

En la sucesión de contratas los trabajadores tienen derecho a ser subrogados por la contratista entrante, aunque la saliente hubiere aplicado un despido colectivo inmediatamente antes de la efectividad de la transmisión

21/08/2025

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 05/03/2025

Nº de Recurso: 4728/2023

Nº de Resolución: 174/2025

Procedimiento: Auto de aclaración

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 174/2025

En Madrid, a 5 de marzo de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^ª Maribel, D.^ª Cecilia y D. Romualdo representados y asistidos por el letrado D. José Podadera Valenzuela, contra la sentencia n.º1401/2023 dictada el 12 de septiembre por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-sede en Málaga-, en el recurso de suplicación núm. 1021/2023, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, de fecha 11 de julio de 2022, autos núm. 57/2022, que resolvió la demanda sobre despido interpuesta por los trabajadores recurrentes frente a las empresas Sando, Salzillo y Mundo UTE Caminito del Rey, UTE Bobastro 2000, S.L. - Hermanos Campano, S.L.

Han comparecido en concepto de recurridos las empresas Construcciones Sánchez Domínguez Sando S.A., Salzillo Servicios Integrales S.L.U. y Mundo Management S.A., UTE Caminito del Rey representadas y asistidas por el letrado D. Francisco José Villanueva García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 11 de julio de 2022 el Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

“1.º D.ª Maribel, con DNI NUM000, D.ª Cecilia, con DNI NUM001, y D. Romualdo, con DNI NUM002, han prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa Bobastro 2000, S.L.-Hermanos Campano S.L. UTE(CIF U-93467439), con la categoría profesional de Aux. O y C Ser, percibiendo un salario diario bruto de 49,32€ incluida la prorratea de pagas extraordinarias y una antigüedad desde el 26 de mayo de 2016 -D.ª Maribel -,desde el 26 de marzo de 2019 -D.ª Cecilia - y desde el 1 de junio de 2021 -D. Romualdo -.

2º UTE Bobastro 2000, S.L.-Hermanos Campano S.L. era la adjudicataria de la explotación de la concesión de uso del Caminito del Rey y los actores estaban ocupados en este servicio.

3º Las adjudicatarias han sido las siguientes: Hermanos Campano, S.L: desde marzo de 2015 hasta enero de 2016; Construcciones Sánchez Domínguez, S.A. -Sando-: desde enero de 2016 hasta abril de 2016; Bobastro2000 S.L.-Hermanos Campano, S.L. UTE: desde abril de 2016 hasta diciembre de 2021; y, Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salcillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey): desde diciembre de 2021.

4.º Las relaciones laborales finalizaron el 15 de diciembre de 2021 tras recibir las comunicaciones obrantes a los folios 7 a 14 de las actuaciones. La UTE Bobastro 2000, S.L.-Hermanos Campano S.L. llevó a efecto un despido colectivo por cese definitivo de la actividad. Esta entidad abonó a los actores las siguientes cantidades en concepto de indemnización por despido: 5.506,85 € a D.ª Maribel; 2.712,33 € a D.ª Cecilia; y, 575,34 € a D. Romualdo.

5.º El Caminito del Rey es un bien de dominio público que está ubicado en el Paraje Natural Desfiladero de los Gaitanes en los términos municipales de Ardales, Álora y Antequera, con gran valor medioambiental y cultural que está constituido por un camino pasarela de 3.139 metros de longitud. Las cláusulas administrativas para la concesión demanial de uso del Caminito del Rey, expte. NUM003, obra a los folios 60 a 86. La concesión fue adjudicada a Bobastro 2000 S.L.-Hermanos Campano, S.L. UTE formalizándose la misma el 13 de abril de 2016 -folios 87 a 102-.

6.º En diciembre de 2021 Bobastro 2000 S.L.-Hermanos Campano, S.L. UTE contaba con 25 trabajadores los cuales constan en el informe de vida laboral obrante al folio 103 de las actuaciones. La UTE Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salcillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey) desde que se hizo cargo del servicio ha dado de alta a 29 trabajadores, de los cuales 14 habían prestado servicios para la anterior concesionaria-folio 596-.

7.º La UTE Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salcillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey) al hacerse cargo de la concesión el 17 de diciembre de 2021 contrató a 11trabajadores que prestaron servicios para la anterior concesionaria hasta el 15 de diciembre de 2021; en fechas posteriores (5 de enero de 2022, 27 de enero de 2022 y 27 abril de 2022) contrató a 3 trabajadores más de la anterior concesionaria -folio 596-.

8º Por el Pleno de la Diputación Provincial, en sesión de fecha 21 de abril de 2021, se acordó la adjudicación mediante procedimiento restringido el contrato de concesión del servicio "El Caminito del Rey, su centro de recepción y aparcamiento", Expte. NUM004, a la UTE Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.- Salcillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey).

9.º Por la entidad Bobastro 2000 S.L.-Hermanos Campano, S.L. UTE se interpuso recurso especial en materia de contratación que fue resuelto en sentido desestimatorio mediante resolución de 5 de noviembre de 2021del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía -folios 142 a 152-.

10º El 12 de noviembre de 2021 Bobastro 2000 S.L.-Hermanos Campano, S.L. UTE comunicó al delegado de personal la intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo ante la pérdida de la concesión

del uso del Caminito del Rey; el 15 de noviembre de 2021 comunicó el inicio del periodo de consultas acompañando memoria explicativa del expediente de regulación de empleo -folios 107 a 142-; el 16 de noviembre de 2021 se extendió acta final con acuerdo entre el representante de la UTE y el delegado de personal -folio 154 a 156-.

11.º El 30 de noviembre de 2021 se entregaron las comunicaciones individuales de despido a los trabajadores fijando como fecha de efectos el 15 de diciembre de 2021; en esta fecha los demandantes fueron dados de baja en la Seguridad Social -folios 224 a 246-.

12.º La UTE Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salcillo Servidos Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey) adquirió a la anterior adjudicataria, Bobastro 2000 SL.- Hermanos Campano, S.L. UTE, diverso material utilizado en la prestación del servicio de concesión del Caminito del Rey, habiéndose extendido facturas en fechas 7 de febrero de 2022 y 7 de marzo de 2022 -folios 296 a 299-.

13.º El contrato administrativo, el pliego de cláusulas administrativas particulares, el pliego de prescripciones técnicas y anexos de la concesión de servicios "El caminito del Rey su centro de recepción y aparcamiento", expte. NUM004, obra a folios 313 a 595.

14.º No han ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.

15.º Las papeletas de conciliación se presentaron el 17 de enero de 2022, celebrándose el acto el 1 de febrero de 2022 con el resultado de sin avenencia. La demanda se presentó el 18 de enero de 2022."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"1.º.- Que debo absolver y absuelvo a UTE Bobastro 2000, S.L.- Hermanos Campano, S.L. de las pretensiones deducidas en su contra.

2.º.- Que estimando la presente demanda, califico como improcedentes los despidos objeto de este proceso y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la empresa Sando Zalzilla y Mundo UTE Caminito del Rey a que readmita a D.ª Maribel, a D.ª Cecilia y a D. Romualdo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien y a su elección, a que les abone una indemnización de 9.087,21 € a D.ª Maribel, de 4.475,79 € a D.ª Cecilia y de 949,41 € a D. Romualdo.

Dicha opción deberá ejercitarse en el término de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario haya optado, se entenderá que procede la readmisión.

3.º.- En caso de optar por la readmisión, la empresa deberá de abonar al actor los salarios que no haya percibido, a razón de 49,32 € diarios, hasta la fecha de notificación de esta sentencia"

SEGUNDO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las empresas Construcciones Sánchez Domínguez Sando, S.A., Salcillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE Caminito del Rey y por los trabajadores D.ª Maribel, D.ª Cecilia y D. Romualdo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Málaga-, la cual dictó sentencia en fecha 12 de septiembre de 2023, en la que consta el siguiente fallo:

"I.- Se estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por CONSTRUCCIONES SÁNCHEZDOMÍNGUEZ SANDO, S.A., SALCILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., y MUNDO MANAGEMENT, S.A., UTECAMINITO DEL REY, y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Málaga, de 11 de julio de 2022, dictada en el proceso número 57/2022, y, en consecuencia:

Se desestima la demanda formulada por DOÑA Maribel, DOÑA Cecilia y DON Romualdo, y se absuelve a CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO, S.A., SALCILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., y MUNDOMANAGEMENT, S.A., UTE CAMINITO DEL REY, y a UTE BOBASTRO 2000, S.L., HERMANOS CAMPANO, S.L., de las peticiones efectuadas en su contra.

II.- Devuélvase a CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO, S.A., SALCILLO SERVICIOS INTEGRALES,S.L.U., y MUNDO MANAGEMENTE, S.A., UTE CAMINITO DEL REY, la cantidad importe de la condena consignada y el depósito para recurrir, una vez firme la sentencia.

III.- Se desestima el motivo de oposición formulado por CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO,S.A., SALCILLO SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., y MUNDO MANAGEMENTE, S.A., UTE CAMINITO DEL REY, contra el recurso de suplicación interpuesto contra la referida sentencia por DOÑA Maribel, DOÑA Cecilia y DON Romualdo

IV.- Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Maribel, DOÑA Cecilia y DON Romualdo contra la referida sentencia.

V.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina antela Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.”

TERCERO.-Por la representación letrada de los actores se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de junio de 2015,rec. suplicación 729/2015 para el primer motivo del recurso y la dictada por la Sala de lo Social del TS de 17de mayo de 2016, rcud. 3037/2014.

CUARTO.-Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la representación letrada de los recurridos se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.-Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de marzo de 2025, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina. La primera de ellas, determinar si nueva empresa adjudicataria de la contrata debe de subrogase en los demandantes, teniendo en cuenta que la empresa adjudicataria anterior para la que venían prestando sus servicios había aplicado un despido colectivo por causas productivas consistentes en la pérdida de la contrata, que afectaba a la totalidad de la plantilla y que finalizó con acuerdo suscrito con el único delegado de personal. La segunda de las cuestiones consiste en determinar si el despido de los actores debe ser calificado como nulo porque la nueva empresa adjudicataria debería haber tramitado un despido colectivo.

2.-La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, estimó la demanda y, tras declararla nulidad de los despidos condenó a la empresa entrante a que, a su opción, readmitiese a los actores o les indemnizase en la cantidad prevista legalmente. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Andalucía -sede de Málaga- sólo estimó parcialmente el recurso de la empresa y, revocando la sentencia de instancia, desestimó íntegramente la demanda.

Consta que actores habían venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa "Bobastro2000, S.L.- Hermanos Campano S.L. UTE" que era la adjudicataria de la explotación de la concesión de uso del Caminito del Rey y los actores estaban ocupados en este servicio. Las adjudicatarias han sido las siguientes: Hermanos Campano, S.L: desde marzo de 2015 hasta enero de

2016; Construcciones Sánchez Domínguez, S.A. -Sando-: desde enero de 2016 hasta abril de 2016; Bobastro 2000 S.L.- Hermanos Campano, S.L. UTE[empresa saliente]: desde abril de 2016 hasta diciembre de 2021; y, Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salzillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey) [empresa entrante]: desde diciembre de 2021.

Las relaciones laborales finalizaron el 15 de diciembre de 2021 porque la UTE Bobastro 2000, S.L.- Hermanos Campano S.L. llevó a efecto un despido colectivo por cese definitivo de la actividad. La UTE Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salzillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey) al hacerse cargo de la concesión el 17 de diciembre de 2021 contrató a 11 trabajadores que prestaron servicios para la anterior concesionaria hasta el 15 de diciembre de 2021; en fechas posteriores (5 de enero de 2022, 27 de enero de 2022 y 27 abril de 2022) contrató a 3 trabajadores más de la anterior concesionaria a UTE Construcciones Sánchez Domínguez, S.A.-Salzillo Servicios Integrales, S.L.U. y Mundo Management, S.A. UTE (UTE Caminito del Rey) adquirió a la anterior adjudicataria, Bobastro 2000 S.L.-Hermanos Campano, S.L. UTE, diverso material utilizado en la prestación del servicio de concesión del Caminito del Rey, habiéndose extendido facturas en fechas 7 de febrero de 2022 y 7 de marzo de 2022.

Como se adelantó, la sentencia de instancia había estimado en parte la demanda de los trabajadores y, entendiendo que se había producido una sucesión de empresa, declaró improcedente la decisión de la nueva adjudicataria de no subrogar a dichos trabajadores, condenándola a soportar los efectos de tal calificación, y absolviendo a la otra codemandada por ello. Al efecto entendió que la extinción derivada del despido efectuado por los actores era improcedente por contravenir el artículo 44 ET y la Directiva sobre traspaso de empresas.

La sentencia recurrida resolvió que la tesis de la sentencia de instancia solo sería viable si se estuviese ante una pretendida subrogación de la cedente y una negativa de la cesionaria, pero no tiene validez cuando, previamente a esa supuesta subrogación, la empresa saliente había tomado una decisión de naturaleza indiscutiblemente extintiva, como lo fue, en este caso el despido derivado de un despido colectivo por causas organizativas, singularmente, por pérdida de la explotación que se le fue adjudicada en su día, según rezan la cartas entregadas.

3.-Recorre la parte actora en casación para la unificación de doctrina planteando dos motivos de recurso: el primero, relativo, a la obligación de la empresa adjudicataria de la contrata de subrogase en los demandantes, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 44.1 ET y artículo 3 Directiva 2001/23/CE y del artículo 124.13 LRJS, en relación con el artículo 51.1 ET. El segundo de los motivos se refiere a la necesidad de que la no subrogación de los actores sea calificada como despido nulo. Al efecto, denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 124.13 LRJS, con relación al artículo 51.1 ET.

El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de que debe ser desestimado por falta de contradicción en sus dos motivos y, subsidiariamente, debería ser desestimado el primero de los motivos, lo que haría innecesario el examen del segundo.

SEGUNDO.- 1.-Para acreditar la contradicción en el primero de los motivos del recurso, las actoras recurrentes invocan la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía - sede de Málaga- de 18 de junio de 2015, Rec. Sup. 729/2015. En ella, los actores prestaban sus servicios para la entidad Continental Parking SL, que suscribió con Aena un contrato de ejecución del servicio de gestión de aparcamientos del Aeropuerto de Málaga. En fecha 09.12.2013 la entidad Continental Parkings, S.L. remitió misiva a los demandantes comunicando que a partir del próximo día 15.01.2014 su relación laboral quedará subrogada con la nueva empresa adjudicataria. En fecha 14.11.2013 la entidad Saba Aparcaments, S.A dirige misiva a la entidad Continental Parking, S.L comunicando que es la nueva adjudicataria del servicio de Gestión Integral del Aeropuerto de Aena Lote II, en el que se encuentra el Aparcamiento de Málaga, iniciando el trámite de subrogación previsto en el Convenio colectivo General de Aparcamientos y Garajes. Tras intercambio de comunicaciones entre ambas

empresas, mediante carta datada el 10.01.2014 y recibida por Continental el 13.01.2014, la empresa Saba comunica que, en cuanto a los actores, no son personal subrogable por no realizarse el servicio de grúas por parte de Saba Aparcamientos. En fecha 14.01.2014 la entidad Continental Parking S.L. remite carta a cada uno de los actores en la que se les comunicaba la extinción de su contrato de trabajo por amortización de su puesto de trabajo.

La sentencia de instancia declaró la válida extinción de la relación laboral, frente a dicha resolución la parte actora interpuso recurso de suplicación.

La sentencia aquí traída como referencial estimó el recurso por considerar que resultaba completamente irrelevante frente a la obligación de subrogación empresarial de los trabajadores el que la empresa saliente del servicio decidiera extinguir unilateralmente el vínculo laboral con los mismos, invocando en sustento de ello el mero hecho del cese en la prestación del servicio y la subrogación de la nueva adjudicataria del servicio o bien que decidiera articular tal extinción por vía del despido por causas objetivas. El hecho que motiva el cese, en uno y otro caso, es el mismo y consiste en dejar de prestar la actividad objeto de la contrata por adjudicación de la misma a otra entidad, y por ello la manera en que la empresa articule el mismo deviene completamente inocua frente al derecho de los trabajadores a ser subrogados por la nueva adjudicataria del servicio. Por ello se estimó el recurso interpuesto y se declaró la existencia de despido improcedente.

2.-Concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS ya que, en mérito a hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han resuelto de forma diferente sosteniendo doctrinas distintas. En efecto, en ambos casos la contratista saliente, en vísperas de la transmisión de la contrata, procedió a despedir a los trabajadores afectos a la misma y que deberían haber sido subrogados por la entidad entrante. En la sentencia recurrida se procede a efectuar un despido colectivo y en la referencial, varios despidos objetivos. En las dos sentencias comparadas la obligación de la empresa entrante de subrogar a los actores era evidente: en la referencial por mandato del convenio aplicable; en la recurrida por efecto de la adquisición patrimonial y la posterior contratación de la mayoría de los trabajadores afectos a la contrata. En ambos casos los trabajadores reclamantes sostienen idéntica pretensión: la nulidad de las extinciones anteriores a la subrogación y la declaración de la obligación de la empresa adquirente de subrogarse en sus contratos; todo ello con fundamento en la aplicación del artículo 44 ET y la Directiva que el precepto estatutario traspone (Directiva 2011/23/CE, de 12 de marzo). Sin embargo, las sentencias han llegado a resultados distintos. La recurrida considera que la necesidad de subrogación exige que las relaciones laborales a subrogar estén vivas y considera que en el caso no lo están por haberse extinguido a través de un despido colectivo cuya causa era, solamente, la finalización de la contrata, despido que considera lícito. Sin embargo, la de contraste, entiende que la obligación de subrogación no queda enervada por el hecho de que los trabajadores a subrogar hubiesen vistos extinguidos sus contratos por despido objetivo cuya única causa era la finalización de la contrata.

El núcleo de la contradicción reside, por tanto, en determinar si la pérdida de una contrata es motivo suficiente para proceder a un despido por causas productivas y lo que provoca es la neutralización de la obligación de subrogación de la contratista entrante. Por ello, no desvirtúa la contradicción el dato de que en un caso la extinción se realice mediante despido colectivo con acuerdo y en el otro mediante despido objetivo. Tampoco afecta para apreciar la identidad sustancial el dato de que en un caso la subrogación venga impuesta por el convenio colectivo y en el otro se aprecie por la constatación de la transmisión de una unidad económica que, tras el cambio de titularidad, mantiene su identidad.

TERCERO.- 1.-El enjuiciamiento de la cuestión planteada exige poner de relieve que la empresa entrante, aquí recurrida, tenía obligación de subrogarse en los trabajadores adscritos a la contrata como elemento previo para decidir si, en el supuesto examinado, la previa extinción de los contratos de los actores podía constituir un elemento determinante que conllevara la exclusión de la obligación de subrogarse

para la empresa entrante, tal como sostiene la impugnación del recurso o, al contrario, el despido aludido era contrario a las disposiciones normativas que regulan la transmisión de empresa en nuestro ordenamiento jurídico y, consecuente no puede producir el efecto de impedir la subrogación, tal como sostiene la recurrente.

2.-La interpretación de la normativa - artículo 44 ET- ha de realizarse, tal como reiteradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea - Directiva 2001/23CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La STS de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/02), con cita de sentencias anteriores destacó que el supuesto de hecho del artículo 44 ET, al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g. ET, los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia norma española, actos "inter vivos" determinantes de una transmisión del objeto sobre el que versa (la empresa en su conjunto, un centro de trabajo, o una unidad productiva autónoma) por parte de un sujeto cedente, que es el empresario anterior, a un sujeto cesionario, que es el empresario sucesor. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte 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 accesorio (art. 1 b de la Directiva).

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (SSTJUE de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referir sea una entidad económica organizada de forma estable, infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

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 trate, 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 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 de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado).

En todo caso [STS 10-mayo-2013 (Rcud. 683/2012) entre otras], hay que tener presente que el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión de una persona a otra de la titularidad de una empresa o centro de trabajo, entendiendo por tal una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente. El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida continúe efectivamente o que luego se reanude.

3.-De la doctrina contenida en las sentencias citadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra -como ocurre en el caso examinado- 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 continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte "esencial" del personal del anterior empresario. (SSTJUE de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal y otros, de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00, Temco); de 29 de julio de 2010 (asunto C-151/09, FSP/UGT/Ayuntamiento La Línea); de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, Martín Valor), del servicio de ayuda a domicilio y vigilancia (de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-173/96 y 247/96, Sánchez Hidalgo y otros) o con la actividad de una ETT (de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-485/05, Mohamed Jouini). 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.

CUARTO.- 1.-Centrándonos en el núcleo de la cuestión que se somete a nuestra consideración, hay que comenzar reiterando que la normativa sobre transmisión de empresa (Directiva 2001/23/CE y artículo 44 ET) tiene por objeto la protección de los trabajadores en caso de cambio de empresario tras el traspaso de la empresa; indicando los derechos y obligaciones de los afectados por el traspaso. Se trata de impedir que los trabajadores transferidos se encuentren, a causa únicamente de esa transferencia, en peor situación que antes de ella y, claramente, busca mantener el empleo de los trabajadores en estas situaciones de transmisión de empresa, de modo que la propia norma europea indica que el traspaso no puede ser causa justificativa de ningún despido. Ello comporta que los trabajadores conservarán tanto sus derechos como sus obligaciones, según las disposiciones de su contrato o relación laboral, cuando se traspase la titularidad. El TJUE ha señalado que la Directiva pretende que los trabajadores transferidos tengan los mismos derechos que tenían antes de la transmisión en virtud de la normativa del estado miembro de que se trate (TJUE 10-2-98, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark C-324/86; reiterada en sentencia TJUE 12-11-92, Rask y Christensen, C-209/91). Asimismo, los derechos y obligaciones que conserva el trabajador son los generados por el contrato en vigor en el momento del traspaso, sin que deban tenerse en cuenta, a efectos de la Directiva, cualesquiera otros contratos anteriores (TJUE 24-6-21, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua C-550/19). La fecha del traspaso de obligaciones corresponde al momento preciso de la transmisión y no a la determinación libre de cedente o cesionario -que no pueden acordar que los efectos sean distintos a los de dicha fecha (TJUE 14-11-96, Rotsart de Hertaing C-307/94)-, ni tampoco de los trabajadores afectados (TJUE 25-7-91, D'Urso y otros, C-362/89; 26-5-05, Celtec C-478/03).

Las normas que regulan la transmisión de empresa que transponen la Directiva son imperativas, y las garantías que contienen no son disponibles ni por el cedente, ni por el cesionario, ni por los representantes de los trabajadores, ni siquiera por los propios trabajadores (TJUE 25-7-91, D'Urso y otros C-362/89; TJUE 4-12-95, Spano C-472/93; TJUE 12-3-98, Dethier Équipement C-319/94). Los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello, y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones (TJUE 14-11-96, Rotsart de Hertaing C-305/94).

2.-Como se avanzó, el traspaso de una empresa no puede constituir un motivo de despido, ni para el cedente, ni para el cesionario (art. 4.1 de la Directiva). Dicho de otro modo, la transmisión no puede extinguir por sí misma la relación laboral ni ser causa justificativa de despido (TJUE 10-2-88, Foreningen

af Arbejdsledere i Danmark C-324/86; 14-11-96, Rotsart de Hertaing C-305/94; y TJUE auto 15-9-10, Briot C-386/09). Ello no constituye obstáculo para que el despido se pueda producir por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo (art. 4 de la Directiva) (TJUE 11-6-09, Comisión/Italia C-561/07). No obstante, la Directiva exige que estas razones se invoquen respecto de los trabajadores que se van a despedir; por ello, no cabe que una normativa nacional prevea que el cesionario solo debe invocar razones técnicas, económicas u organizativas para elegir los trabajadores que quiere asumir en su plantilla (STJUE16-5-19, Plessers C-509/17). Sin embargo, esta posibilidad obliga a una exquisita acreditación de que, bien la cedente, bien la cesionaria -tras la transmisión-, se halla en situación de justificar un despido objetivo (art. 52 c del ET) o colectivo (art. 51 del ET) por las causas allí previstas, lo que no comprende, de ninguna manera, que el traspaso constituya causa adecuada para despedir para el cedente o el cesionario. Por tanto, la aceptación de la aplicabilidad de los artículos 52 c) y 51 ET se halla limitada por la absoluta exclusión de una causa que consiste, precisamente, en el hecho mismo de la transmisión o por la eventual concurrencia de una actitud fraudulenta por parte de la empresa que acuda al despido precisamente para eludir la obligación de mantenimiento de las relaciones laborales.

Así lo apreciamos en supuestos de despidos colectivos promovidos antes del cambio de titularidad para evitara la entidad entrante que hubiera de asumir los contratos en la serie de litigios relacionados con los Consorcios de Uniones Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico de Andalucía (UTEDLT) [STS de 14 de febrero de 2014, (Rec. 148/2013 y las que le siguieron) o en relación con la Agencia Valenciana de Movilidad(AVM): STS de 21 de mayo de 2014, Rec. 162/2013)].

3.-A tal efecto, aunque nuestra jurisprudencia viene declarando el carácter constitutivo del despido y que produce la extinción del contrato desde su fecha y ha interpretado que se trataría de una resolución contractual extrajudicial de suerte que la referida extinción del contrato se produce en el momento del despido, y no cuando se dicta la sentencia que resuelva sobre su calificación jurídica [SSTS de 27 de febrero de 2009(Rcud. 1715/2008); de 10 de junio de 2009 (Rcud. 3098/2007); de 17 de mayo de 2000 (Rcud. 1791/1999)y de 21 de octubre de 2004 (Rcud. 4966/2002); entre otras] de tal doctrina, como regla, no puede derivarse la interpretación de que el referido carácter constitutivo del despido genere la extinción automática de las acciones que el trabajador despedido tenga y pueda y deba ejercitar oportunamente para acreditar, en su caso, que no debía haber sido despedido sino que tenía derecho a continuar prestando servicios en otra empresa que por sucesión, subrogación convencional o por otras causas, estuviera obligada a subrogarse en los contratos laborales de la anterior. De entenderse lo contrario, sería muy fácil eludir la subrogación convencional en los supuestos de sucesión de contratas si la empresa saliente despide a un trabajador momentos antes de cesaren la contrata y el trabajador que tuviera derecho a ser subrogado por el mero hecho de estar despedido, expresa o tácitamente, ya no pudiera dirigir también la demanda de despido contra la empresa entrante y pretender la subrogación convencional.

4.-La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado conduce a la estimación de este motivo del recurso ya que la única causa de despido invocada en la extinción colectiva, llevada a cabo poco antes de la finalización de la contrata y materializada -por lo que a los actores se refiere- dos días antes de la entrada de la nueva empresa en la contrata, era la finalización del encargo por pérdida de la contrata a la que estaban adscritos los actores. Mediante tal expediente de regulación de empleo - pactado con el único delegado de personal de la empresa- y la posterior rescisión de los contratos de los trabajadores se truncó el efecto útil de la normativa protectora de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresa consistente en la continuidad de las relaciones de trabajo adscritas a la contrata a través del mecanismo de la extinción de los contratos -inmediatamente anterior a la transmisión- cuyo efecto no puede ser, en modo alguno, la neutralización de la obligación de subrogación impuesta legalmente; obligación que debe ser mantenida, declarando la responsabilidad de su incumplimiento a la empresa cesionaria.

QUINTO.- 1.-El segundo de los motivos del recurso plantea que el despido de los actores debe ser calificado como nulo porque la nueva empresa adjudicataria debería haber tramitado un despido colectivo. Al efecto invoca como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta: STS 430/2016 de 17 de mayo (Rcud.3037/2014). En ella, la recurrente había venido prestando servicios para sucesivas empresas adjudicatarias de contratos licitados por el Ministerio de Defensa. Con fecha 1 de enero de 2012 se convirtió en trabajadora indefinida con reconocimiento de antigüedad al 1 de julio de 2008. Con fecha 15 de junio de 2012, la codemandada Casteguill, S.L. notificó a la trabajadora la extinción objetiva de su relación laboral, con efectos de 30 de junio de 2012 con alegación de causas productivas, debidas a la disminución de servicios por reducción de licitación de los servicios de administración en la Jefatura de Aprovisionamiento JACART de Cartagena, dependiente del Ministerio de Defensa.

La trabajadora, impugnó el mencionado despido demandando a varias empresas y al Ministerio de Defensa, impugnación que dio lugar a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cartagena de fecha 3 de abril de 2013, en la que estimando la demanda respecto de la empresa Casteguill, S.L. y el Ministerio de Defensa, declaró la nulidad del despido y la existencia de cesión ilegal entre ambas condenadas. La nulidad del despido se fundamentó en la superación de los límites numéricos establecidos para el despido colectivo. La Sala de suplicación confirmó la existencia de cesión ilegal, pero modificó la calificación del despido declarándolo improcedente. Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, esta Sala IV resolvió que procede calificar como nulo el despido objetivo individual por no haberse seguido los trámites previstos en el artículo 51 ET para los despidos colectivos, cuando el cese, sumados a los de otros trabajadores de la empresa y acordados en las mismas fechas, supera los umbrales numéricos previstos en aquel precepto.

Los diversos preceptos aplicables artículo 124 LRJS, 51, 52 ET, tras la reforma del RD 3/2012 y a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, no contienen una previsión específica para la cuestión. Sin embargo, de dichos preceptos se desprende que la calificación es la de nulidad. Cuando la ley sanciona con la nulidad las extinciones computables que, superando los umbrales del artículo 51.1 ET no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no sólo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectiva o individualmente en el seno de despido colectivo incorrecto; también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles ex artículo 51.1 ET, la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido al margen de cualquier impugnación colectiva.

2.-A juicio de la Sala no concurren los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS ya que ni los hechos son sustancialmente iguales, ni las pretensiones son exactamente las mismas ni los fundamentos tienen conexión de clase alguna. En efecto, por lo que hace a los hechos existen diferencias importantes ya que, en la sentencia recurrida estamos ante un despido colectivo cuyo único motivo es la pérdida de la contrata en la que prestaban servicios los trabajadores que provocó la no subrogación de los trabajadores por parte de la nueva contratista. Nada de ello ocurre en la sentencia referencial en la que el despido de la actora obedece a que su empleadora alegó causas productivas por disminución del volumen de la contrata, alegando la trabajadora la existencia de cesión ilegal entre la empresa principal y su empleadora la contratista; igualmente se constató que se habían despedido a otros trabajadores y que el número total superaba los umbrales del artículo 51 ET. Tampoco coinciden los fundamentos de las pretensiones, mientras que en la recurrida está en cuestión el efecto útil de las normas protectoras sobre transmisión de empresa y las consecuencias de su inaplicación en los despidos de los actores, en la referencial lo que se discute es si se han superado o no los umbrales del artículo 51 ET a efectos de determinar si el despido es nulo por elusión del régimen procedimental de los despidos colectivos.

El motivo no debió admitirse por falta de identidad sustancial entre las sentencias comparadas, circunstancia que, en este momento procesal, determina la desestimación del motivo.

SEXTO.-De conformidad con lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, procede la estimación parcial del recurso y la consiguiente casación y declaración de nulidad de la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación desestimando los de tal clase que se interpusieron por las partes y declarando, en consecuencia, la firmeza de la sentencia de instancia. Sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas (artículo 235 LRJS), respecto de este recurso. Pero, al casar y anular la sentencia de suplicación., debe pronunciarse sobre las costas allí causadas mediante la imposición de las mismas a la empresa recurrente en suplicación en cuantía de 800 euros, declarando, además, la pérdida del depósito constituido para recurrir en suplicación y el mantenimiento de la consignación efectuada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Maribel, D.ª Cecilia y D. Romualdo representados y asistidos por el letrado D. José Podadera Valenzuela.
- 2.- Casar y anular la sentencia núm. 1401/2023 dictada el 12 de septiembre por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Málaga- en el recurso de suplicación núm. 1021/2023.
- 3.- Resolver el debate en suplicación desestimando los de tal clase formulados, ordenando la pérdida del depósito y la retención de la consignación efectuada para recurrir por la UTE CAMINITO DEL REY recurrente en suplicación, a quien se condena en las costas causadas en dicha instancia por importe de 800 euros.
- 4.- Declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, de fecha 11 de julio de 2022, autos núm. 57/2022, que resolvió la demanda sobre despido interpuesta por los trabajadores recurrentes frente a las empresas Sando, Salzillo y Mundo UTE Caminito del Rey y UTE Bobastro 2000, S.L. - Hermanos Campano, S.L.
- 5.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.