal* de la misma fecha, y la STJUE de 20 enero 2011, *CLECE* (C-463/09). Tal doctrina queda reiterada en la STJCE de 24 enero 2002, *Temco*; así como en la STJCE de 20 noviembre 2003, *Abler/Sodexho*.

Tras haber seguido una línea opuesta, la STS/4ª de 20 octubre 2004 (rcud. 4424/2003) aceptó esa doctrina, la cual ha sido ya seguida a partir de entonces por la jurisprudencia española.

Ello nos obliga a precisar si un grupo de trabajadores es suficientemente autónomo. Pues bien, en el contexto de la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, el concepto de autonomía se refiere a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (tal es caso de la STJUE de 29 julio 2010, *UGT-FSP*, C-151/09). Si bien es cierto que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resulta afectada por la circunstancia de que el empresario imponga obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerza así una influencia amplia en las actividades de éste, es preciso no obstante que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios (STJUE de 10 diciembre 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, C-173/96).

El número de trabajadores que han pasado a incorporarse a la nueva plantilla, tiene que ser significativo, de modo que no es necesario acudir a un criterio estrictamente numérico y mayoritario; pero si lo que existe es la transmisión de una unidad productiva resulta indiferente el número de empleados inicialmente asumidos por el nuevo empresario.

Sirve de ejemplo la STJCE de 19 septiembre 1995, *Rygaard*, C-48/94, donde se observa que el hecho de que una empresa prosiga, hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra empresa y se haga cargo de dos aprendices y un empleado que ya habían trabajado en la obra y del material que se encontraba en ésta no constituye una transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad en el sentido

del apartado 1 del art. 1 de la Directiva, y ello porque la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable.

El criterio ha tenido acogida en las STS/4ª de 28 febrero, 5 de marzo y 9 abril 2013 (rcud. 542/2012, 3984/2011 y 1435/2012, respectivamente), 9 de diciembre de 2014 (rcud. 109/2014) y 12 marzo 2015 (rcud. 1480/2014), que consideran sucesión de empresa el cambio de contrata del servicio auxiliar de un centro comercial, dado que la entrante asumió voluntariamente a tres de los ocho trabajadores de la saliente.

A sensu contrario, cuando la actividad no descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, se habrá de exigir que haya transmisión de elementos patrimoniales y, en tal caso, la mera contratación de la plantilla no provocará la exigibilidad de las garantías de la Directiva (STJCE de 25 enero 2001, *Liikenne*).

Ahora bien, en la STJUE de 15 diciembre 2005, *Guney-Görres y Demir*, C-232/04 y C-233/04, se señala que la transmisión de los elementos de explotación no es, sin embargo, más que un aspecto parcial de la evaluación de conjunto que debe efectuar el juez nacional al examinar la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de dicha disposición. En tal caso se trataba de un cambio de adjudicataria del servicio de control de pasajeros del aeropuerto de Dusseldorf, en que la nueva contratista había contratado solo a una parte de la plantilla y el servicio se seguía prestando con los equipos puestos por el Estado.

3.2. Reversión de contrata

En los últimos tiempos los tribunales españoles vienen asistiendo a un incremento de litigiosidad al plantearse el problema de definir si existe o no sucesión cuando no existe un cambio en la adjudicataria de la contrata, sino que, al poner fin a la misma, la empresa principal o comitente internaliza la actividad, asumiendo la misma (rescate o reversión). Ver asuntos del Ayuntamiento de Sada (STS/4ª/Pleno de 27 abril 2016 –rcud. 329/2015, 336/2015 y 335/2015-).

Para el Tribunal Supremo no hay reversión –y, por tanto, no es posible plantearse la cuestión de la sucesión empresarial- cuando la Administración no mantiene viva la actividad. Así, la STS/4ª de 17 noviembre 2014 (cas. 79/2014) niega que existiera tal reversión al cesar la Escuela municipal de música del Ayuntamiento de Valladolid tras cesar la adjudicataria y entregar las llaves del local con todo su mobiliario e instrumental al Ayuntamiento. Ni hubo continuación de la actividad, ni había obligación de hacerlo porque no se trataba de un servicio esencial que debiera prestar el Ayuntamiento con arreglo al art. 26 de la Ley de Bases de Régimen Local. Las Conclusiones del Abogado General de 6 diciembre 2017, presentadas en el asunto Colino Sigüenza (C-472/2016) abordan esta cuestión al tratar la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León precisamente en relación a esa misma empresa y Ayuntamiento.

En caso de rescate de la actividad, podemos encontrarnos con varias situaciones:

a) La reversión de la actividad exclusivamente: En tal caso, siguiendo los criterios de delimitación de la sucesión de empresas, el primero de los supuestos estaría fuera del marco del art. 44 ET, mientras que el segundo caso se integraría en el ámbito de la sucesión de empresas.

b) La reversión de la actividad y los medios para su ejecución – sean éstos materiales o personales-: La continuación de la actividad no es elemento decisivo si no va acompañada de otros elementos determinantes de la sucesión empresarial. Tal es el caso de la situación resuelta por la STS/4ª de 17 junio 2011 (rcud. 2855/2010), afectante a la limpieza viaria del Ayuntamiento de Yunquera de Henares, que el TS resuelve en el mismo sentido que la STJUE de 20 enero 2011 (Asunto *Clece*). Asimismo, se pronuncia la STS/4ª de 9 febrero 2016 (rcud. 400/2014), para el caso del mantenimiento de los institutos de enseñanza del Gobierno de Canarias, dado que la Consejería pasó a desarrollar el mismo con su propio personal al finalizar la contrata. En la misma línea, la STS/4ª de 16 junio 2016 (rcud. 2390/2014) entiende que no hay sucesión en un supuesto de reversión a la Administración autonómica canaria del servicio de mantenimiento de centros escolares, no acompañada de transmisión de los medios materiales ni de los recursos humanos precisos para la realización de tal actividad, que la Administración

continúa realizando tras la extinción de la contrata, con los trabajadores de su plantilla y empleando a tal fin sus propios útiles, herramientas y demás recursos materiales.

En la primera de estas sentencias del Tribunal Supremo (17 junio 2011) se recuerda, además, que la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo no desnaturaliza ni amplía su ámbito funcional al asumir esa actividad. Tal asunción no la convierte en una empresa dedicada a la limpieza de edificios y locales (STS/4ª de 10 diciembre 2008). Y es que en un supuesto como éste se planteaba la cuestión de la aplicabilidad del convenio colectivo del sector, en el que se contiene una cláusula de subrogación para el caso de sucesión de contratas. El TS niega que el convenio sectorial sea aplicable al Ayuntamiento, no solo por la no coincidencia de la actividad, sino porque, además, la regla convencional se aplica a la sucesión de contratas y no a la reversión de la misma, porque en tal caso no hay una empresa que asuma una nueva contrata.

La cuestión del sometimiento de la Administración comitente a los convenios colectivos del sector de actividad objeto de la externalización fue abordada por las STS/4ª/Pleno de 19 y 21 de mayo 2015 (cas. 358/2014 y 91/2014, respectivamente), en relación con el servicio de restauración de la Palacio de Congresos de Madrid – titularidad de la Administración Estatal- y de la cafetería de la Intervención General del Estado, respecto de los cuales se predicaba la obligación para la Administración de someterse al IV Acuerdo Laboral Estatal del Sector de Hostelería que impone la subrogación en caso de reversión, aunque no haya transmisión de medios materiales. El TS sostuvo en ambos casos que la Administración no había sido parte en esa negociación colectiva y, además, tal imperativa subrogación supondría automatizar la incorporación de personal al sector público.

Por el contrario, las STS/4ª de 26 de enero y 11 de junio de 2012 (rcud. 917/2011 y 1886/2011, respectivamente), aplicando la misma doctrina, deben declarar la existencia de sucesión por parte del Ayuntamiento de Membrio, ya que, al rescatar el servicio de cuidado en el centro residencial geriátrico, contrata a los mismos cuidadores, por más que intentara hacerlo mediante la apariencia de una novación contractual de duración limitada en el tiempo.

c) La reversión de la actividad y de los medios que ya eran propios de la administración comitente: El tema de la reversión de la contrata cuando los medios materiales esenciales ya eran de titularidad de la comitente es, precisamente, el objeto de la STJUE 26 noviembre 2015 (C-509/14, *Aira Pascual*), a la que ya se ha hecho referencia.

3.3. La subrogación por imposición del convenio colectivo

Una de las cuestiones que mayores debates viene suscitando en nuestro país es la relativa a la consideración que haya de darse a los supuestos de subrogación empresarial impuesta por los convenios colectivos, situación que se produce en particular en relación con la sucesión de contratas.

El problema arranca de la consideración de que la contrata (como la concesión administrativa) no puede ser entendida como unidad organizativa autónoma a los efectos del art. 44 ET; salvo que se entregue a la empresa contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación (así lo ha reiterado la Sala IV del TS). En línea con lo que ha señalado el TJUE, solo habría sucesión si con la contrata se transmiten elementos que permitan aplicar el concepto antes analizado (incluida la sucesión de plantilla, si es ésta la relevante para la actividad). De no darse tal transmisión, no cabrá exigir la aplicación de las garantías de la Directiva, expresadas en nuestro art. 44 ET.

Precisamente por ello algunos convenios colectivos buscan garantizar la continuidad en el empleo incluyendo cláusulas de subrogación obligatoria para los casos de sucesión de contrata. El Tribunal Supremo ha avalado la idea de que la finalidad de estas normas convencionales es favorecer la continuidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, con independencia de la finalización del encargo por la empresa saliente y la asunción del mismo por la entrante (STS/4ª de 27 abril 2016 -rcud. 329/2015-).

En tales casos, la subrogación surge al hilo de una obligación impuesta por el convenio lo que hace dudar sobre la operatividad del mandato del art. 44 ET, y lleva a afirmar que no estaríamos ante un negocio jurídico voluntariamente celebrado entre la empresa entrante y la saliente.

Pues bien, en tales supuestos, los requisitos y el alcance de la subrogación serán los que delimite el propio convenio colectivo que la impone. La jurisprudencia señala que la contrata no es en sí misma una unidad productiva autónoma y que la asunción de trabajadores adscritos a la misma se produce aquí por venir impuesta por el convenio colectivo. Se niega que estemos ante un caso de sucesión de plantillas porque para ello habría de constar la voluntariedad en esa asunción, lo que no es posible debido precisamente a la norma del convenio y es este marco normativo – el del convenio- el que define y delimita el alcance de las obligaciones, así como los requisitos para que las mismas sean exigibles (STS/4ª de 21 septiembre 2012 –rcud. 2247/2011-). En suma, no hay sucesión de plantillas, sino que la empresa acaba subrogándose en los contratos de trabajo de quienes, estando asignados a la contrata, reúnen los requisitos que el convenio fija para que la entrante mantenga el vínculo laboral (STS/4ª de 24 julio 2013 –rcud. 3228/2012-). De algún modo se produce un fenómeno de sucesión a posteriori, esto es, tras haberse aceptado la obligada subrogación por mor del convenio. De ahí que la jurisprudencia haya aceptado que quepa excluir de la obligación de subrogación a aquellos trabajadores que no alcancen el periodo mínimo de permanencia en la contrata que el convenio fije.

Así lo ha indicado la doctrina jurisprudencial con ocasión de analizar el convenio colectivo de empresas de seguridad en el que, pese a imponerse la subrogación, se establece de forma expresa una exoneración de la empresa entrante respecto de las deudas salariales de la saliente (STS/4ª/Pleno de 7 abril 2016 –rcud. 2269/2014-¹¹ y 3 de mayo de 2016 –rcud. 3165/2016 -). Lo mismo se ha suscitado respecto del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales (STS/4ª de 10 mayo 2016 –rcud. 2957/2014-; 1, 6 y 25 julio 2017 –rcud. 460/2014, 1669/2016 y 2239/2016, respectivamente-; y 20 diciembre 2017 –rcud.335/2016-). Se trataba, por tanto, de la aplicabilidad o no de la solidaridad establecida en el art. 44.3 ET, que nuestro ordenamiento jurídico incorpora dentro del margen que el art. 3.1 de la Directiva otorga a los Estados Miembros

El debate que puede suscitarse a la luz de esta doctrina está pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión (*Somoza Hermo*, C-60/17) a raíz de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante Auto de 30 diciembre 2016, en el que se pregunta si se aplica el art.1.1 de la Directiva 2001/23/CE “*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 trabajo del sector de seguridad*”; y, en caso de respuesta afirmativa, si, habida cuenta que la legislación española ha hecho uso del art. 3.1 de la misma, es conforme con el citado art. 3.1 de la Directiva “*una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuanto 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*”.

Finalmente, respecto de esta cuestión de la aplicabilidad a ultranza de lo dispuesto en el art. 44.3 ET, el art. 130.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha venido a introducir un nuevo margen para la duda al disponer que las deudas no se transmiten a la empresa entrante en el caso de contratas en dicho sector.

¹¹ NORES TORRES, L.E. Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016). Revista de Información Laboral num. 9/2016

Un ejemplo particular de los problemas surgidos en torno al alcance la obligación de subrogación impuesta por convenio colectivo se suscita al hilo de la participación en el mercado de la prestación de servicios a través de contrataciones de los centros especiales de empleo. La aplicación a dichos centros especiales de empleo del convenio colectivo cuyo ámbito es de la actividad – ej.: limpieza de edificios y locales (STS/4ª de 18 diciembre 2012 –rcud.414/2012-), sector de aparcamientos y garajes (STS/4ª de 10 febrero 2014 –rcud. 93/2013-)– habrá de comportar, lógicamente, que las cláusulas que imponen y regulan la subrogación de la empresa entrante en los contratos laborales de la saliente deban ser respetadas también en estos casos, con independencia de las particulares características de los CEE.

Conviene recordar que, en virtud del art. 2. 1 g) ET, la relación laboral de los trabajadores discapacitados en los centros especiales de empleo está calificada como relación laboral de carácter especial y, en desarrollo de dicho precepto, está regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio.

En este contrato de trabajo de naturaleza especial el objeto es el trabajo productivo y remunerado del trabajador discapacitado, siempre que éste tenga reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33% y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje (art. 2.1 RD 1368/1985).

La reglamentación de esta relación laboral especial se detiene en señalar que el trabajo o actividad a desarrollar por el trabajador debe ser el adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo, así se desprende del art. 6.1 RD 1368/1985.

Asimismo, entre las especificidades de la relación laboral especial destaca la de la naturaleza del empleador, que debe ser imperativamente un “Centro Especial de Empleo”, figura que está definida en el art. 45 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹²; así como en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, que Regula los Centros Especiales de Empleo de minusválidos. En el art. 1 del citado RD 2273/1985, se establece que los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal. Finalmente, los centros especiales de empleo exigen una calificación administrativa previa y la inscripción en el registro correspondiente (art. 7 del RD 2273/1985).

A la hora de determinar si debe imponerse el convenio colectivo de la actividad, se ha partido de la doctrina jurisprudencial según la cual es el criterio funcional el que determina la aplicación de la norma convencional de la actividad que efectivamente realizan los trabajadores. Es precisamente la actividad llevada a cabo por la empresa la que conduce a aplicar la disposición convencional de dicha actividad. Ello supone la activación, en todo caso, de las reglas convencionales sobre subrogación establecidas en tal convenio a cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión. Y tal régimen no excluye tampoco a los centros especiales de empleo en la medida que éstos se dediquen a dicha actividad y concurran a la obtención de la contrata en cuestión.

Lo cierto es que en estos casos el mantenimiento de esa doctrina sobre el principio de funcionalidad obliga al análisis de algunos aspectos particulares que, a la vez, aconsejan un examen de la cuestión desde dos perspectivas fácticas posibles: a) la subrogación del centro especial de empleo en los contratos de trabajo de la empresa saliente que no tiene esa condición;

¹² Con anterioridad, art. 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos

o, b) la subrogación de la empresa entrante en los contratos de trabajo de la saliente cuando ésta es un centro especial de empleo.

En el primer caso, el centro especial de empleo que decide concurrir a la obtención de la contrata habrá de subrogarse en los contratos de los trabajadores de la empresa saliente, aunque éstos no tengan la condición de personas con discapacidad. El Tribunal Supremo ha entendido que, aun cuando el fin primordial del centro especial de empleo sea la integración de las personas con discapacidad, nada impide que pueda decidir acudir a la contratación y que tal subrogación “*entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas*” (STS/4ª de 21 octubre 2010 -rcud. 806/2010-, 4 octubre 2011 -rcud. 4595/2010-, 7 febrero 2012 -rcud. 1096/2011-, 11 junio 2012 -rcud. 1886/2011- y 4 octubre 2012 -rcud. 3163/2011-).

En el segundo caso, esto es, cuando es el centro especial de empleo el que cesa en la contrata y la empresa entrante no tiene esa condición, la Sala IV del Tribunal Supremo ha utilizado la misma argumentación (STS/4ª de 10 octubre 2012 -rcud. 3803/2011- y 18 diciembre 2012 -rcud. 414/2012-). Los argumentos que se ofrecen para tal solución se constriñen a las siguientes justificaciones:

- a) La relación laboral especial regulada en el RD 1368/1985 se refiere a la que se desarrolla en el centro especial de empleo, lo que exige que se de esa prestación de servicios con el cumplimiento de tal requisito locativo (STS/4ª de 10 febrero 2014 -rcud. 93/2013-).
- b) En la práctica, durante la vigencia de la contrata, los trabajadores con discapacidad ya estaban prestando servicios en las instalaciones de la empresa cliente, que debería considerarse un centro de trabajo “común”.

Para el Tribunal Supremo la obligación de subrogación que recaerá en este caso sobre la empresa entrante, que deberá asumir a los trabajadores discapacitados del centro especial de empleo –como empresa saliente- sirve, precisamente para satisfacer la finalidad de integración establecida en el preámbulo del RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. De este modo se garantiza, a la vez, el principio de la igualdad de trato del art. 37 de la propia Ley 13/1982.

3.4. Sucesión de contratatas y pliegos de condiciones

Respecto del alcance al obligación de subrogación por cambio en la contrata cuando se trata de licitaciones en el sector público, el Tribunal Supremo ha sostenido que la obligación de subrogación que se incorpora al pliego de condiciones por parte de la Administración pública contratante sólo puede surgir de la ley o del convenio, de modo que el que el pleito incorpore tal condicen solo puede entenderse como el cumplimiento de la obligación de información por parte de dicha administración que saca a concurso la contrata, como se desprende del antes mencionado art. 130.1 Ley 9/2017 STS/4ª de 12 diciembre 2017 (rcud. 668/2016).