

# Digitalización y sucesión de empresa

## Digitalisation and transfer of undertakings

David Martínez Saldaña\*

*Asociado coordinador en Uría Menéndez*

Recibido: 14/5/2022

Aceptado: 21/6/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7065>

### *Resumen:*

La sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE, traspuesta en España en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es una institución que, en esencia, tiene por objeto proteger los derechos de los trabajadores, asegurando que, cuando se transmite una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, los trabajadores sean subrogados y exista una responsabilidad solidaria, laboral y de seguridad social por las obligaciones devengadas antes de la transmisión.

Los imparable cambios e irrupciones que se están produciendo en el concepto de empresa, que está basculando de un concepto tradicionalmente basado en los bienes materiales y la maquinaria a un concepto intensivo en componentes inmateriales y digitales (clientela, algoritmos, aplicaciones informáticas, software, inteligencia artificial, etc.), están provocando una profunda transformación en lo que debe entenderse por una empresa. En la medida en que el concepto de empresa está cambiando, se modifica, igualmente, el concepto de sucesión.

Este trabajo tiene por objeto analizar el criterio jurisprudencial sobre el “valor de los medios inmateriales antes de la transmisión”.

### *Palabras clave:*

sucesión de empresa, subrogación, medios inmateriales, algoritmos, “valor de los medios inmateriales antes de la transmisión”.

### *Abstract:*

The transfer of undertakings rules under Directive 2001/23/EC, implemented in Spain through article 44 of the Statute of Workers, essentially aim to protect employees' rights by ensuring that when undertakings, businesses or parts of undertakings are transferred (i) the employees are taken on by the transferee; and (ii) the transferor and transferee are jointly and severally liable for the labour and social security liabilities that accrued up until the point of the transfer.

Inexorable change is transforming the traditional concept of an undertaking from one based on tangible assets and machinery to a new one in which intangible and digital assets (clients, algorithms, apps, software and AI, etc.) feature heavily. This is in turn provoking a significant shift in the concept of a transfer of undertakings.

---

\*[david.martinez@uria.com](mailto:david.martinez@uria.com)

This article analyses the criteria used in the case law on the “value of intangible assets at the time of transfer”.

*Keywords:* transfer of undertakings, taking on employees, intangible assets, algorithms, “value of intangible assets at the time of transfer”.

## 1. Introducción y objeto del presente trabajo

La sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE, traspuesta en España en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es una institución que, en esencia, tiene por objeto proteger los derechos de los trabajadores, asegurando que, cuando se transmite una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, los trabajadores sean subrogados y exista una responsabilidad solidaria, laboral y de seguridad social por las obligaciones devengadas antes de la transmisión.

Como ha señalado Schwab<sup>1</sup>, estamos en los albores de la cuarta revolución industrial y este hito va a suponer que “*un mayor poder cognitivo va a aumentar la producción humana*”. Como consecuencia de esta evolución productiva, el concepto de empresa está actualmente fuertemente tensionado y sujeto a cambios relevantes, pues la cuarta revolución industrial, iniciada a principios del siglo XXI, se basa en una revolución digital que es la base de la denominada, “industria 4.0” (término acuñado en la feria de Hannover de 2011 para “*describir la revolución de las cadenas de valor globales*”). Así, irrumpe con nuevos elementos tales como “*un internet más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que son cada vez más baratos, y por la inteligencia artificial y el aprendizaje de la máquina*”<sup>2</sup>.

Estos imparable cambios e irrupciones que se están produciendo en el concepto de empresa, que está basculando de un concepto tradicionalmente basado en los bienes materiales y la maquinaria a un concepto intensivo en componentes inmateriales y digitales (algoritmos, aplicaciones informáticas, *software*, inteligencia artificial, etc.), están provocando una profunda transformación en lo que debe entenderse por una empresa y, en consecuencia, afecta al concepto de transmisión empresarial.

Un testimonio de esta transformación la recogen las Resoluciones del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022 sobre la inteligencia artificial en la era digital o la de 12 de febrero de 2019 sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, que comenta con detalle Rojo Torrecilla<sup>3</sup>. Menciona el apartado 5 de esta última la existencia de ese cambio “(...) *en el panorama industrial actual existe*

<sup>1</sup> Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Debate-Penguin Random House, 2016, pág. 20.

<sup>2</sup> *Idem*, pág. 20.

<sup>3</sup> Rojo Torrecilla, Eduardo, 2022. Importante Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Unas notas descriptivas de su contenido laboral, y atención a la nueva bibliografía existente sobre IA. En: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/importante-resolucion-de-parlamento.html> [consulta: 23 de junio de 2022].

*un delicado equilibrio entre los propietarios y los trabajadores; estima que la aplicación de la inteligencia artificial en la industria debe avanzar en el marco de una amplia consulta con los interlocutores sociales, ya que el posible cambio en el número de personas que trabajan en el sector requiere políticas proactivas que ayuden a los trabajadores a adaptarse a las nuevas demandas y garantizar que los beneficios sean ampliamente compartidos; (...) para ello es necesario reconsiderar y rediseñar las políticas del mercado de trabajo, los regímenes de seguridad social y la fiscalidad”.*

El cambio afecta también y sin duda a la figura de la sucesión de empresa. En la medida en que el concepto de empresa está evolucionando a gran velocidad, la sucesión de empresa se ve también alterada (el Derecho va siempre a remolque de los cambios que experimenta la sociedad). La jurisprudencia social lleva ya años generando criterios interpretativos a modo de distintos estratos que se van sobreponiendo en el concepto de sucesión de empresa, enriqueciéndolo y tratando de adaptar la figura a los nuevos tiempos. Este trabajo tiene por objeto señalar algunos de esos criterios interpretativos que se están produciendo recientemente para adaptar la figura de la sucesión de empresa al nuevo concepto de empresa, sobre todo, en lo que respecta a uno de los elementos que maneja la jurisprudencia para determinar si existe o no sucesión de empresa: la cuestión acerca de si se han transmitido “elementos inmateriales y su valor”.

## **2. El “conjunto de elementos a examinar”**

Para determinar si existe o no una sucesión de empresa, la doctrina judicial ha ido dejando atrás el clásico análisis acerca del cumplimiento del elemento objetivo y subjetivo, y se centra ahora en revisar si concurren o no en el supuesto el “conjunto de elementos” o “aspectos a evaluar conjuntamente”.

Fue la jurisprudencia comunitaria la que vino empleando este sistema o método, que aparece de manera constante en su doctrina. Se trata de revisar una serie de aspectos que deben “evaluarse en su conjunto” para determinar si existe una sucesión de empresas del artículo 44 ET. Por todas, se citan la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (“STJUE”) de 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers (TJCE 1986,65), una de las primeras en las que aparece este método, seguido por muchas otras en sucesivas generaciones. Por citar solo algunas de las más conocidas, señalamos la STJUE de 24 de enero de 2002, asunto Temco (TJUE 2002, 29); STJUE de 20 de noviembre de 2003, asunto Abler (TJCE 2003, 386); STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Amatori (TJCE 2014, 60); STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto Ferreira da Silva (TJCE 2015, 368); STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto Aira Pascual (TJCE 2015, 283); o, más recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Dodic (JUR 2019, 144657), o la STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto Reiner Grafe y Jürgen Pohle (TJCE 2020, 24).

Esta última sentencia recuerda, por ejemplo en su apartado 24, ese conjunto de elementos o de circunstancias de hecho a analizar y precisa que se deben sopesar los

hechos de la operación examinada de manera conjunta. Destaca que, en primer lugar, aparezca en la enumeración “*el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate*”. En efecto, aquí se remarca que el análisis de los criterios conjuntos debe producirse en el contexto del tipo de actividad, el tipo de empresa de la que se trata y, por tanto, en la medida en que el concepto de empresa ha evolucionado y descansa, cada vez más, en elementos intangibles como la clientela o la inmaterialidad, esa evolución del concepto de empresa juega aquí un papel relevante precisamente en el primero de los criterios ofrecidos por el TJUE. Adicionalmente, se debe comprobar también “*(...) el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a 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*”.

En todo caso, recuerda el TJUE que “*estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C160/14, EU:C:2015:565, apartado 26 y jurisprudencia citada)*”.

Por tanto, el análisis se debe realizar caso por caso y aquí reside la riqueza y conjunto de matices en la jurisprudencia que analiza si existe o no sucesión de empresa. Esos aspectos a evaluar conjuntamente son los siguientes: (i) tipo de empresa/centro de actividad –aunque tienda a olvidarse, este es el más relevante de todos ellos, pues el análisis hay que realizarlo teniendo en cuenta dónde descansa la actividad, cuál es el tipo de actividad que se está analizando y cuál es el peso de cada uno de los elementos en esa actividad, para saber si la concurrencia o ausencia de alguno de ellos es decisiva–; (ii) existencia de transmisión de bienes materiales (edificios, bienes muebles...); (iii) que el nuevo empleador se haga cargo de la mayoría de los trabajadores (en términos de número y competencias); (iv) existencia de transmisión de bienes inmateriales y su valor en el momento de la transmisión, criterio que cada vez está ganando más preponderancia como a continuación se expondrá; (v) transmisión de clientela, que es otro de los criterios que se está tomando en especial consideración; (vi) grado de analogía de las actividades ejercidas antes de la transmisión y después de ella; y (vii) duración de una eventual suspensión de las actividades.

Estos aspectos globales han sido también asumidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde hace años. Así, hay que citar, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3649), que analiza un caso de sucesión de contratistas de vigilancia y servicios auxiliares de información en grandes superficies comerciales, aunque también pueden citarse muchas otras sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que incorporan este criterio de análisis, como por ejemplo la Sentencia 619/2021, de 10 de junio de 2021, recurso 4926/2018; la Sentencia 1028/2020, de 25 de noviembre, recurso 648/2018; o la Sentencia 510/2021, de 11 de mayo de 2021, recurso 1772/2018, entre muchas otras. Todas ellas realizan el análisis a través del “conjunto de elementos” y citan numerosa jurisprudencia de la Sala Cuarta y del TJUE que sigue la misma metodología.

Ya se ha dicho que estos criterios constituyen aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por tanto, no pueden apreciarse aisladamente. En este punto resulta de interés el enfoque que algún sector de la doctrina<sup>4</sup> ha aportado a la cuestión de qué importancia debe atribuirse a cada uno de estos criterios. En realidad, es el primero de esos criterios (tipo de empresa/centro de actividad) el que nos advierte de que hay que pararse a pensar en el peso y relevancia de cada uno de ellos, pues en cada actividad uno u otro criterio tendrán peso distinto. Por tanto, ese “*tipo de empresa, tipo de actividad de la que se trate*” ya da pie a considerar que, en la medida en que el concepto de empresa ha evolucionado y ahora descansa de manera cada vez más notable en los elementos inmateriales, estos van a ser determinantes para concluir si existe o no sucesión de empresa.

Recuerda Cavas Martínez<sup>5</sup> que la importancia respectiva y peso específico que debe atribuirse a los distintos criterios propuestos por el TJCE para determinar la existencia de una sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE y del artículo 44 ET, criterios que ya fueron enunciados desde hace ya muchos años en la sentencia Spijkers, “*varían, necesariamente, en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. De ahí la importancia de que los tribunales lleven a cabo una valoración conjunta de todos ellos, debiendo enjuiciarse cada caso según las circunstancias concurrentes*”.

Por tanto, deberá analizarse cuál de ellos es decisivo; además, deberán examinarse en conjunto, caso por caso, y deberá advertirse también que, cuantos más de esos elementos concurren, mayor será la probabilidad de que se declare la existencia de una sucesión de empresas del artículo 44 ET. Al final, la manera de proceder a este análisis recuerda de algún modo a una balanza en la que, cuantos más esos elementos concurren (o más significativos sean), más pesas se añaden a ella (o se añaden pesas de mayor envergadura) hasta que ese peso vence el equilibrio y se declara la sucesión de empresas. En este marco, el peso de los elementos inmateriales puede desequilibrar esa balanza.

### 3. Elementos inmateriales y su valor

En un nuevo entorno en el que la digitalización impera y en el que las empresas centradas en actividades en las que la tecnología es el elemento preponderante y esencial de la actividad, lógicamente, los elementos inmateriales se van imponiendo en el análisis del conjunto de elementos que debe realizarse, caso por caso, para concluir si existe o no una sucesión de empresa.

---

<sup>4</sup> Cavas Martínez, Faustino. A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 5, 2005, pág. 6 (BIB 2005, 2804).

<sup>5</sup> *Idem*, pág. 6.

*a) Los medios inmateriales pueden resultar decisivos para determinar la existencia de relación laboral, también para definir al empleador y, por tanto, también para determinar la existencia o inexistencia de sucesión de empresa*

Esta tendencia a considerar el peso específico de los elementos inmateriales no es exclusiva del campo de la sucesión de empresa, sino que se ha podido comprobar como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta de manera decisiva el valor que encierra la puesta a disposición de una aplicación (*app*) a los *raiders*, para determinar que existe una relación laboral, en la conocida sentencia del asunto Glovo (Sentencia 805/2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020). Que la *app* haya resultado esencial para concluir que su puesta a disposición revela la ajenidad en los medios, y que esto es determinante para concluir que existe una relación laboral, es una cuestión que trasciende ese puro análisis o test de laboralidad y que impacta también en otros aspectos jurídico-laborales, como la existencia o inexistencia de una transmisión de empresa.

Es especialmente pertinente traer a colación la consideración de los medios inmateriales en la determinación de la existencia o no de una relación laboral. Y ello porque, como ha venido señalando la doctrina científica (Prassl), la consideración y análisis sobre si existe o no una relación laboral resulta también de utilidad para conocer el concepto de empleador, pues “*el análisis de los factores que hacen que un individuo sea considerado un empleado, permite, igualmente, extraer conclusiones sobre el concepto de empleador*”<sup>6</sup>. De hecho, se ha razonado en este punto que las dificultades en identificar a la figura del empleador también surgen para identificar a la empresa cedente en las sucesiones de empresa<sup>7</sup>.

Y es que, en definitiva, concepto de empresario y de trabajador son las dos caras de la misma moneda unidas por el sinalagma. Determinar si estamos ante un contrato de trabajo, ante una relación laboral por cuenta ajena, también conlleva el conocimiento acerca del empresario, pues al final –como recuerda Mercader Uguina– el concepto de empleador es un concepto traslativo que gravita en torno al de trabajador<sup>8</sup>. Por tanto, el primero (concepto de empleador) se delimita en la medida en que actúa contractualmente junto con el segundo (el concepto de empresa).

En este contexto, conocer cómo se configura el concepto de empresario, empleador o empresa, también conlleva, en definitiva, conocer el concepto de unidad productiva. Y precisamente en ese punto, la evolución de este concepto clásico que se encuentra “*tensionado y bajo presión*”<sup>9</sup> en nuestra sociedad postindustrial que ha dado paso a la “*empresa ingrávida*” incide en el concepto de sucesión de empresa. De hecho, Desdentado Bonete sostuvo hace ya unos años que “*la fragmentación de la empresa lleva a un tipo*

<sup>6</sup> PRASSL, Jeremías, *The concept of the employer*. New York, Oxford University Press, 2015, pág. 25.

<sup>7</sup> *Idem*, pág. 91.

<sup>8</sup> Mercader Uguina, Jesús, *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid, Lexnova, 2002, pág. 189 y ss.

<sup>9</sup> “*(...) a concept under pressure*”, según reflexiona PRASSL, Jeremías, *The concept of the employer, op. cit.*, pág. 81.

*de empresa post-industrial que quizá ya no es el modelo que tuvo en cuenta el legislador al establecer las garantías clásicas para la transmisión de empresa*<sup>10</sup>. Diecisiete años después de esa cita, no se puede estar más de acuerdo en el planteamiento, las garantías que acarrea la transmisión de empresa hoy, deben asentarse sobre esa nueva base.

Por eso, la incidencia de los elementos inmateriales para conocer si su puesta a disposición conlleva la existencia de una relación laboral, al ser esencial para conocer si se está ante una relación laboral, también va a resultar crítica para conocer si la transmisión de tales elementos esenciales conlleva la existencia de una sucesión de empresa.

En este sentido es en el que argumenta precisamente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el fundamento de derecho vigesimoprimer de su Sentencia 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, la relevancia de la aplicación para determinar la existencia de una relación laboral (y, en paralelo, la transmisión de esa decisiva aplicación podría, en su caso, desencadenar el régimen jurídico de la transmisión de empresa).

A través de ella, la empresa (i) establece todos los aspectos relativos a la forma de prestación del servicio y el precio del servicio de recogida y entrega de los productos, así como del pago; (ii) establece instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo, incluyendo medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, incluyendo las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante; (iii) organiza la actividad, pues el repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución (por tanto, la *app* pone a disposición los clientes, elemento fundamental una vez más), todo ello incide en que el repartidor no tenga capacidad para organizar el trabajo y autonomía; (iv) establece las directrices organizativas, y eso revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral; (v) la clave en la prestación de los servicios la constituye un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos; (vi) a través de la *app* se disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador; y (vii) por último, a través de la plataforma digital, se lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma.

Evidentemente, la importancia esencial de los medios inmateriales fue decisiva aquí para concluir que existía una relación laboral. En el mismo sentido, la importancia de esos medios inmateriales puede provocar que su transmisión produzca la sucesión de empresa laboral. En cambio, su falta de transmisión, cuando se trata de elementos esenciales, puede provocar la inexistencia de sucesión de empresa. Ejemplo de esto último la constituye la

---

<sup>10</sup> Desdentado Bonete, Aurelio, en De la Puebla Pinilla, Ana, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*. Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pág. 10.

doctrina de suplicación acerca de los medios inmateriales en las agencias de viajes, sector que constituye un buen ejemplo en el que comprobar esa irrupción de los medios inmateriales y la digitalización en la transmisión de empresas, como a continuación se desarrollará.

En todo caso, el concepto mismo de empresa está evolucionando a una velocidad vertiginosa. Por eso, es preciso subrayar una relevante conclusión. La importancia de los elementos inmateriales en muchas de las industrias de nuestros tiempos está generando una auténtica revolución en el concepto de empresa y, en consecuencia, en el concepto de sucesión de empresa.

Sin detenernos en ello ahora con detalle, es preciso al menos citar que hemos visto recientemente cómo, cuando la actividad descansa esencialmente en la clientela, su exclusiva transmisión (sin transmitirse empleados, oficinas, mobiliario, etc.) conlleva la sucesión de plantillas al facilitarse la transmisión cuasi automática de un elevado porcentaje de las carteras de valores –STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Dodic<sup>11</sup>.

También hemos visto el papel cada vez más relevante de la obsolescencia de los medios. Y de cómo, ante un cambio de adjudicataria del servicio de líneas de autobuses en el que no se transmiten los autobuses, pero sí los conductores, no existía sucesión de empresa en el 2001 (STJUE de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, Liikenne) y, sin embargo, casi veinte años después, sí se ha declarado la existencia de sucesión en un supuesto muy similar (STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/18, Reiner Grafe y Jürgen Pohle)<sup>12</sup>.

Además de clientela y obsolescencia de los medios, el tercer actor protagonista es, sin duda, el de los medios inmateriales. Tanto es así que habrá que verificar si la actividad descansa de manera esencial en la “industria inmaterial”, pues esto puede determinar la existencia de sucesión si se transmite, o la inexistencia de sucesión legal si no se transmite. Y, en caso de no transmitirse esos elementos inmateriales esenciales en las industrias que en ellos descansan, habrá que verificar si el convenio colectivo aplicable prevé la subrogación convencional, que es cuando adquiere sentido. En efecto, si descansa esencialmente en la inmaterialidad, no descansará esencialmente en el personal, de modo que no podrá aplicarse aquí la doctrina de la sucesión de plantilla como consecuencia del cumplimiento del convenio, resultado al que conduce la STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, Somoza-Hermo, asumida en la Sala Cuarta<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Pueden citarse, como ejemplos de aplicación de la doctrina Dodic en nuestra doctrina de suplicación, los que se analizan en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de enero de 2021 (JUR 2021, 138599); 8 de septiembre de 2020 (JUR 2021, 137722); 1 de junio de 2021 (JUR 2021, 326797) o de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 18 de noviembre de 2021 (JUR 2022, 39698).

<sup>12</sup> En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de noviembre de 2020 se cita la doctrina Grafe Pohle en un supuesto de cambio de adjudicataria de contrata en el que queda abandonado un módulo prefabricado con ordenadores y otro material sin uso, que se empleaba para dar servicio a una empresa del sector de la automoción.

<sup>13</sup> Sentencia 873/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2018, a la que han seguido muchas otras, por ejemplo, Sentencia núm. 269 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022 (recurso 1062/2020), por citar una de las más recientes.



En esta misma línea se ha pronunciado De la Puebla Pinilla<sup>14</sup> al recordar lo siguiente:

*“(...) Lo mismo puede decirse de la subrogación convencional en actividades que, aun no descansando en elementos productivos materiales relevantes, requieren activos inmateriales o intangibles cuya transmisión entre cedente y cesionario es determinante para la apreciación de una sucesión de empresa. Hay ya pronunciamientos judiciales en los que se declara la transmisión de empresa, al margen o sin transmisión de elementos productivos materiales, tras apreciar la transmisión de la cartera de clientes, del know-how organizativo o de la cesión de contratos (STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Docic; STSJ Asturias, de 21 de marzo de 2017 (Rº 6/2017) y STSJ País Vasco, de 7 de enero de 2021, Rº 1453/2020). Tampoco en estos casos puede afirmarse que la plantilla constituya una entidad económica de modo que las previsiones que, en su caso, pudieran recogerse en el Convenio colectivo de aplicación sobre subrogación convencional serían insuficientes para activar la aplicación del art. 44 ET”.*

*b) Un ejemplo del impacto de la digitalización y los medios inmateriales en el concepto de empresa. El ejemplo del sector de agencias de viajes y el reconocimiento de ese impacto en la normativa de ERTES RED*

El sector de las agencias de viajes supone un buen ejemplo en el que observar cómo la evolución en los medios de producción afecta al concepto de sucesión de empresa y de unidad productiva, dado que, cada vez más, las nuevas tecnologías, los medios inmateriales, las aplicaciones, el *software* y demás son decisivos (por tanto, su transmisión o no transmisión puede ser determinante de la existencia de sucesión de empresa). Tanto es así que la incidencia de los medios materiales ha impactado no solo en el concepto de unidad productiva en el sector (en los últimos tiempos claramente apalancado en los elementos inmateriales), sino también en la propia necesidad de reconversión de sus plantillas, dadas las enormes dificultades de esta industria para recuperarse tras la pandemia, habida cuenta de los cambios que, ya con anterioridad de su aparición, empujaban hacia su reconversión. La pandemia tan solo ha resultado ser un acicate a ese proceso<sup>15</sup>.

De hecho, conviene citar aquí que el impacto de las nuevas tecnologías ha sido uno de los factores que ha propiciado incluso la necesidad de transformación del sector por impacto de la digitalización. Así, los denominados Mecanismos RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo introducidos por la reforma laboral de 2021 han sido

<sup>14</sup> De la Puebla Pinilla, Ana, La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*. Madrid, Universidad Carlos III, vol. 2, n.º 2, 2021, pág. 7. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6483> [consulta: 23 de junio de 2022].

<sup>15</sup> En efecto, la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del ET, argumenta que “*El porcentaje tan alto de personas en ERTE en el sector de las agencias de viaje, que es la única rama donde se refleja este comportamiento, está relacionado, no obstante, con un cambio estructural que se está produciendo en el sector, y que posiblemente empezara con anterioridad al estallido de la Covid-19*”. Posteriormente realiza varias alusiones a la irrupción de la tecnología.

activados precisamente para este sector de agencias de viajes, buscando la reconversión del sector y poniendo en práctica los mecanismos del nuevo artículo 47 bis.1.b) del ET en su modalidad sectorial, prevista para cuando “*se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesionales de las personas trabajadoras [...]*”<sup>16</sup>.

La doctrina ha señalado, acerca de la modalidad sectorial del Mecanismo RED, que “*(...) remite a cambios que afecten señaladamente a determinados sectores productivos como consecuencia de procesos de diversa naturaleza pero que, sin duda, en su aplicación más inmediata, encontrarían un contexto adecuado en la automatización y digitalización de los procesos productivos*”<sup>17</sup>.

En efecto, esa automatización y digitalización de procesos aparece de manera clara en el sector de agencias de viajes, que genera la necesidad de acometer procesos de transición profesional para adaptarse a esta nueva realidad, razones que han sido subrayadas por la Orden PCM/250/2022. La Orden prevé que “*este sistema ha de servir de apoyo a la recualificación de trabajadores y trabajadoras en empresas y sectores en transición, para hacer frente a los posibles ajustes permanentes de plantillas ante innovaciones derivadas de los cambios tecnológicos o de la demanda*”.

Precisa también que el impacto de la crisis ha sido tan profundo que impide retomar la actividad con continuidad sin prestar atención a las nuevas realidades que van a condicionar la evolución del sector. Se argumenta también que la pandemia ha supuesto un auténtico “*catalizador de tendencias existentes en el mercado con carácter previo a su aparición*”. No en vano, el fenómeno de la *omnicanalidad*, es decir, la necesidad de coexistencia de las ventas físicas en tiendas o agencias en coexistencia con el entorno digital se ha constatado por diversos estudios (p. ej., la consultora Braintrust)<sup>18</sup>.

En ese contexto de irrupción de las nuevas tecnologías y de la digitalización en el sector, junto con los cambios de tendencia del tipo de producto que se demanda en la industria de viajes (p. ej., ecoturismo, turismo responsable, etc.), se llega a la conclusión de que es necesario actuar para dotar a las agencias de viaje de herramientas que le permitan adaptarse al nuevo contexto. En este contexto, según indica SEGITTUR<sup>19</sup>,

---

<sup>16</sup> Activa estos ERTES RED para el sector de agencias la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) del ET. Su régimen jurídico se desarrolla, por el momento, en el artículo 47 bis del ET, en los capítulos II y III del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

<sup>17</sup> De La Puebla Pinilla, Ana, Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. En: Goerlich Peset, José María; Mercader Uguina, Jesús y De la Puebla Pinilla, Ana, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 217 y ss.

<sup>18</sup> GARCÍA BUTRAGUEÑO, Ángel, 2022. La importancia de la omnicanalidad en la comercialización turística [en línea]. Disponible en: <https://www.braintrust-cs.com/download/la-importancia-de-la-omnicanalidad/> [consulta: 1 de julio de 2022].

<sup>19</sup> Secretaría de Estado de Turismo e Innovación del Gobierno de España.

las empresas de este subsector deben tratar de responder a la nueva demanda adaptando su oferta y sustentándola en pilares basados en la calidad, la toma en consideración de la garantía de seguridad sanitaria (que las personas consumidoras requerirán mientras perdure la preocupación por ciertas restricciones) y, señaladamente, la adaptación a un funcionamiento cada vez más digital. Por ello, la normativa reguladora de los ERTES RED apuesta por una serie de actuaciones en el ámbito laboral, como la reconversión de tareas y la capacitación y formación.

Pues bien, como se observa, entre las distintas cuestiones que afectan al sector, se encuentra la “*adaptación al funcionamiento cada vez más digital*”, pues la tendencia, tanto de los consumidores de los servicios como del funcionamiento de esta industria, apunta en esa dirección, razón por la que los planes de recualificación a los que obliga la normativa para la tramitación de los ERTES RED (47 bis ET y RDL 4/2022) se están centrando, en la práctica, en esas competencias digitales.

En este contexto, es evidente que la evolución tecnológica marca a la industria y al sector, así como al concepto de empresa, por tanto, es esta una industria especialmente afectada por el cambio del concepto de empresa. También, evidentemente, al concepto de sucesión de empresa. Veamos la incidencia en la jurisprudencia existente en este sector.

*c) La actividad de agencias de viajes descansa en los elementos inmateriales (y su falta de transmisión provoca la inexistencia de sucesión de empresa)*

La doctrina de suplicación ha tenido ocasión de analizar los supuestos de sucesión de empresa en la actividad de agencias de viajes. Su conclusión ha sido clara y mantenida por diversas Salas de lo Social (País Vasco, Cataluña, Castilla y León, y Madrid) en sentencias que se citan a continuación. Son diversos los elementos necesarios para llevar a cabo este negocio (trabajadores, mobiliario, clientes, tiendas) y buena parte de ellos pudieron haberse transmitido en estos casos, si bien la actividad en este sector se basa en los elementos inmateriales, y su falta de transmisión implica la no sucesión de empresa. En esencia, esta industria descansa en los *software*—como el denominado sistema AMADEUS que permite la búsqueda y reserva de billetes de avión—, en las licencias para adquirir billeteaje aéreo concedidas por la IATA, así como para la adquisición de billetes de tren, concedidas por RENFE, y en el producto y contratos con los proveedores para poder ofrecer esos productos (billetes de avión, navieras, coches de alquiler y hoteles). Esos medios se consideran “*principales y no solo accesorios*” en los términos que requiere la doctrina de la Sala Cuarta (STS de 16 de julio de 2003). Por ello, no habiéndose transmitido esos elementos esenciales por parte de la cedente, sino que, siendo la cesionaria quien los puso sobre la mesa, no existe sucesión de empresa. De hecho, tampoco puede sostenerse que se trate de una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra (y a la que pudiera aplicarse la doctrina de la sucesión en la plantilla), sino que lo capital en ese sector son los elementos inmateriales.

Así lo vienen a concluir la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 908/2015, de 4 de diciembre de 2015, y un conjunto de

sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como la núm. 2045/2013, de 20 de noviembre; núm. 2038/2013, de 19 de noviembre; núm. 2221/2013, de 17 de diciembre; núm. 2238/2013, de 17 de noviembre; núm. 234/2014, de 28 de enero; núm. 162/2014, de 25 de febrero; núm. 368/2014, de 18 de febrero; núm. 650/2014, de 1 de abril; núm. 368/2014, de 13 de mayo; núm. 931/2014, de 13 de mayo; núm. 632/2014, de 1 de abril; y núm. 525/2014, de 18 de marzo (en adelante, nos referiremos a este conjunto como las “Sentencias del TSJ del País Vasco”).

Esas sentencias razonan, en esencia, que la actividad de agencias de viajes no descansa en la mano de obra de manera esencial porque *“precisa disponer de unos medios tecnológicos y una red de mayoristas con los que materializar los viajes que ofrecen al público”*.

Por ejemplo, la Sentencia 2045/2013, de 20 de noviembre, ha argumentado que se ha acreditado que la actividad empresarial de agencia de viajes *“no es sólo ni exclusivamente una especie de aportación de mano de obra como elemento aislado e importante y único, sino que exige la constatación de medios materiales de cierta importancia, principales y no sólo accesorios, que se dan en el contexto de las oficinas y apertura al público en un modo de atención de una actividad profesional que exige medios técnicos, tecnológicos y de apoyo de mayoristas para la materialización de la oferta pública que hace difícil el análisis, estudio y decisión de una verdadera sucesión de plantillas”*.

También, en términos prácticamente idénticos, se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), concretamente en su Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (recurso 1258/14), que entendió que se trata de una *“actividad profesional que exige medios técnicos, tecnológicos y de apoyo de mayoristas para la materialización de la oferta pública que hace difícil apreciar una verdadera sucesión de plantillas. Así se asevera en sentencia (fundamento segundo) que cuando la oficina de [la calle M] empezó a operar como [oficina de la pretendida cesionaria] no podía llevar a cabo la totalidad de sus cometidos sino que precisó el apoyo de otra oficina de [la pretendida cesionaria] ya consolidada y esto fue así porque [la pretendida cesionaria] ha aportado no solo medios materiales sino también y principalmente tecnología (entre la que destaca la propia del sistema FRONT al que conectarse las oficinas para buscar información sobre los productos a vender) y relaciones comerciales (como contratos con proveedores existentes)”*.

El mismo criterio ha sido acogido, igualmente, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia núm. 6645/2015, de 9 de noviembre, que ha considerado acreditado que, en el sector de agencias de viajes *“son indispensables medios y recursos tecnológicos e informáticos, así como una red de mayoristas, contratos con hoteles, operadoras de viajes terrestres, etc., de manera que la mera sucesión de plantillas no permite continuar en el desempeño de la actividad (...)”*.

Igualmente, numerosos Juzgados de lo Social han compartido este criterio y lo han analizado con detalle. Resulta muy reveladora la Sentencia 354/2013, de 17 de octubre, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, que declara inaplicable la doctrina de la sucesión en la plantilla porque *“considera esta Juzgadora que la actividad de agencia de viajes no descansa básicamente en la mano de obra, pues deben tenerse los elementos patri-*

*moniales necesarios para poderla desarrollar y sin los cuales es imposible hacerlo, programas informáticos, códigos IATA y demás elementos informáticos (ordenadores) (...)*”.

También la Sentencia núm. 261/14, de 30 de junio de 2014, del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, que razona en términos muy parecidos el carácter indispensable de “*los programas y sistemas informáticos*”, a los que añade “*las licencias necesarias para la actividad*”.

Por su parte, las Sentencias del TSJ del País Vasco han concluido con rotundidad esa inexistencia de sucesión de empresas al entender que los elementos inmateriales son indispensables para la actividad y no habían sido transmitidos. Por todas, la Sentencia 2045/2013, de 20 de noviembre, ha entendido la relevancia de la aportación de medios inmateriales y de “*las inversiones realizadas por la empresarial entrante con respecto al sistema amadeus, la inversión en redes de conexión y sus facturaciones de señalizaciones, rótulos, publicidad y propaganda, además de conformación de autorizaciones de puntos de venta renfe, códigos IATA o el manual básico FRONT [sistema propio de esa agencia de viajes que permite efectuar reservas y aportar el crédito del proveedor], cuyas certificaciones, facturaciones y licencias quedan documentadas con suficiencia*”.

A la vista de los medios aportados por la pretendida cesionaria, la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco ha concluido que no existe sucesión de empresas ni sucesión de plantillas.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 6645/2015, de 9 de noviembre, se pronunció en los mismos términos y declaró inexistencia de sucesión de empresas porque:

*“la empresa recurrente [la pretendida cesionaria] ha procedido a la adquisición de nuevos hardware y software “Amadeus”, licencias de actividad, redes de conexión, sistema informático “Front”, redes de mayoristas... , de manera que no se limitó a aprovechar la infraestructura de la oficina que anteriormente ocupaba [la pretendida cedente], sino que tuvo que empezar de cero, para lo cual hubo de mantener cerrada la oficina durante más de dos meses, datos todos ellos que, tal y como sostiene la recurrente, nos llevan a negar la existencia de sucesión empresarial”.*

Finalmente, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha acogido la misma doctrina en su Sentencia núm. 908/2015, de 4 de diciembre, que declaró la inexistencia de sucesión de empresa sobre la base de que “*fue la [pretendida cesionaria] quien aportó los medios materiales e inmateriales imprescindibles para realizar una actividad*” y que por eso no existió la transmisión de una unidad productiva autónoma. Se recalcó también que “*no existen datos que justifiquen la subrogación que establece la sentencia, al acreditarse solo una coyuntural y parcial sustitución en el mercado respecto a un cliente. No hay sucesión en la titularidad de la empresa. No hay transmisión del conjunto organizado pese a que se trata de una actividad que exige el empleo relevante de diversos medios materiales, mobiliarios, inmobiliarios, técnicos, no bastando la mano de obra, no estamos pues ante lo que se entiende como sucesión “en la contrata”.*”

Igualmente, cabe recordar que esta doctrina se ha venido aplicando incluso en el caso del cambio de adjudicataria de un *implant* de agencias de viajes, esto es, en oficinas de agencias de viajes insertas en empresas, por ejemplo, productoras de metal o gasísti-

cas, que cuentan con una agencia de viajes para atender a las adquisiciones de viajes de sus empleados. En estos casos se ha concluido que tampoco existe sucesión de empresa, nuevamente, al considerar que el elemento fundamental para el sector de los elementos inmateriales, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de abril de 2019<sup>20</sup>.

*d) La importancia creciente de los algoritmos. ¿Podrían constituir una unidad productiva autónoma?*

De acuerdo con la RAE, los algoritmos son un “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”, o bien el “método y notación en las distintas formas de cálculo”.

Pero estas definiciones han quedado anticuadas en el contexto jurídico actual (incluyendo el jurídico-laboral) y la doctrina se ha encargado de analizar su incipiente incidencia en nuestra disciplina. Mercader Uguina<sup>21</sup> ha propuesto como definición de algoritmo la de “una tecnología intelectual, se ha dicho, que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o resultado. En suma, los algoritmos contribuyen a formalizar una serie de reglas de decisión y a efectuar cadenas de cálculos que permiten el análisis de múltiples variables seleccionando, de entre ellas, la mejor”.

La doctrina ha destacado el incremento de su importancia y su valor como activo intangible. Así, Beltrán de Heredia<sup>22</sup> ha señalado que “La acelerada digitalización y la minería de la realidad están permitiendo que la datificación esté alcanzando otro orden de magnitud. De hecho, ya se habla de la “economía de datos” (Mayer-Schönberger/Ramge) y estos se han convertido en el nuevo “polvo de oro” para fundir lingotes (Mayer-Schönberger/Cukier)”.

La evolución del concepto de empresa, que ha venido transitando desde un concepto basado en activos tangibles, materiales hacia una actividad cada vez más apalancada en la inmaterialidad, revela que el concepto de sucesión de empresa también va a renovarse. Lo señala nuevamente Mercader Uguina al valorar los algoritmos y exponer que “Es cierto que la idea de empresa regulada por nuestra legislación es material, física, tangible, pero también lo es que la tendencia hacia la ingravidez empresarial pone en cuestión el

---

<sup>20</sup> Martínez Saldaña, David, Cambio de adjudicataria de un *implant* (Comentario a la STSJ de Asturias de 25 de abril de 2019 y alusión a la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto DODIC). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 223, 2019, págs. 221-230.

<sup>21</sup> Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del Trabajo. *Diario La Ley*. Madrid, La Ley, n.º 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021, pág. 1.

<sup>22</sup> Beltrán de Heredia, Ignasi, 2022. La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo. En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea]. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/la-irrupcion-de-los-algoritmos-en-el-derecho-del-trabajo/> [consulta 23 de junio de 2022].

*alcance de preceptos, como el art. 44 Estatuto de los Trabajadores. Nadie duda a día de hoy de que la trascendencia que tiene la utilización de los algoritmos por parte de las empresas podría llevar a entender que ellos mismos son la empresa*<sup>23</sup>.

Si se atiende al plano más pragmático y pedestre en la aplicación de las normas laborales, ya se ha expuesto anteriormente como, en nuestro país, la importancia del algoritmo se ha mostrado decisiva en algunos supuestos, como es el caso del algoritmo de Glovo inserto en su *app*, que contribuyó de manera importante a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluyera que los *raiders* debían considerarse trabajadores por cuenta ajena. En efecto, y entre otras razones, por la relevancia de la actuación de ese algoritmo en la configuración de órdenes, en el reparto de pedidos, en el seguimiento y revisión del rendimiento del trabajador, etc. Por tanto, si un algoritmo puede ser decisivo para determinar si su tenencia por la empresa y puesta a disposición del *raider* muestra la ajenidad en los medios necesaria para cualificar su relación como laboral, también ese mismo algoritmo puede jugar ese papel decisivo, llegado el caso a analizar con prudencia y vistas las circunstancias concurrentes, para concluir la existencia de una sucesión de empresa del artículo 44 ET y de la Directiva en actividades que “*descansen esencialmente en el algoritmo*”.

Esto último no es ciencia ficción. Y es que en el mundo en que vivimos “*los algoritmos se encuentran en el corazón de las empresas (Netflix, Google, Deliveroo, etc.) y son, en muchos casos, el núcleo esencial de muchas de ellas*”<sup>24</sup>. Los elementos inmateriales, en general, y los algoritmos, en particular, se han erigido como esenciales en la empresa del siglo XXI y su *core business* puede perfectamente estar constituido por esos activos inmateriales y subcontratar las otras áreas satélite de la empresa (por ejemplo, el servicio telefónico de atención al cliente): “*(...) cojamos el caso de AIRBNB para ejemplificar. Esta empresa ofrece servicios de intermediación, a través de su página web, en materia de asesoramiento turístico. De esta forma, su marca y su página web son las bases de su negocio*”<sup>25</sup>.

Por eso, la transmisión de esos bienes inmateriales esenciales o del algoritmo, cuando supongan la transmisión de la esencia del negocio o de la empresa, cuando impliquen la posibilidad de continuar con la explotación del negocio al no ser necesaria la aportación de elementos esenciales no accesorios por el cesionario, podría llegar a constituir una sucesión de empresa, circunstancia que habría que sopesar caso por caso y siempre y cuando el algoritmo no fuera, en realidad, un “*elemento patrimonial aislado*”, en el sentido al que se refiere la STS de 16 de julio de 2003. Algunas de las últimas sentencias del TJUE (por ejemplo, señaladamente la STJUE Dodic) concluyeron que existía sucesión de empresa aunque no se cedieran activos materiales, inmateriales ni personales (asumiendo que el negocio se basaba en la clientela). Por tanto, si el negocio se basara en el algoritmo, cabría preguntarse si su transmisión constituiría una sucesión de empresa.

<sup>23</sup> Mercader Uguina, Jesús, *Algoritmos y Derecho del Trabajo. Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Madrid: Uría Menéndez, n.º 52, 2019, págs. 67 y ss.

<sup>24</sup> *Idem*, pág. 9.

<sup>25</sup> Todolí Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, pág. 54.

Ello es posible: “*Si esto es así, ¿qué impediría considerar que la transmisión de un algoritmo constituye una transmisión de empresa? Creemos que nada*”<sup>26</sup>.

De hecho, la Comisión Alemana de Ética de Datos ha publicado propuestas para la regulación de algoritmos en las que se proponía la “*separación estructural de la parte de la organización responsable de administrar el algoritmo. Se recomienda, así que esta unidad de actividad podría ubicarse en una unidad de negocio separada, con objetivos e incentivos claramente definidos, y hacerse independiente de las partes ascendentes y descendentes de la empresa*”<sup>27</sup>. Habrá que seguir pendiente de estas propuestas de regulación que acercarán también a los algoritmos al concepto de unidad productiva autónoma.

En todo caso, conviene recordar que, para determinar si existe o no una sucesión de empresa, habrá siempre que considerar el conjunto de elementos que configuran la industria, identificar lo esencial para la continuación de la actividad y diferenciarlo de lo accesorio. Si el algoritmo que se transmite es lo esencial para la continuación de la actividad, podría haber sucesión de empresa de la Directiva 2001/23 CE y del 44 ET. Si no engloba lo esencial, porque el cesionario debe aportar otros elementos cruciales, no accesorios, para llevar a cabo el servicio, no podrá declararse la existencia de sucesión de empresa.

#### 4. Conclusiones

En un mundo cambiante y en el inicio de la cuarta revolución industrial la consideración de los medios inmateriales es esencial. Se ha podido comprobar en la determinación de la existencia o no de una relación laboral y, en la medida en que el análisis de los factores que hacen que un individuo sea considerado un empleado, permite, igualmente, extraer conclusiones sobre el concepto de empleador, la irrupción de la inmaterialidad está modulando, también, el concepto de transmisión de empresa.

Un buen ejemplo, tangible, sobre el impacto de la digitalización del concepto de empresa lo constituye el sector de agencias de viajes, en el que la doctrina judicial ha tenido ocasión de concluir que la actividad en este sector se basa en los elementos inmateriales, y su falta de transmisión implica la no sucesión de empresa (o su transmisión puede implicar la transmisión).

Extrapolado a los nuevos casos que están por venir, y ante la todavía escasez de casos analizados por los tribunales, parece que podría concluirse que la transmisión de esos bienes inmateriales esenciales o del algoritmo, cuando supongan la transmisión de la esencia del negocio o de la empresa, cuando impliquen la posibilidad de continuar con la explotación del negocio al no ser necesaria la aportación de elementos esenciales no accesorios por el cesionario, podría llegar a constituir una sucesión de empresa, circunstancia que habría que sopesar caso por caso y siempre y cuando el algoritmo no fuera, en realidad, un “*elemento patrimonial aislado*”, en el sentido al que se refiere la STS de 16 de julio de 2003.

---

<sup>26</sup> Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos; personas y números en el Derecho Digital del Trabajo, *op. cit.*, pág. 9.

<sup>27</sup> *Idem*, pág. 9.



## Bibliografía

- Beltrán de Heredia, Ignasi, 2022. La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo. En: *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [en línea]. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/la-irrupcion-de-los-algoritmos-en-el-derecho-del-trabajo/> [consulta 23 de junio de 2022].
- Cavas Martínez, Faustino, A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 5, 2005, págs. 645-660 (BIB 2005, 2804).
- De la Puebla Pinilla, Ana, La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*. Madrid, Universidad Carlos III, vol. 2, n.º 2, 2021, págs. 4-12.
- De la Puebla Pinilla, Ana, Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. En: Goerlich Peset, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y De la Puebla Pinilla, Ana, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 217 y ss.
- Desdentado Bonete, Aurelio, en DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*. Cizur Menor, Aranzadi, 2005.
- García Butragueño, Ángel, La Importancia de la omnicanalidad en la comercialización turística [en línea]. Disponible en: <https://www.braintrust-cs.com/download/la-importancia-de-la-omnicanalidad/> [consulta: 1 de julio de 2022].
- Martínez Saldaña, David, Cambio de adjudicataria de un *implant* (Comentario a la STSJ de Asturias de 25 de abril de 2019 y alusión a la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto DODIC). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 223, 2019, págs. 221-230.
- Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos y Derecho del Trabajo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Madrid: Uría Menéndez, n.º 52, 2019, págs. 63-70.
- Mercader Uguina, Jesús, Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del Trabajo. *Diario La Ley*. Madrid, La Ley, n.º 48, Sección Ciberderecho, 24 de febrero de 2021.
- Mercader Uguina, Jesús, *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid, Lexnova, 2002.
- Rojó Torrecilla, Eduardo, 2022. Importante Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Unas notas descriptivas de su contenido laboral, y atención a la nueva bibliografía existente sobre IA. En: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/05/importante-resolucion-de-parlamento.html> [consulta: 23 de junio de 2022].
- Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*. Barcelona, Debate-Penguin Random House, 2016.
- Todolí Signes, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.