

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA

*Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021
ECLI:ES:TS:2021:3329*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ* **

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador demandante prestaba servicios como conductor de ambulancias para Ambunova Servicios Sanitarios, SLU hasta que fue subrogado por Ambuibérica, SL, en virtud del convenio colectivo en cuestión. En este momento, la empresa saliente adeudaba al trabajador los salarios correspondientes a tres meses. Tanto la identificación y aplicación del convenio colectivo como la existencia de deuda a favor del trabajador no son hechos controvertidos en el proceso. El conflicto surge a raíz de la confluencia de ambos aspectos dado que el art. 9 f) del convenio determina que la empresa cesante es la única responsable de dicha deuda. De ese modo, el trabajador solo puede dirigirse contra esta última mientras que, si el cambio de contratista fuera considerado subrogación legal a efectos del art. 44 ET, ambas empresas serían responsables con carácter solidario.

RESUMEN: La sentencia que protagoniza el presente comentario versa sobre una cuestión que suele pasar desapercibida en materia de sucesión de empresa: la determinación de la carga de la prueba. El principal problema barajado por la sentencia reside en determinar quién debe acreditar la concurrencia de elementos constitutivos del art. 44 ET, sobre la base de una previa asunción de plantilla impuesta convencionalmente.

En esta lógica, la Sala cuarta asevera que la parte que niegue la existencia de subrogación legal es la encargada de acreditar dicho extremo; pero no ante cualquier escenario sino únicamente cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Si bien el TS no aplica la anterior solución al considerar que la actividad objeto de litigio es de naturaleza patrimonial, sus reflexiones son de especial relevancia en cuanto confirman expresamente la inversión de la carga de la prueba en ciertos supuestos de subrogación empresarial.

* Investigador predoctoral en formación FPU.

** El presente comentario ha sido objeto de comunicación oral en el IX Encuentro de la Sección Juvenil de la AEDTSS celebrado en la Universidad de León los días 8 y 9 de septiembre de 2022.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE
3. REVISIÓN Y VALORACIÓN DE LA STS 8-9-2021
 - 3.1. Relato fáctico
 - 3.2. Íter procesal
 - 3.3. Fundamentación jurídica
4. BREVES REFLEXIONES FINALES
5. ANEXO JURISPRUDENCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Desde inicios de 2021, la situación de la jurisprudencia sobre contratas y subcontratas puede ser calificada de sorprendente estabilidad. Los últimos años de la década anterior, incluyendo 2020, constituyen un período de convulsos cambios jurisprudenciales en la materia. En esta dirección pueden tomarse como ejemplo los debates sobre el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas¹, el cambio de doctrina relativo a los contratos temporales vinculados a contratas y subcontratas² o la modificación de la jurisprudencia interna como consecuencia de la doctrina comunitaria sobre el vínculo entre subrogación convencional y legal³. En contraposición, durante el pasado año, así como el presente, los sucesivos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal no han planteado importantes cambios en la doctrina jurisprudencial. Esta situación puede deberse, entre otras razones, a la reciente reforma laboral. Téngase en cuenta que ciertos contenidos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, coinciden con los citados cambios jurisprudenciales. El recién introducido art. 42.6 ET intenta resolver el problema del convenio colectivo aplicable a empresas contratistas. La nueva redacción de los arts. 15 y 16 ET pretende ofrecer un cauce contractual adecuado para cubrir las exigencias derivadas de las contratas y subcontratas. De hecho, no sería descabellado afirmar que el RD-ley pretende consagrar normativamente los avances jurisprudenciales al respecto. De cualquier manera, la modificación legal de estos aspectos implica que debe transcurrir un prudente período de tiempo hasta que la nueva normativa sea objeto de interpretación por nuestro Alto Tribunal y,

¹ STS 11-6-2020 (rec. 9/2019) (ECLI:ES:TS:2020:1957).

² STS 29-12-2020 (rec. 240/2018) (ECLI:ES:TS:2020:1957). En 2018, el TS plantea una importante matización al respecto, que sirve como base para el posterior cambio de jurisprudencia. Vid. SSTS 19-7-2018 (rec. 824/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3218) (rec. 1037/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3308) (rec. 972/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3192) (rec. 823/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3243).

³ STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545) y STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, C-60-17 (ECLI:EU:C:2018:559), respectivamente.

por ende, hasta que las reseñadas controversias vuelvan a protagonizar debates en casación.

La sorprendente estabilidad anteriormente descrita no es óbice para que la Sala cuarta siga resolviendo recursos de casación sobre el régimen jurídico de subcontratación y, en consecuencia, ofreciendo exégesis de gran relevancia y utilidad. En esta dirección, se ha dictado sentencia sobre el ámbito de aplicación del art. 42 ET y el controvertido concepto de propia actividad⁴, la difusa frontera entre la válida contrata o subcontrata y la cesión ilegal del art. 42⁵ o la sucesión de empresas del art. 44 ET ante la transmisión del contratista, entre otros. Este último extremo representa el principal núcleo temático del presente trabajo. Durante las siguientes páginas se revisará la reciente jurisprudencia sobre la sucesión de empresas con especial referencia a los supuestos de novación en la parte contratista.

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Si bien no constituye un objetivo inherente al comentario de jurisprudencia, conviene plantear una revisión del marco normativo sobre el que pivotan los sucesivos litigios. Sin pretensión de exhaustividad, el actual apartado se articula en torno a los principales hitos normativos y jurisprudenciales que han conducido la evolución de la institución y que configuran el actual marco jurídico.

El art. 44 ET en conjunción con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, representan los cimientos sobre los que se sustenta el régimen jurídico de la subrogación empresarial⁶. Según las citadas normas⁷, se produce una sucesión de empresa si el elemento objeto de transmisión puede ser considerado 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 accesoria”⁸.

Inicialmente, jurisprudencia tanto nacional como europea sostuvo una tesis patrimonialista⁹, lo que implica que la transmisión de una entidad económica se

⁴ STS 13-6-2022 (rec. 677/2021) (ECLI:ES:TS:2022:2446).

⁵ STS 13-1-2022 (rec. 2715/2020) (ECLI:ES:TS:2022:366).

⁶ A lo largo de este trabajo es posible advertir la influencia del Derecho comunitario en materia de sucesión de empresa, ya sea a través de la citada directiva o mediante los avances introducidos por el propio TJUE.

⁷ Art. 44.2 ET y art.1, 1. b) de la Directiva 2001/23/CE.

⁸ De hecho, el art. 44 ET incluye dicha definición a raíz de la modificación introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, con el objetivo de adaptar el ordenamiento nacional al comunitaria tras la recién aprobada Directiva 2001/23/CE.

⁹ Sobre la tesis patrimonialista y las tensiones entre la empresa como organización o como actividad, véase Navarro Nieto, F. “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *Documentación laboral*, núm. 71, 2004, pp. 54-59.

identifica con una transmisión de elementos materiales¹⁰. Progresivamente, el Tribunal de Luxemburgo fue admitiendo que, ante actividades desmaterializadas, cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión de una parte esencial de la plantilla equivale a la transmisión de una entidad económica, lo que acciona las garantías de la subrogación legal; doctrina que recibirá el nombre de sucesión de plantilla¹¹. A pesar de las reticencias planteadas por nuestro Alto Tribunal¹², finalmente dicha solución fue incorporada al acervo jurisprudencial interno¹³. En resumen, la jurisprudencia comunitaria seguida de la nacional ha instrumentado dos posibles vías para demostrar la sucesión de empresa: la transmisión de activos si la actividad se basa en el patrimonio o la asunción de personal si la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

El anterior régimen legal bifronte no impide la existencia de subrogación de origen convencional. En esos supuestos, la subrogación discurriría según lo dispuestos en las cláusulas convencionales, con independencia del régimen del art. 44 ET. Una vez más, el Tribunal comunitario, nuevamente con la oposición inicial del Alto Tribunal español, actualiza la doctrina al determinar que la subrogación convencional puede derivar en subrogación legal, siempre y cuando se cumplan los elementos constitutivos del art. 44.3 ET¹⁴. En otras palabras, la asunción de una parte de la plantilla en virtud de un convenio colectivo podría derivar en subrogación legal si dicha asunción representa una parte esencial de la plantilla y la actividad descansa en la mano de obra. Desde otra perspectiva, el origen convencional de la asunción de la plantilla no impide la constatación de los elementos constitutivos del art. 44 ET¹⁵.

La revisión del marco jurídico de la subrogación empresarial ha de completarse con la referencia a la sucesión de contratistas. Ante el silencio legal, la jurisprudencia ha negado de forma reiterada que la novación de la parte contratista pueda ser

¹⁰ A nivel interno, véase SSTs 28-4-2009 (rec. 4614/2007) (ECLI:ES:TS:2009:2925) y 12-3-2020 (rec. 1916/2017) (ECLI:ES:TS:2020:1137). A nivel comunitario, vid. STJUE 10-12-1998, asunto Sánchez Hidalgo, C-173/97 (ECLI:EU:C:1998:595).

¹¹ Entre muchas otras, véase STJUE 20-1-2011, asunto CLECE, C-463-09 (ECLI:EU:C:2011:24).

¹² Una visión crítica de esta doctrina en Sánchez-Urán Azaña, Y. “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 214, 2018, pp. 139-172.

¹³ Entre otras, STS 26-10-2018 (rec.937/2018) (ECLI:ES:TS:2018:3932).

¹⁴ STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, C-60-17 (ECLI:EU:C:2018:559) inicialmente traspuesta al ordenamiento interno por la STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545).

¹⁵ En exhaustividad sobre esta materia, véase en un número anterior de esta misma revista, Yagüe Blanco, S. “La sucesión de empresas en las contratistas y subcontratistas: una propuesta de reforma normativa”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 162, 2002, pp. 155 y ss. así como De la Puebla Pinilla, A. “La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, pp. 4-12.

considerada *per se* una transmisión de una entidad económica en línea con el art. 44 ET¹⁶. Consiguientemente, para que una sucesión de contratistas despliegue los efectos de la subrogación legal, adicionalmente al mero cambio de contratista, deben concurrir los requisitos del art. 44 ET, ya sea el traspaso de medios patrimoniales o la asunción de mano de obra, según corresponda. Como breve apunte, esta interpretación que impide que una contrata pueda ser considerada una entidad económica a efectos del art. 44 ET plantea difícil encaje con las nuevas, y no tan nuevas, formas organizativas, donde la propia ejecución de la contrata puede adquirir una importancia central, más allá de la infraestructura y mano de obra¹⁷.

3. REVISIÓN Y VALORACIÓN DE LA STS 8-9-2021

En línea con las reflexiones introductorias, nuestro Alto Tribunal sigue resolviendo controversias respecto a la sucesión de contratistas y su regulación convencional y/o legal. Por mencionar algunos ejemplos, resulta de interés reparar en la STS 20-5-2021 (rec. 145/2020) (ECLI:ES:TS:2021:2082). Este pronunciamiento, de un lado, declara que el concepto de entidad económica desde una perspectiva patrimonial incluye tanto medios materiales como inmateriales. De otro lado, recuerda que la transmisión de dichos activos no se limita al traspaso entre contratante y contratista, admitiendo el supuesto en el que la parte contratante, propietaria de los medios, los pone a disposición del nuevo adjudicatario. Por otro lado, la STS 28-1-2021 (rec. 3781/2020) (ECLI:ES:TS:2022:270) aporta una nueva pieza en el complejo debate relativo al personal indefinido no fijo. Como consecuencia de la reversión de cierta contrata por parte de un Ayuntamiento, se produce la transmisión de una entidad económica en los términos del art. 44 ET. Ante este supuesto, la Sala cuarta determina que la subrogación legal exige respetar la modalidad contractual, no pudiendo transformar un contrato fijo en un indefinido no fijo como consecuencia de la reversión de la contrata. Finalmente, la STS 29-3-2022 (rec. 2062/2020) (ECLI:ES:TS:2022:1220) resuelve una cuestión de teoría general del Derecho sobre la base de un supuesto de subrogación empresarial. Según el tribunal, la doctrina introducida por la STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, afecta igualmente a supuestos con fecha anterior a su dictamen dado que

¹⁶ Por mencionar algún ejemplo lejano en el tiempo, STS 6-2-1997 (rec. 1886/1996) (ECLI:ES:TS:1997:730).

¹⁷ A principios de siglo, Cruz Villalón planteaba razonamientos en esta dirección al afirmar que “lo relevante en materia laboral hoy en día, particularmente en el sector servicios y más aún en los supuestos de externalización donde se mantiene el contacto permanente y estable con la empresa principal, es, justamente, la transmisión del propio servicio, que viene a ser, por otra parte, el capital central de la empresa”. Vid. Cruz Villalón, J. “Outsourcing y relaciones laborales” en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2000, p. 286.

el principio de irretroactividad desfavorables se predica respecto a las normas y no respecto a la jurisprudencia.

Entre los recientes pronunciamientos sobre sucesión de empresa es posible destacar un conjunto de resoluciones que adquieren un interés singular debido a varias razones. Por un lado, plantean una síntesis de la doctrina jurisprudencial nacional y comunitaria sobre la relación entre subrogación convencional y legal; la cual será empleada de forma sucesiva por las siguientes resoluciones sobre la materia. Por otro lado, abordan una incógnita procesal cuya resolución es esencial para la correcta aplicación del complejo marco jurídico anteriormente descrito. Admitiendo que los aspectos procesales no adquieren un papel central en nuestra materia, la actual incógnita presenta ciertas peculiaridades que justifican su interés. Como se comprobará a lo largo de las siguientes páginas, la cuestión procesal objeto de análisis es de origen jurisprudencial, además de estar íntimamente vinculada a consideraciones sustantivas. Más aún, la regla procesal no se limita a los supuestos de sucesión de contratas, sino que podrá, y deberá, ser tenida en cuenta con carácter general al aplicar el instituto de la subrogación empresarial.

El día 8 de septiembre de 2021, la Sala cuarta de nuestro Alto Tribunal dicta tres sentencias coincidentes tanto en el componente fáctico como en la fundamentación jurídica¹⁸. Un día más tarde, dicha sala dicta una cuarta resolución prácticamente idéntica a las anteriores¹⁹. La única diferencia reseñable desde el punto de vista de los hechos reside en que cada demanda fue interpuesta por un trabajador de forma individual²⁰. A parte de ello, coinciden entre sí tanto las pretensiones de las partes como el propio iter procesal, obteniendo como resultado cuatro resoluciones muy similares, si no idénticas. Respecto a la fundamentación jurídica, el pronunciamiento del 9 de septiembre extracta literalmente lo dispuesto en las sentencias del día anterior. Respecto a las sentencias de 8 de septiembre, aunque es posible apreciar varias diferencias de redacción, el núcleo de la fundamentación jurídica coincide textualmente. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el presente análisis jurisprudencial gira en torno a la STS 8-9-2021 (rec. 874/2021) (rec. 1866/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3329), cuyo ponente es el magistrado D. Ricardo Bodas Martín²¹.

¹⁸ SSTS 8-9-2021 (rec. 1866/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3329); (rec. 2543/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3332); (rec. 2554/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3381).

¹⁹ STS 9-9-2021 (rec. 2143/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3347).

²⁰ De hecho, los cuatro trabajadores estaban representados por la misma letrada. Las razones por las cuales no se ha decidido actuar colectivamente o no se ha promovido la acumulación procesal escapan del presente análisis.

²¹ La STS 8-9-2021 (rec. 874/2021) contiene la fundamentación jurídica más extensa y detallada, razón por la cual ha sido seleccionada frente al resto de sentencias.

3.1. Relato fáctico

El trabajador en cuestión prestaba servicios por cuenta de Ambunova Servicios Sanitarios, SLU desde el 1 de abril de 2016. Meses más tarde, con fecha 16 de agosto de 2018, el trabajador fue subrogado por Ambuibérica, SL. La novación contractual se produce de conformidad con el IV Convenio colectivo de trabajo para las empresas y trabajadores/as de transporte de enfermos/as y accidentados/as en ambulancia en la Comunidad Autónoma de Galicia (código 82000895012006)²²; cuya aplicación en el caso no es controvertida. El art. 9 f) de dicha norma colectiva advierte expresamente: “siendo la relación laboral anterior a tal momento de la exclusiva responsabilidad de la cesante”. En consecuencia, se exceptúa de cualquier responsabilidad al contratista entrante, lo cual deviene fundamental en el caso concreto puesto que, al tiempo de la subrogación, la contratista saliente mantenía una deuda con el trabajador correspondiente al salario de junio, julio y agosto. En resumidas cuentas, tanto la novación subjetiva de la parte contratista como la existencia de deudas a favor del trabajador no producen conflictividad. En contraposición, destaca la ausencia de cualquier referencia en los hechos probados tanto a la causa de la novación como a las circunstancias de la transmisión, especialmente, si se han transmitido activos o se ha asumido una parte del personal²³. Tras revisar el marco jurídico de aplicación, es posible advertir que la anterior información es básica para seleccionar la norma aplicable a la subrogación y, por ende, determinar sus correspondientes efectos.

El presente supuesto refleja de forma evidente las consecuencias de la calificación de la subrogación. Si se considera que se ha producido una subrogación convencional, será aplicable el régimen jurídico recogido en el convenio colectivo, que en el concreto supuesto de hecho implica una exención de responsabilidad de la empresa entrante. Sin embargo, si se produce una subrogación legal, en virtud del art. 44.3 ET, ambas empresas serán responsables subsidiariamente.

3.2. Íter procesal

El trabajador, tras la celebración del acto de conciliación con el resultado de intentado sin efecto, interpone una demanda de reclamación de cantidad contra las empresas saliente y entrante. El Juzgado de lo Social nº1 de Santiago de Compostela, mediante sentencia de 7 de febrero de 2019, condenó solidariamente a ambas empresas a abonar al trabajador el sumatorio de los tres meses adeudados

²² Aunque el convenio es publicado en el correspondiente boletín oficial el 10 de junio de 2019, su entrada en vigor se retrotrae al 1 de enero de 2016.

²³ Respecto a la causa, el propio art. 9 del convenio muestra ciertos supuestos que podrían servir de referencia: “Cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, o terminación de contrato con entidades privadas”.

que asciende a 4.775,41 euros más los correspondientes intereses laborales, ex art. 29.3 ET y procesales, art. 576 LEC.

La empresa entrante interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, denunciando errónea interpretación del art. 44 ET en relación con el art. 9 del convenio. Tras la correspondiente impugnación de la contraparte, el TSJ gallego, mediante sentencia de 9-3-2020 (rec. 3636/2019) (ECLI:ES:TSJGAL:2020:1492), desestima el recurso de suplicación, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

Frente a ello, la empresa entrante interpone un nuevo recurso, esta vez de casación para unificación de doctrina. La parte codemandada, ahora recurrente, articula un único motivo de casación mediante el cual alega la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 217 LEC. Se propone como sentencia de contraste una resolución dictada por el propio TSJ gallego sobre una reclamación de cantidad dirigida contra las mismas empresas, STSJ Galicia 26-9-2019 (rec. 1678/2019) (ECLI:ES:TSJ:GAL:2019:5315). Planteada la impugnación contra el recurso y oído el Ministerio Fiscal, que sostiene la improcedencia del recurso, la Sala cuarta estima el recurso de casación, revocando parcialmente el pronunciamiento de suplicación y absolviendo a la empresa entrante de la reclamación de cantidad.

3.3. Fundamentación jurídica

A grandes rasgos, durante el proceso objeto de análisis no se discute acerca de las bases teóricas sobre las que se sustenta el actual régimen jurídico en cuestión. Por su parte, el núcleo del debate reside en la determinación de la carga de la prueba en supuestos de sucesión de empresa, en otras palabras, a quién le corresponde probar la existencia de los requisitos constitutivos del art. 44 ET.

Paradójicamente, la anterior cuestión pasa inadvertida tanto en primera como segunda instancia. Para comenzar, si bien es cierto que la parte actora basa su pretensión en el art. 44.3 ET, en la demanda no se alega, y mucho menos se prueba, que la concreta actividad de transporte de enfermos o accidentados se base en el uso de medios materiales y, en ese caso, cuáles han sido transmitidos. Tampoco es alegado ni probado que dicha actuación descansa en la mano de obra y, menos aún, que una parte esencial de la plantilla haya sido asumida por la nueva adjudicataria. La empresa entrante, al contestar a la demanda, admite que se ha subrogado en la plantilla de la empresa anterior según lo dispuesto en el convenio colectivo, pero sin que ello llegue a suponer, a su juicio, una transmisión de la entidad económica²⁴. En primera instancia, el juzgador concluye que ambas empresas son responsables solidariamente, sin hacer referencia alguna a las circunstancias de la

²⁴ Ni la demanda ni la contestación a la demanda pueden ser consultadas. Las anteriores consideraciones se basan en lo dispuesto por la sentencia de casación (F.J. 5º).

transmisión que permitan demostrar si se ha producido cualquiera de las opciones anteriormente barajadas²⁵. La citada omisión se refleja de forma manifiesta en los hechos probados, donde no se introduce ninguna información al respecto.

En suplicación sí se plantea cierta alusión al núcleo del litigio, aunque de forma indirecta. En el recurso, la empresa entrante denuncia que la sentencia de instancia obvie mencionar los requisitos para aplicar el art. 44 ET. Tras una fundamentación jurídica algo farragosa, dado que no se distingue con claridad las argumentaciones extractadas de las propias, el TSJ concluye que ha sido “acreditado y no discutido” que la actividad descansa en la mano de obra. Sin embargo, como efectivamente advierte el TS, la sentencia de suplicación no demuestra el mencionado extremo.

Es en casación dónde se introduce abiertamente el debate en torno a la carga de la prueba. De hecho, la empresa entrante fundamenta su recurso de casación en la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 217 LEC. En esta dirección, alega que la carga de la prueba corresponde al demandante conforme al art. 217.2 LEC, quien debió probar en el momento procesal oportuno la concurrencia de los requisitos constitutivos del art. 44 ET.

En paralelo a la cuestión de la carga de la prueba, el TS ofrece una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el vínculo entre subrogación convencional y legal, mediante la reproducción de algunos párrafos de la STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545). Sin embargo, es preciso abordar el mencionado sumario con cautela. Por un lado, la sentencia objeto de examen, al transcribir la doctrina jurisprudencial, no respeta el orden de la sentencia de origen. Por otro lado, la resolución de 2018 incluye títulos y subtítulos que orientan y nutren la fundamentación jurídica, los cuales no ha sido trasladados a la sentencia objeto de estudio²⁶. A pesar de lo anterior, la síntesis plasmada en la resolución objeto de comentario adquirirá notable repercusión dado que, a partir de su publicación, las sentencias del TS que versan sobre sucesión de empresas transcriben el resumen del pronunciamiento de 2021 y no el texto original de 2018²⁷.

Volviendo a la cuestión probatoria, en la sentencia a examen es posible diferenciar una argumentación genérica sobre la carga de la prueba y una referencia, aunque más escueta, centrada en el concreto supuesto de la sucesión de empresa.

Respecto a la primera cuestión, de conformidad con el art. 217 LEC, nuestro Alto Tribunal establece que le corresponde al demandante probar los hechos que sustentan su pretensión. Concretamente, el trabajador debería haber alegado y

²⁵ En las principales bases de datos no es posible localizar la sentencia de instancia. Sin embargo, tanto en suplicación como en casación se extractan los hechos probados, así como el fallo.

²⁶ Si bien escapa del alcance del presente trabajo, cabe destacar la claridad conceptual y alto nivel pedagógico de la STS 27-9-2018, ponente don Antonio Sempere Navarro.

²⁷ Entre otras resoluciones, vid. SSTS 15-11-2021 (rec. 4236/2019) (ECLI:ES:TS:2021:4834); 18-1-2022 (rec. 3876/2019) (ECLI:ES:TS:2022:185).

probado la transmisión de una entidad económica en los términos del art. 44 ET, lo que a juicio de la sala no se ha producido en el presente proceso. En paralelo, el TS asevera que la parte demandada, ahora recurrente, tampoco prueba ni intenta probar la inexistencia de subrogación legal. Sin embargo, para el tribunal ello no implica necesariamente la estimación de la pretensión de la parte actora. Técnicamente, ex. art. 217.3 LEC, el demandado tiene la carga de probar los “hechos impeditivos, extintivos o excluyente” con la finalidad de neutralizar la eficacia de los hechos constitutivos aducidos por la contraparte. Ante la falta de prueba de los correspondientes hechos que sustentan la demanda, esta ha de ser desestimada, aunque no se hubieren probado los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, so pena de otorgar “tutela a pretensiones infundadas”. Finalmente, el tribunal concluye que el demandante no puede amparar la ausencia de prueba, como mantiene en su escrito de impugnación del recurso de casación, en el art. 217.7 LEC, precepto que permite modular la regla general en función de la “disponibilidad y facilidad” de la prueba por cada parte. Como afirma el TS, en el concreto supuesto de hecho la carga de la prueba no pudo ser considerada excesiva ni inaccesible, del mismo modo que el demandante tampoco intentó probar la falta de acceso a los medios probatorios.

En segundo lugar, la sentencia alude expresamente a la inversión de la carga de la prueba en materia de sucesión de empresa. En palabras del tribunal, “la inversión de la carga probatoria, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica de aquellas empresas cuyas actividades se desarrollen esencialmente mediante mano de obra”; afirmación que merece ser examinada de manera sopesada.

Por un lado, nuestro Alto Tribunal admite de forma manifiesta la existencia de doctrina jurisprudencial a favor de la inversión de la carga de la prueba ante supuestos de sucesión de empresa. En esta lógica, se presumirá *iuris tantum* la aplicación del art. 44. ET, con sus correspondientes efectos; recayendo en el sujeto que se oponga a dicho extremo el deber de acreditar la no concurrencia de los requisitos constitutivos. Si bien no se señala de forma expresa, es posible deducir que la citada doctrina se correspondería con la siguiente fundamentación, introducida por la sentencia de 2018 y reiterada en la presente: “será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida”²⁸.

Por otro lado, el propio TS advierte explícitamente que la aplicación de la regla anterior se circunscribe a actividades que descansen en la mano de obra. De ese modo, la citada inversión probatoria no pretende abarcar la institución en su

²⁸ La STS 11-1-2022 (rec. 2635/2018) (ECLI:ES:TS:2022:384), objeto de posterior análisis, se posiciona en esta dirección puesto que la resolución objeto de comentario se mencionada inmediatamente después del extracto de dicho párrafo.

conjunto, sino que se circunscribe a los supuestos de sucesión de plantilla. Dicha limitación de la inversión probatoria estaba implícita en la argumentación de la STS 27-9-2018, donde se hacía referencia a la “a la asunción suficientemente relevante de la mano de obra” y no a los requisitos constitutivos de la sucesión de empresa con carácter general. Sin embargo, cabría cuestionar si la alusión a este tipo de actividad se debe a que la sentencia de 2018 resolvía un supuesto de sucesión de plantilla o que, en contraposición, la regla en cuestión se circunscribe a esa concreta tipología de actividades. La sentencia objeto de comentario resuelve expresamente la anterior incógnita, manifestando sin ningún género de dudas que la inversión probatoria está limitada a actividades basadas en la mano de obra. Por otro lado, aunque la inversión probatoria surge en el concreto contexto de la sucesión de contratas, de las palabras del tribunal no se extraen razones que impidan la aplicación de dicha solución ante supuestos de sucesión de plantilla que no tengan su origen en cambios de contratistas.

Más allá de la STS 27-9-2018 y la que protagoniza el presente análisis, es complejo encontrar referencias a la carga de la prueba en supuestos de sucesión de empresa. En el lapso temporal que discurre entre una y otra, nuestro Alto Tribunal, aun de forma escueta, aborda la presente materia. Según la STS 8-1-2019 (rec. 2833/2016) (ECLI:ES:TS:2019:370)²⁹, “quien tenía la carga de probar que no se había producido una transmisión en los términos de sucesión de una entidad económica con identidad propia era la recurrente”. Con carácter aclaratorio, el recurso de casación fue interpuesto por la parte demandada, concretamente la nueva empresa adjudicataria. En consecuencia, con la citada afirmación, aun de forma implícita, el TS ratifica la inversión de la carga de la prueba ante supuestos de sucesión de empresa. Con posterioridad a la sentencia objeto de análisis, también de forma tácita, nuestro Alto Tribunal ha vuelto a posicionarse al respecto en la reciente STS 11-1-2022 (rec. 2635/2018) (ECLI:ES:TS:2022:384)³⁰. Según el TS, la empresa entrante, parte demandada, era la encargada de acreditar la no concurrencia de los requisitos de la subrogación legal. En este caso no hay inconvenientes para invertir la carga de la prueba puesto que la actividad descansa en la mano de obra. De una lectura conjunta de las sentencias reseñadas es posible deducir el surgimiento de una excepción a la regla general sobre carga de la prueba aplicable ante supuestos de sucesión de empresas en actividades que descansen en

²⁹ Como mero acercamiento, se produce una novación de contratas del sector de la vigilancia. La empresa saliente comunica al trabajador que será subrogado por la nueva adjudicataria en virtud del convenio colectivo. Por su parte, la empresa entrante niega que el trabajador deba ser subrogado. Ante ello, el trabajador interpone una demanda de despido sobre la base de una subrogación legal ex. art. 44 ET.

³⁰ Brevemente, en el marco de una subcontratación del servicio de limpieza, se produce un cambio de adjudicatario, aplicándose las cláusulas subrogatorias del convenio colectivo, las cuales no abarcan a la totalidad de la plantilla. Una trabajadora excluida de la subrogación por no cumplir ciertos requisitos fijados en el convenio interpone una demanda de despido sustentada en la existencia de una subrogación legal en el marco del art. 44 ET.

la mano de obra, imponiendo a la parte que niegue la subrogación legal el deber de acreditar dicho extremo.

Desde una perspectiva crítica, cabría plantear diversas puntualizaciones. En primer lugar, destaca la ausencia de razonamientos que justifiquen la inversión de la carga de la prueba dado que la citada excepción no viene acompañada de una fundamentación que sostenga su necesidad e idoneidad. La inversión de la carga probatoria representa una alteración de una norma general de carácter procesal, lo cual debería ser correspondientemente motivado. En segundo lugar, convendría cuestionar las razones que sustentan la diferenciación entre ambos tipos de actividades; esto es, por qué se aplica exclusivamente ante actividades que descansan en la mano de obra y, en sentido contrario, por qué se exceptúan las actividades basadas en la infraestructura. En tercer lugar, cabe preguntarse si la inversión de la carga de la prueba en actividades que descansan en la mano de obra podría suponer un círculo vicioso. Por un lado, se invertirá la carga de la prueba si la actividad descansa en la mano de obra mientras que, por otro lado, el hecho de que la actividad descansa en la mano de obra es uno de los elementos que han de ser acreditados. De ese modo, el requisito que permite aplicar la inversión probatoria coincide con un elemento objeto de prueba.

A pesar de los avances teóricos descritos *supra*, en el proceso objeto de estudio no sería de aplicación la inversión probatoria puesto que, a juicio del tribunal, la actividad en cuestión no descansa en el uso de mano de obra. En contraposición con la primera y segunda instancia, donde se presupone sin fundamento que la actividad objeto del litigio descansa en la mano de obra, nuestro Alto Tribunal argumenta que “no se puede transportar enfermos o accidentados en ambulancia, si no se dispone de ambulancias y vehículos mecanizados o, en su caso, de medios aéreos o marítimos”, razón la cual concluye que la actividad está basada en infraestructura. La presente consideración podrá resultar de utilidad en futuros litigios a la hora de identificar la naturaleza de la actividad de transporte de enfermos y accidentados.

Sobre la base de todo lo anterior, el TS estima el recurso de casación, revocando parcialmente la sentencia de instancia, absolviendo así a la empresa entrante. Para el tribunal no ha quedado acreditado que el cambio de contratista cumpla los requisitos constitutivos del art. 44 ET, lo que hubiere accionado la garantía de la responsabilidad solidaria del art. 44.3 ET. En contraposición, el cambio de contratista constituye una subrogación en virtud del convenio colectivo de aplicación, el cual restringe la responsabilidad de la empresa entrante.

4. REFLEXIONES FINALES

A pesar de lo que a priori pudiera considerarse, la cuestión probatoria está íntimamente ligada a la sucesión de empresa, como así ha advertido nuestro Alto Tribunal al declarar que “no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo

abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba³¹. Las sentencias de 8 y 9 de septiembre de 2021, con especial referencia a la que resuelve el recurso nº874/2020, no abordan un debate sustantivo sino procesal. La inversión de la carga de la prueba planteada es de gran interés desde el punto de vista teórico puesto que deriva de la propia jurisprudencia y no de una norma. Adicionalmente, dicha regla está vinculada a una condición sustantiva, esto es, que la actividad descansa en la mano de obra. Desde la perspectiva práctica, la inversión de la carga de la prueba objeto de examen no es baladí dado que podría condicionar y de hecho condiciona, como así se ha demostrado, el sentido de la decisión judicial. Precisamente el supuesto seleccionado permite constatar con claridad las diferencias prácticas entre subrogación convencional y legal.

En suma, la inversión de la carga de la prueba en supuestos de subrogación empresarial fue introducida por la STS 27-9-2018. Aunque ciertos pronunciamientos en casación han aplicado la mencionada solución, la sentencia objeto de comentario, por un lado, reconoce expresamente la existencia de dicha inversión probatoria y, por otro lado, esclarece que su alcance se circunscribe a las actividades que descansan en la mano de obra. En paralelo a lo anterior, conviene a su vez plantear reflexiones críticas acerca de la justificación e incluso idoneidad de la inversión probatoria ante el concreto supuesto de la sucesión de plantilla.

5. ANEXO JURISPRUDENCIAL

TJUE

STJUE 10-12-1998, asunto Sánchez Hidalgo, C-173/97 (ECLI:EU:C:1998:595)

STJUE 20-1-2011, asunto CLECE, C-463-09 (ECLI:EU:C:2011:24)

STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, C-60-17 (ECLI:EU:C:2018:559)

TS

STS 6-2-1997 (rec. 1886/1996) (ECLI:ES:TS:1997:730)

STS 28-4-2009 (rec. 4614/2007) (ECLI:ES:TS:2009:2925)

SSTS 19-7-2018 (rec. 824/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3218) (rec. 1037/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3308) (rec. 972/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3192) (rec. 823/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3243)

STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545)

STS 26-10-2018 (rec.937/2018) (ECLI:ES:TS:2018:3932)

STS 8-1-2019 (rec. 2833/2016) (ECLI:ES:TS:2019:370)

³¹ Dicha afirmación proviene de la STS 27-9-2018, aunque ha sido transcrita en numerosas resoluciones sobre la materia.

STS 12-3-2020 (rec. 1916/2017) (ECLI:ES:TS:2020:1137)
STS 11-6-2020 (rec. 9/2019) (ECLI:ES:TS:2020:1957)
STS 29-12-2020 (rec. 240/2018) (ECLI:ES:TS:2020:1957)
STS 28-1-2021 (rec. 3781/2020) (ECLI:ES:TS:2022:270)
STS 20-5-2021 (rec. 145/2020) (ECLI:ES:TS:2021:2082)
SSTS 8-9-2021 (rec. 1866/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3328); (rec. 2543/2020)
(ECLI:ES:TS:2021:3332); (rec. 2554/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3381)
STS 9-9-2021 (rec. 2143/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3389)
STS 15-11-2021 (rec. 4236/2019) (ECLI:ES:TS:2021:4834)
STS 11-1-2022 (rec. 2635/2018) (ECLI:ES:TS:2022:384)
STS 13-1-2022 (rec. 2715/2020) (ECLI:ES:TS:2022:366)
STS 18-1-2022 (rec. 3876/1019) (ECLI:ES:TS:2022:185)
STS 29-3-2022 (rec. 2062/2020) (ECLI:ES:TS:2022:1220)
STS 13-6-2022 (rec. 677/2021) (ECLI:ES:TS:2022:2446)
TSJ
STSJ Galicia 26-9-2019 (rec. 1678/2019) (ECLI:ES:TSJ:GAL:2019:5315)
STSJ Galicia 9-3-2020 (rec. 3636/2019) (ECLI:ES:TSJGAL:2020:1492)