

## CONSECUENCIAS APLICATIVAS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE SUCESIÓN DE EMPRESA

**Ricardo P. Ron Latas**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de A Coruña.  
Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

### RESUMEN:

Las consecuencias de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de sucesión de empresa. En especial, en ciertos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. En estos casos, 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 un conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable.

**Palabras clave:** Sucesión de empresa-Empresario-Trabajadores-Contratista-Despido.

### ABSTRACT:

The legal consequences of the implementation of the Judgments by the Court of Justice of the European Union about the transfer of business. In particular, in certain sectors in which activities are based essentially on manpower. In these cases, a group of workers engaged in a joint activity on a permanent basis may constitute an economic entity. It must be recognised that such an entity is capable of maintaining its identity after it has been transferred where the new employer does not merely pursue the activity in question but also takes over a major part, in terms of their numbers and skills, of the employees specially assigned by his predecessor to that task. In those circumstances, the new employer takes

over an organised body of assets enabling him to carry on the activities or certain activities of the transferor undertaking on a regular basis.

**Keywords:** Transfer of business-Employer-Employee-Contractor-Dismissal.

## ***Consecuencias aplicativas de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sucesión de empresa***

§ 1.- Antes de poner de manifiesto esas consecuencias, conviene situarlas en su contexto. Y ese contexto viene configurado, de un lado, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa 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, según el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, una empresa, un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma), y del otro, por las peculiaridades que presenta el ordenamiento jurídico español con relación a las contrataciones (o concesiones administraciones) de servicios (públicas o privadas), o lo que es igual, a las vulgarmente denominadas contrataciones de servicios (de limpieza, etc.), mediante las cuales un empresario (que puede ser tanto público como privado) adjudica la realización de una obra o un servicio a otro empleador, distinto del tercero que habitualmente lo venía prestando.

Y es que, en estas ocasiones, lo tradicional en nuestra jurisprudencia (siempre bajo la óptica del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) era que el empresario entrante quedara obligado a hacerse cargo de la plantilla del empresario saliente, pero sólo si así venía impuesto por el convenio colectivo del sector de la contrata<sup>1</sup>, o si (ahora en aplicación de lo dispuesto en el art. 44 del ET) ésta afectaba “a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, esto es, si lo que se transmitían eran elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal manera que no existía sucesión cuando lo que había era una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, puesto que toda actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que, como unidad organizada, sirva de sustrato a una actividad independiente.

§ 2.- Lo anterior (mejor, las consecuencias prácticas de la anterior doctrina) suponía, como es obvio, que en aquellos supuestos en los que lo único que se transmitía era la actividad, no existía sucesión de empresa. Y ello, aún el supuesto de que el empresario entrante decidiese contratar (aún sin encontrarse obligado a ello) a la totalidad (o a gran parte) de la plantilla del empresario saliente que venía prestando los servicios que ahora se transmiten, puesto que la noción que nuestros Tribunales Laborales tenían del supuesto normativo de la sucesión de empresa (que obliga, como se sabe, a mantener los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, incluso la complementaria, del anterior empresario) encajaba conceptualmente en el término “sucesión de empresa-organización”, excluyendo de esta manera la “sucesión de empresa-actividad”.

En estas condiciones, para apreciar la existencia de una sucesión de empresa se hacía necesario prestar atención a la consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integraban su normativa, lo que permitía a la jurisprudencia laboral afirmar

---

1 O incluso si así se pactaba en el pliego de condiciones.

que el supuesto de hecho de la misma estaba integrado por dos requisitos constitutivos. El primero de ellos era “*el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 ET)*”<sup>2</sup>; cambio de titularidad éste que podía haberse producido en virtud de “*un acto «inter vivos» de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario), o puede también haberse producido por la transmisión «mortis causa» de la empresa o de una parte significativa de la misma. Así se deduce de los términos del propio art. 44 ET, y de la cláusula «sin perjuicio» del art. 49.1, g) Estatuto de los Trabajadores*”<sup>3</sup>. Por su parte, el segundo requisito constitutivo del supuesto legal de sucesión de empresa era “*que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyen una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente. El art. 51.11 ET habla al respecto de elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial*”<sup>4</sup>.

En efecto, la tradición jurídica de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo venía exigiendo en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos (o requisitos subjetivo y objetivo) consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial. Así, el elemento fundamental para determinar si existía o no sucesión empresarial era “*el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio*”<sup>5</sup>.

Así se venía pronunciando igualmente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la que se venía distinguiendo desde antiguo entre sucesión de empresa-organización y sucesión de empresa-actividad, en los supuestos de transmisión de contratas. Para el alto Tribunal gallego, en efecto, “*en los supuestos de sucesión de contratas, la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista,*

---

2 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1997 (rec. núm. 300/1997).

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

5 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004 (rec. núm. 6432/2003). En efecto, “*Para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad*” (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 [rec. núm. 4614/2007]).

*aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando*<sup>6</sup>; y de ahí que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produjera, ello tenía que “*venir impuesto por norma sectorial eficaz ... o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista*”<sup>7</sup>, puesto que en cualquier otro caso sólo podrá producirse aquélla “*cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues de la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente*”<sup>8</sup>; es más, según la doctrina que sostenía el alto Tribunal gallego tampoco cabe apreciar la existencia de subrogación empresarial aun cuando “*la nueva adjudicataria del servicio ha contratado a casi todo el personal de la anterior concesionaria*”<sup>9</sup>.

De esta manera, en aquellas ocasiones en las cuales no se apreciaba la existencia de “*sucesión de empresa-organización*” —no existía transmisión de elementos patrimoniales—, sino que lo que se había traspasado era únicamente la actividad —la actividad desarrollada por la cedente y la cesionaria era idéntica—, ello descartaba la existencia de una sucesión de empresa *ex art. 44 ET*, al tratarse de un mero supuesto de sucesión de empresa-actividad.

§ 3.- Y así, en tales ocasiones, ante la inexistencia de un supuesto de sucesión de empresa, no resultaba extraño que el empresario entrante decidiese contratar a la totalidad o gran parte de la plantilla del empresario saliente, aún sin encontrarse obligado a ello. Como es obvio, en aquellos supuestos en los cuales se procedía a la contratación de la totalidad de los trabajadores que prestaban servicios en la actividad que se traspasaba, el empresario entrante no se subrogaba en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior conforme a lo dispuesto en el art. 44 ET. Pero es que, con arreglo a la doctrina judicial que expusimos, el empresario entrante que contratase sólo a una parte significativa de la plantilla tampoco venía obligado a ello, sin que los trabajadores que no fueron contratados pudiesen accionar (por despido) contra su extinción contractual con arreglo a lo dispuesto en el art. 44 ET, puesto que, al no tratarse en puridad de un supuesto de sucesión de empresa, el nuevo empresario no se encontraba con la obligación legal de proceder a su contratación.

§ 4.- Sin embargo, esos empresarios que contrataban sólo a una parte de la plantilla del empresario saliente deben tener presente al día de hoy que esa doctrina judicial ha cambiado. Y es que, como veremos seguidamente, en la actualidad, en todas aquellas

---

6 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de enero de 2003 (rec. núm. 5557/2002).

7 *Ibidem.*

8 *Ibidem.*

9 *Ibidem.*

ocasiones en las que el empresario entrante se ha hecho cargo de una parte esencial del personal que el empresario saliente venía utilizando en la actividad que se contrata, o lo que es igual, si nos encontramos ante un supuesto de “*sucesión de empresa-plantilla*” (o sucesión en la plantilla), a esos empleadores les resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 44 ET, de tal manera que aquellos trabajadores que hayan sido excluidos en la sucesión podrán demandarlos por despido, puesto que al haber contratado a una parte significativa de la plantilla se ha producido un supuesto legal de sucesión de empresa, con las consecuencias inherentes a tal declaración. Todo ello, como se verá enseguida, viene provocado por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y su necesaria asunción por los Tribunales Laborales españoles.

§ 5.- Y es que, al día de hoy, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aquellos supuestos en los cuales el empresario entrante se hace cargo de una parte significativa de la plantilla del empresario saliente, para estimar la existencia de una transmisión de empresa tratándose de una sucesión de contrata y aplicar, por tanto, el sistema de garantías del Estatuto de los Trabajadores, habrá “*que considerar si se trata de una contrata de obra o de servicio, y si, en este último supuesto, los elementos organizativos empresariales o factores de producción materiales o inmateriales se reducen o no a su mínima expresión cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra organizada (p. ej., limpieza)*”<sup>10</sup>.

Y siendo ello así, no quedará más remedio que admitir la existencia de transmisión (sucesión) de empresa cuando, junto con la actividad (la contrata), se ceden también los trabajadores adscritos a ella en cantidad y calidad suficiente de tal manera que se pueda concluir que “*se ha cedido una «actividad organizada», dado que, en estos casos, la empresa en cuanto «organización» se identifica fundamentalmente como la «actividad» llevada a cabo por los trabajadores, constituyendo el conjunto organizado de éstos, cuando están destinados de forma duradera a una actividad común, una entidad económica con propia identidad a falta de otros factores de producción. En definitiva, la ausencia de bienes materiales e inmateriales en la empresa no implica la total imposibilidad técnica de explotar una actividad económica, sobre todo en el sector servicios, existiendo por ello la posibilidad de una transmisión de empresa aunque no se transmitan elementos patrimoniales cuando, sencillamente, la actividad empresarial no los necesita y no los tiene*”<sup>11</sup>.

§ 6.- A este respecto, resulta un ejemplo clarificador de la jurisprudencia comunitaria recaída a propósito de la sucesión de empresa-actividad (o sucesión en la plantilla), la doctrina que se contiene en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 enero 2002<sup>12</sup>, según la cual “*para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular,*

---

10 CAVAS MARTÍNEZ, F., “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, en *Aranzadi Social*, nº. 22 (2005), p. 11.

11 *Ibidem*.

12 *Caso Temco Service Industries*.

*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 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, 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”.*

Y así, en aquellas ocasiones en las que lo que se transmite es únicamente una actividad (un servicio de conserjería, de limpieza, de vigilancia, etc.), para cuya realización no se precisa ni de una especial infraestructura ni de concretos medios materiales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>13</sup> mantiene su doctrina relativa a 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 actividad 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 competencia, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea, supuesto éste en el que 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”*, asegurando incluso<sup>14</sup> que *“en determinados sectores económicos ... estos elementos (del activo material o inmaterial) se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra; así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no están otros factores de producción”*<sup>15</sup>.

Así, por ejemplo, en un supuesto como el de la transmisión de un servicio de conserjería o de limpieza de una empresa que se dedica a la actividad financiera (v.g., un banco o un caja de ahorros), parece que en él se darán los presupuestos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para concluir la existencia de una sucesión empresarial,

---

13 En concreto, en su sentencia de 11 de marzo de 1997 (*Asunto A. Süzen*).

14 En sus sentencias de 10 de diciembre de 1998 (*Asuntos acumulados Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo*).

15 En efecto, *“en aquellos 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, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad”* (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 [rec. núm. 4614/2007]).

siempre y cuando el empresario entrante se haga cargo de una parte significativa de la plantilla, puesto que tales servicios resultan ser actividades basadas esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exigen básicamente la presencia de los trabajadores, sin necesidad de instalaciones o equipos. Y bajo estas circunstancias, la transmisión de más de la mitad de la plantilla de la empresa saliente, imprescindible para la prestación del servicio, resultará bastante para caracterizar la transmisión del servicio de conserjería o de limpieza como una sucesión de empresa.

§ 7.- Como antes se indicó, se trata de una doctrina que ha acabado asumiendo —necesariamente— como propia el Tribunal Supremo, aunque con reparos, tal y como se desprende de su sentencia de fecha 3 de junio de 2005<sup>16</sup>, en la que, “*después de reconocer que la doctrina del T.J.C.E. vincula a los órganos judiciales españoles y de acatar la doctrina sobre la sucesión de plantillas*”, se pone de relieve que “*difícilmente a juicio de esta Sala, puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento*”. Así, para el Tribunal Supremo la primera dificultad consiste en que “*el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión*”. En realidad, según el alto Tribunal, la incorporación total o parcial de la plantilla que se produce en estos casos “*nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad*”. Pero precisamente estas garantías (continúa el Tribunal Supremo) se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y si “*se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma -que no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino*

---

16 Rec. núm. 1822/2004. Ya con anterioridad una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 (repertorio aranzadi 7341), recordaba que “*Esta Sala en su sentencia de 20 de octubre de 2004, recurso 4424/03, después de reconocer que la doctrina del T.J.C.E. vincula a los órganos judiciales españoles y de acatar la doctrina sobre la sucesión de plantillas, ponía de relieve las dudas que podía producir la vinculación del criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en supuestos como los de autos, como ya ocurrió en el caso del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes ( sent. 9 de marzo de 1999 [ RJ 1999, 2119 ] ) y como sucedió también con la doctrina de la denominada «sucesión en la actividad», que, acogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de abril de 1994 ( TJCE 1994, 54 ) ( asunto Schmitd ) y 7 de marzo de 1996 ( TJCE 1996, 41 ) ( asunto Merckx ), fue luego revisada en la sentencia Sützen ya citada, reservas similares que también suscitan ahora el criterio que se conoce como «sucesión en la plantilla» y que hasta el momento se ha venido afirmando en las sentencias citadas en el fundamento anterior y en la sentencia Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998 ( TJCE 1998, 309 )*”.

*la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social-, la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger”.*

La segunda dificultad que advierte el Tribunal Supremo en la doctrina de la sucesión en la plantilla se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. En principio, la subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo, pero esta “*garantía se invierte cuando, sin que exista ese soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los “intangibles” que hacen posible su actividad, se sostiene que basta un acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, para que los contratos de trabajo suscritos con el primero se transmitan al segundo*”. Y de acuerdo con la teoría general de las obligaciones “*este cambio no es posible sin el consentimiento del trabajador, pues en la relación laboral empresario y trabajador son a la vez deudor y acreedor de salario y de trabajo, y el cambio de empresario (deudor de salario) sólo puede realizarse con el consentimiento del trabajador (acreedor de salario y de las restantes prestaciones a cargo del empresario), como dice claramente el artículo 1205 del Código Civil*”. Esta norma general (garantía esencial para los trabajadores de mantener su vinculación a una empresa sólida y solvente) sólo tiene la excepción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero “*precisamente en este caso no se rompe la garantía porque la subrogación de los contratos sigue a la transmisión de la empresa o de la unidad productiva correspondiente*”. De este modo, aceptar la mera transferencia de la plantilla como una sucesión de empresa es “*alterar la significación de la garantía contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en la Directiva 77/187 ... y deteriorar gravemente las garantías de los trabajadores. Como ya dijo la Sala en su sentencia de 22 de enero de 1990, una mera cesión de los contratos de trabajo no es una sucesión de empresa y afirmar lo contrario pone en crisis todo el sistema de protección del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*”<sup>17</sup>.

**§ 8.-** En conclusión, en todos aquellos supuestos de mera sucesión de actividad o, en lo que aquí nos interesa, cuando se trate de una sucesión de contratos en las que no

---

17 Acaba el Tribunal Supremo afirmando que “*las consideraciones anteriores muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en las Directivas comunitarias, con independencia de que esta Sala deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria ... Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real*”.

se produce la entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para su realización (que, por otra parte, resulta innecesario), la subrogación empresarial se dará sólo si así se pacta expresamente, o también, si el contratista entrante se hace cargo de una parte esencial (en términos de número y de competencia) del personal que la empresa saliente venía utilizando para cumplir el objeto de la contrata<sup>18</sup>. Y es justamente la consecuencia (normativa) que se deriva de todo ello (la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente) la que provoca las odiosas consecuencias que dan título a este escrito (y que ya anticipó la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se acaba de exponer), puesto que, a la vista de la doctrina que sostienen los tribunales laborales en los supuestos de sucesión de contratas, al empresario entrante le quedarían tres opciones: 1ª) contratar a todos los trabajadores de la empresa saliente, 2ª) hacerse cargo sólo de una parte no significativa de la plantilla, y 3ª) no contratar a ningún empleado de los que venían prestando servicios en la contrata.

Sea como fuere, lo cierto es que, a la vista de la inconcreto de los términos en los que se expresa la doctrina del alto Tribunal Europeo (“*parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal*”), lo más probable es que el contratista entrante acabe desechando la segunda de esas tres opciones, adoptando así conductas extremas con relación a esos trabajadores: o los contrato a todos, o no contrato a ninguno; lo cual, en palabras del Tribunal Supremo, supone “*paradójicamente [que] basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario*”.

---

18 En efecto, para el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas “*puede bastar, en determinadas circunstancias, con que el nuevo adjudicatario de la contrata se haya hecho cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que su antecesor destinaba especialmente a la ejecución de su contrata*”, (sentencia *Süzen*, fundamento 19), y por ello han afirmado que la entidad económica “*puede mantener su identidad aún 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 en dicha tarea*”, (sentencias, *Süzen* fundamento 21, *Hernández Vidal* fundamento 32, *Sánchez Hidalgo* fundamento 32, *Allen* fundamento 29, *Liikenne* fundamento 38, y *Temco* fundamento 26)” (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008 [rec. núm. 3617/2006]), si bien, esta doctrina y criterios no pueden ser aplicables en aquellos casos en los que se trate de una mera decisión unilateral de una parte, que ha sido impugnada por un gran número de trabajadores, ya que en tales casos “*la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real*” (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008 [rec. núm. 3617/2006]).