



Sucesión de contratistas y conservación del empleo

«Si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie»

Giuseppe Tomasi di Lampedusa, *El gatopardo*, 1958

Son muy diversas y profundas las tensiones a las que se ve sometido el aparato de soluciones normativas sobre el cual está construido el ordenamiento laboral, así como los objetivos de política del Derecho que a través de él se busca alcanzar, como consecuencia del estallido de la empresa tradicional y su sustitución por una diversidad de fórmulas de cooperación entre organizaciones del trabajo independientes unas de las otras para el desarrollo de unos procesos productivos cuya unidad sustancial, sin embargo, no se ha visto afectada. Entre ellas, una de las de mayor relevancia –y seguramente de más ardua solución– es la que experimenta la necesidad de promover, en consonancia con explícitos valores constitucionales, la continuidad de las relaciones de trabajo al tener que ser proyectada sobre un contexto económico y productivo completamente nuevo, marcado por la fragmentación organizativa, la diversidad subjetiva y la falta de estabilidad de los vínculos interempresariales.

¿Cómo evitar que, bajo tales condiciones, el mercado de trabajo termine por verse envuelto en un paralelo proceso de desestructuración, marcado por una cada vez más intensa falta de estabilidad de las relaciones laborales que en su seno se cobijan, con los consiguientes efectos adversos, tantas veces puestos de manifiesto, no solo para la estabilidad social y las trayectorias vitales de los individuos, sino para la propia eficacia de nuestro sistema productivo?

Seguramente no existe otra, ni mejor manera, cuando se trata de trabajadores que desarrollan tareas que se integran dentro de procesos productivos de mayor alcance, como ocurre con cada vez mayor frecuencia, que vinculando la permanencia de sus contratos de trabajo a la de dichos procesos. Este es, sin embargo, un resultado sumamente difícil de conseguir. Para alcanzarlo no basta,

aunque pueda representar un paso importante, con establecer una conexión directa entre el tipo contractual a emplear en estos casos y la naturaleza de las necesidades productivas que por su intermedio se busca atender. Y exigir, por tanto, la celebración de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, y en vez de uno de duración determinada, cada vez que esas necesidades no puedan ser consideradas temporales desde el punto de vista sustancial. Con abstracción, en consecuencia, de la duración que puedan haber asignado a sus relaciones el empresario para el que esos trabajadores prestan servicios y aquél al que este sirve, así como las vicisitudes que estas puedan experimentar. Como hubo ocasión de destacar en una precedente columna de Opinión dedicada al tema en esta misma sede, la imposición de esta exigencia, más próxima sin duda a la garantía que entre nosotros merece el principio de estabilidad en el empleo que la de autorizar la celebración de un contrato de duración determinada cuando los vínculos entre empresarios que enlazan sus actividades tengan, como es habitual, carácter temporal, no es capaz de asegurar de manera plena esa continuidad, toda vez que incluso en estos casos la relación de trabajo termina por verse a su extinción, bien que rodeada de mayores garantías y compensaciones, cada vez que el empresario auxiliar para el que prestan servicios los trabajadores deje, por las razones que fuere, incluida la terminación de la contrata, de encargarse de la ejecución de la actividad. A una segura extinción por finalización de la obra o el servicio contratado se termina, de tal modo, por oponer una, a fin de cuentas también previsible, terminación del vínculo por razones objetivas.

De allí que en estas situaciones sea preciso, como se dejó dicho igualmente entonces, prestar atención, al lado de las cuestiones relativas a la determinación del tipo contractual, a la singular problemática planteada por la

sucesión entre empresarios, por lo general contratistas o concesionarios, en el desarrollo de una actividad integrada dentro de un proceso productivo de mayor alcance, con el objeto de plantearse la conveniencia de proyectar sobre ellas la garantía de continuidad de las relaciones de trabajo mediante la construcción de fórmulas que eviten que el relevo de un empresario por otro se produzca con una completa sustitución del personal inicialmente dedicado a la actividad por nuevos trabajadores. Como puede ser, en particular, la imposición al empresario entrante de la carga de incorporar a su plantilla a los trabajadores del saliente a los efectos de llevar a cabo la actividad contratada.

El caso es que, a despecho de esta necesidad, no existe hoy, al menos dentro del ordenamiento laboral español, mecanismo jurídico alguno que asegure el traspaso del personal del empresario que cesa en la ejecución de una actividad a aquel que se hará a cargo de ella a continuación. El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuya aplicación podría ser reclamada debido al rol asegurador de la continuidad de los contratos de trabajo en los supuestos de transmisión de la fuente que les da origen que se le atribuye, exige para desplegar sus efectos, como es sobradamente conocido, que esa continuidad venga acompañada del traspaso «de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». Sin que, por tanto, pueda tener lugar cuando está ante «una mera sucesión temporal de actividades sin entrega del mínimo soporte patrimonial» necesario para su realización, como se ha encargado de aclarar el Tribunal Supremo en infinidad de pronunciamientos.

Como es fácil de advertir, esta exigencia constituye una cautela elemental frente a los traspasos de actividades de propósito puramente expulsivo, mediante los cuales puede pretenderse desplazar hacia entidades escasamente fiables el personal de organizaciones solventes y consolidadas. Su aplicación conduce, no obstante, a descartar la aplicación de la garantía a las hipótesis en que la sucesión se produce, no ya entre comitente y contratista, que es cuando ese riesgo resulta patente, sino entre contratistas. Su efecto no es entonces el de favorecer la estabilidad en el empleo de los trabajadores implicados, que haría aconsejable más bien su traspaso al nuevo contratista, sino a ponerla en cuestión, al mantenerlos en la plantilla del que dejará de atenderlas, pese a que este no se encuentra por lo general en condiciones de garantizar la continuidad de sus empleos al haber perdido su fuente de sustento.

Los efectos del juego del referido criterio revisten especial crudeza tratándose de algunas actividades, por lo demás particularmente idóneas para ser objeto de encargo a terceros, que no precisan para su puesta en práctica de activos relevantes susceptibles de ser trans-

feridos, sino solo de un conjunto organizado de personas. Los ejemplos pueden ser variados, ya que pueden abarcar, desde tareas simples de carácter complementario, como las de vigilancia o limpieza, hasta otras más complejas, del tipo de la gestión administrativa o la atención telefónica. En todos estos casos, la aplicación conforme a los criterios descritos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores conduce a dejar a quienes las desarrollan al margen de las garantías por él previstas, puesto que la posibilidad de que la sucesión entre contratistas venga acompañada del traspaso de elementos patrimoniales de importancia viene negada por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas, que no precisa de ellos.

Con todo, el Tribunal Supremo encontraría hace tiempo nada menos que tres vías, todas indirectas, para garantizar la aplicación a la sucesión de contratistas encargados de ese tipo de tareas un efecto en buena medida similar. Estas se vienen representadas por los supuestos en que, bien el pliego de condiciones de la contrata o concesión administrativa o bien el acuerdo entre los empresarios implicados prevén la obligación del nuevo contratista o concesionario de asumir al personal de su predecesor. Para el alto tribunal opera en estos casos una sucesión de carácter atípico, cuya exigibilidad no se deriva de la aplicación del artículo 44, sino de la fuerza de obligar de esos instrumentos. Y cuyos requisitos y efectos pueden ser modulados con entera libertad por estos, al no estar vinculada por el referido precepto, como se lee, entre muchas otras, en su sentencia de 20 de enero de 2002. A diferencia de la legal, sin embargo, esta sucesión *sui generis* no opera siempre de forma automática. Al menos tratándose de las cesiones de actividad pactadas entre empresarios, precisa del consentimiento de los trabajadores afectados, al constituir una novación subjetiva del contrato de trabajo, que no puede ser realizada sin la aceptación del acreedor, conforme se encargará de aclarar el propio tribunal, entre otras en su sentencia de 18 de septiembre de 2002. El resultado es, de tal forma, una suerte de solución de compromiso para el problema planteado por las sucesiones de contratas sin traspaso de activos relevantes, que garantiza la continuidad de los contratos de trabajo en los principales sectores dedicados a estas actividades, dentro de los cuales suelen existir convenios que la imponen. Pero que, a la vez, supedita ese efecto, cuando ha sido acordada al margen de la negociación colectiva, al consentimiento del trabajador, que puede así oponerse legítimamente a su traspaso. Una garantía de capital importancia para contener los encargos a terceros de puro propósito elusivo.

De hecho, al amparo de esta posibilidad la negociación colectiva se ha venido ocupando, y además desde antiguo, de asegurar la permanencia en el empleo de los trabajadores de las empresas dedicadas a estas actividades a través del diseño de supuestos singulares de subro-



gación o sucesión de empresa de naturaleza convencional. Estos se han caracterizado, no obstante, por su falta de homogeneidad, toda vez que, partiendo de la necesidad de evitar las extinciones, los convenios colectivos han optado por dar origen a regulaciones del supuesto de hecho y sus consecuencias no solo no coincidentes entre sí, sino divergentes en muchos aspectos de la ordenación general prevista por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. En particular en lo relativo a la responsabilidad del nuevo contratista por las obligaciones laborales del anterior, que no suele estar prevista. Como muestra de ello puede consultarse, entre otros, los convenios colectivos de los sectores de jardinería, empresas de seguridad, limpieza de edificios y locales, hostelería, transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, entrega domiciliaria, atención a personas dependientes e incluso *contact center*.

Con todo, mientras la apuntada era la situación en España, la jurisprudencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas evolucionaría en una dirección distinta a la hora de interpretar la Directiva 2001/23/CE, reguladora de las consecuencias laborales de los traslados de empresas, centros de actividad o partes de estos. En efecto, aun partiendo de observar también que «la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar la transmisión de una entidad económica» a los efectos de la aplicación de la Directiva, el órgano judicial comunitario pasaría a entender, a partir de su Sentencia de 11 marzo 1997 (Asunto *Súzen*), que «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», debe admitirse que «dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión», si el nuevo empresario «se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba específicamente a dicha tarea». La «sucesión de plantillas» pasa a convertirse, en virtud de ello, en el criterio determinante de la existencia de una transmisión de empresa en sectores como los indicados, de forma que esta tendrá lugar si continúa laborando para el nuevo empresario un grupo significativo de trabajadores. Y no en caso contrario. Esta peculiar sucesión puede tener lugar, por lo demás, no solo cuando se produzca de facto o mediando acuerdo entre empresarios, sino también si «el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista», siempre que se trate de «una parte esencial», como aclara la Sentencia de 24 de enero de 2002 (Asunto *Temco*). La asunción del personal del contratista anterior, realizada en cumplimiento del mandato de un convenio colectivo, constituye así, téngase este dato muy presente, un supuesto de sucesión incluido dentro de la normativa

comunitaria. Cosa que no ocurre respecto del régimen previsto por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores conforme a las decisiones del Tribunal Supremo.

A primera vista daría la impresión de que el criterio del tribunal comunitario resulta más amplio y tutelar, además de adaptado a la realidad, que el de nuestro máximo órgano judicial. Se trata, empero, de una construcción que, además de dejar abiertos flancos para la crítica, como se podrá apreciar inmediatamente, es capaz de tener efectos a fin de cuenta contraproducentes sobre los intereses del colectivo al que busca proteger. Esto es así en la medida en que deja en manos de los obligados a cumplir la norma la posibilidad de decidir su aplicación. Como se ha visto, en estos casos solo existe transmisión cuando el nuevo empresario asume al grueso de los efectivos del que lo precedió. Pero no si prescinde de ellos. Esto significa que lo que define la aplicación de la regulación comunicaría es, en última instancia, la voluntad del nuevo empresario de asumir los trabajadores del anterior. Y también que este efecto puede ser evitado simplemente no contratándolos. O, en todo caso, no incluyendo en el convenio colectivo regulador de la actividad una cláusula que prevea esa obligación.

Seguramente por ello, el Tribunal Supremo tardaría nada menos que un lustro en aplicar el criterio comunitario. Y lo haría, a través de su sentencia de 27 de octubre de 2004, a regañadientes y sin privarse de expresar las reservas que este le suscitaba. Así este indicará entonces que «difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa». En primer lugar porque, siendo el efecto de la transmisión la asunción del personal del cedente por el cesionario, no cabe «transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión». Pero, además, porque «si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma» la consecuencia más probable «no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y el establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger».

Precisamente, las dudas que suscita la pertinencia de la generalizada exigencia de las garantías previstas por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y en particular el régimen de responsabilidades a él asociada, que resulta adecuado tratándose de cambios en la titularidad de organizaciones productivas que vienen acompañados de la transmisión de activos relevantes, pero que se adapta peor a los supuestos de sucesión entre empresas cuya actividad reposa más sobre la mano de obra que sobre elementos de contenido patrimonial, ha determinado que la resistencia de nuestro máximo órgano judicial se haya desplazado con posterioridad a la negación

de su aplicación a los supuestos de transmisión de personal establecidos en convenio colectivo. La expresión más destacada de esta resistencia está representada por su sentencia de 7 de abril de 2016, expedida en unificación de doctrina, en la cual, ante un supuesto de sucesión de contratistas del sector de empresas de seguridad en el que el empresario entrante se hizo cargo de la plantilla del saliente por disponerlo el convenio colectivo aplicable, pero sin asumir responsabilidad alguna por las deudas salariales de su predecesor al exonerarlo de esta ese instrumento, se declaró la validez de esta solución por entender, de forma llamativa, al menos a la luz de los precedentes comunitarios, que se trataba de una sucesión que no respondía, ni al supuesto de transmisión de activos previsto por el Estatuto de los Trabajadores, ni al «de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata». En este último caso debido a que aquí «la sucesión de plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable». Posteriormente este criterio, cuya contraposición con explícitos precedentes comunitarios salta a la vista, sería ratificado, entre otras, por las sentencias del mismo tribunal de 3 y 10 de mayo, así como 22 de septiembre, de 2016, referidas a los convenios colectivos de otros sectores de actividad.

No cabe duda que la muy superior trascendencia económica que es capaz de asumir la inclusión de cláusulas garantizadoras de la continuidad de las relaciones de trabajo en los convenios colectivos en caso de decidirse, como terminará por ocurrir, bien por aplicación directa de la doctrina comunitaria o bien debido al planteamiento de una cuestión prejudicial por un órgano inferior, su pleno sometimiento a las condiciones previstas por el precepto estatutario, unida a la facilidad con la que es posible escapar a sus efectos, simplemente no regulando la materia o no configurando la asunción de la mayoría de los efectivos del empresario saliente como un deber del entrante, son capaces de someter la continuidad de esta clase de estipulaciones a una muy dura prueba. Que a partir de ello pueda producirse la total desaparición de estas cláusulas resulta poco probable, tanto porque existen muchos sectores en los que tienen una larga tradición, como porque la asunción por el nuevo empresario del personal del que lo antecedió constituye un mecanismo útil para el adecuado funcionamiento de muchas de estas actividades. Todo parece indicar, pues, que tales cláusulas se mantendrán al menos esos sectores, bien que con una redacción más escueta al haber perdido la capacidad de incidir sobre el régimen de la sucesión. Más difícil será, en cambio, que pervivan en actividades distintas de las tradicionales o se extiendan otras nuevas, como las emergentes por efecto del cambio tecnológico y productivo.

Lo hasta aquí apuntado nos alerta sobre la conveniencia de abrir un debate en torno a la conveniencia –o más bien la necesidad– de construir una solución *ad hoc* a nivel legislativo para los cambios en la titularidad de las contrata y concesiones administrativas que sea capaz de contemplar de forma equilibrada los distintos intereses en juego y poner fin a la precariedad e indefinición en las que se debate actualmente su régimen jurídico. Para ello probablemente la opción más plausible se encuentre representada, como se ha propuesto hace tiempo a nivel doctrinal, por la introducción dentro del propio artículo 44 de una regulación específica de la sucesión de contratistas y concesionarios por medio de la cual, partiendo de la necesidad de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados, se prevea la posibilidad de modular, preferentemente a través de la autonomía colectiva, el alcance de las cargas a imponer entonces a los empresarios afectados en atención a la singular naturaleza de esta clase de actividades y el peculiar tipo de sucesión que en ellas se produce. Márgenes suficientes existen si se tiene en cuenta el carácter de norma más favorable que dicho artículo posee respecto de la Directiva 2001/23/CE en varios de sus aspectos más emblemáticos.

Es más, para ello no sería indispensable que el legislador hiciese suyo el criterio de la sucesión de plantillas, de cuya problemática aplicación y efectos potencialmente contraproducentes se ha dado cuenta. Frente a esta posibilidad resultaría seguramente más conveniente abandonar ese criterio a favor de la consideración de los traspasos de actividad en sí mismos como circunstancia desencadenante de la sucesión del nuevo prestador del servicio en la posición patronal del anterior. El hecho de que lo relevante sea aquí la transmisión de la prestación, que constituye el capital principal y la razón de ser de la empresa, debería conducir, así pues, no solo a prescindir del requisito de la transferencia de activos, sino a considerar la asunción de la plantilla del empresario saliente como una consecuencia, en vez de un presupuesto, para la aplicación de la normativa sucesoria. Esta previsión podría venir acompañada de la atribución a los convenios colectivos, a los que se habría liberado antes del cometido –y la responsabilidad– de decidir la existencia o no de la sucesión, de capacidad para disponer de algunas de las garantías previstas con carácter general por la normativa estatutaria. Entre ellas, particularmente del deber del empresario entrante de asumir integralmente las deudas laborales del saliente.

Quedaría de tal forma configurado un régimen especial para esta clase de sucesiones que, huyendo de las soluciones extremas pero de dudosa sostenibilidad, se situaría en condiciones de contemplar, equilibrada y razonablemente, los distintos intereses en juego. De alcanzar, en suma, como se ha propuesto, un equilibrio, difícil pero necesario, entre la forzosa rigidez de las garantías confe-



ridas a los trabajadores en lo relativo a la permanencia de sus empleos y la también exigible flexibilidad empresarial respecto de las consecuencias patrimoniales de la transmisión. Pese a las grandes dificultades que conlleva, la estabilidad de las relaciones de trabajo de todas las personas que participan en la ejecución de un mismo proceso de producción, y no solo la de aquellas que realizan tareas

de núcleo para la entidad que se sitúan al frente de él, en consonancia con el nuevo rostro adquirido en la última etapa por las actividades empresariales, se encontraría de tal modo en aptitud de ser garantizada.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
Subdirector