

# Inexistencia de sucesión de empresa cuando el servicio contratado revierte a la empresa principal con sus propios medios y personal

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*Se consolida la tesis jurisprudencial en virtud de la cual no existe sucesión empresarial cuando una empresa decide revertir la prestación de servicios subcontratada para desarrollarla con personal propio. Ante dos posibles opciones, la de considerar que lo que realmente interesa para imponer la subrogación es la sucesión en la prestación de servicios o entender que, en tales supuestos, no existe transmisión alguna de los elementos productivos sustanciales para el desarrollo de la actividad empresarial, prevalece esta última.*

1. En los últimos años, como consecuencia de la crisis y especialmente en el sector público, se sucede la reversión de los servicios descentralizados para ser dispensados con personal propio. Ante tal realidad caben dos opciones interpretativas, teniendo en cuenta que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores dispone la obligación de subrogarse en las relaciones laborales cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Por una parte, puede considerarse que no se producen, en tales supuestos, la transmisión de los elementos productivos sustanciales para el desarrollo de la actividad empresarial. No existe transmisión del conjunto sustancial de elementos productivos que permita observar la actividad como unidad organizada autónoma y susceptible, sin complemento, de desarrollo independiente. Tampoco se aprecia continuidad en la organización del trabajo de

las personas que atienden el servicio en tanto no se efectúa la contratación de trabajadores *ad hoc*, sino que la principal organiza el servicio con medios personales propios. Pero, en contra de esta tesis, cabría afirmar que sí se produce sucesión de empresas, por cuanto lo realmente relevante es la sucesión en la prestación del servicio.

El Tribunal Supremo parece haber optado por la primera de las tesis expuestas (en este mismo año, STS de 9 de febrero del 2016, Ar. 1197), criterio que ha consolidado recientemente en su Sentencia de 12 de julio del 2016 (Ar. 3391) en relación con un centro de enseñanza con servicio de comedor descentralizado tanto en lo que respecta al *catering* como a la atención del alumnado mediante dos monitoras. Al finalizar la contrata, la empresa comunica al centro de enseñanza la obligación de asumir los contratos de las dos trabajadoras, a lo que se opone el citado centro manifestando su interés por prestar el servicio con personal propio y con la colaboración de las madres del alumnado.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La decisión, no obstante, se justifica con una serie de matices. En primer lugar, que no se trata de una sucesión empresarial imputada por el Convenio Colectivo aplicable. En segundo término, que no se cumplen ninguno de los requisitos contenidos en el artículo 44.1 y 44.2 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 1.1a y b de la Directiva 2001/23 desde el momento en que la transmisión no afecta a una entidad económica que mantenga su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria», cuando quien revierte el servicio no se hace cargo de activos materiales ni inmateriales de la empresa saliente. Y, en tercer lugar, que no se produce sucesión de plantilla en los términos acuñados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, así, aunque se trate de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, en un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, y que a los efectos de la directiva podría ser considerada como una entidad económica, si no existe asunción de trabajadores, no se produce tal sucesión.

2. Estas decisiones jurisprudenciales, y en concreto la última señalada, se fundamentan básicamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero del 2011 (as. C-463/09, *Clece*). En dicho pronunciamiento se aborda la asunción del servicio subcontratado por una entidad pública con su propio personal sin aceptar ningún trabajador de la empresa saliente.

En virtud de dicha sentencia, para determinar si la entidad económica mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación, 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 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 y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera tales elementos como aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (STJUE de 20 de noviembre del 2003, as. C-340/01, *Abler y otros*). De hecho, una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos. Y, así, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial —en términos de número y de competencias— del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (STJUE de 24 de enero del 2002, as. C-51/00, *Temco*).

No obstante, y si bien es cierto que una actividad puede descansar básicamente sobre la mano de obra a efectos de la determinación de la sucesión empresarial, también lo es que esta última exija que la entidad económica mantenga su identidad aun después de la operación. De ahí que, si la empresa principal (normalmente, una entidad pública) decide contratar personal nuevo sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa, el único vínculo entre las actividades ejercidas por la empresa de servicios y las asumidas por la entidad pública será el objeto de la actividad de que se trata. Mas, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por la empresa

y la ejercida por la entidad pública sean similares o incluso idénticas, no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica (STSJUE de 10 de diciembre, ass. C-127/96, C-229/96 y C-74/97, as. *Hernández Vidal y otros*, y STJUE de 10 de diciembre de 1998, ass. C-173/96 y 247/96, ass. *Hidalgo y otros*). Por ello procede concluir que la identidad de una entidad económica que descansa esencialmente en la mano de obra no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla y que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera reversión a la entidad pública de la actividad antes subcontratada no basta por sí misma para imponer la subrogación empresarial.

3. La sentencia es importante porque reafirma, en supuestos como el descrito, que el elemento determinante para aplicar o no la sucesión empresarial es el hecho de que la empresa no se hace cargo del personal de la contratista, trabajadores estos que, en su caso, deberán ser despedidos por esta última sin asumir responsabilidad alguna la principal. Y, además, porque se añade a otros pronunciamientos emitidos en este mismo año en los que también se descarta la subrogación cuando revierte el servicio en la principal (entidad o Administración Pública),

ésta lo efectúa con personal propio y meses después decide subcontratarlo de nuevo (dado que esto supondría que la nueva contratista debería subrogarse en el personal propio del sector público).

Pero conviene advertir algunos matices de interés. Uno, la necesidad de comprobar si se aprecian los rasgos esenciales del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (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 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 y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades). Otro, que no se trate de una sucesión empresarial impuesta por el Convenio Colectivo aplicable. Y, por último, que no se produzca sucesión de plantilla toda vez que, aunque se trate de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y que a los efectos de la normativa europea podría ser considerada como una entidad económica, si no existe asunción de trabajadores, no se producirá tal sucesión.