

SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESAS

Ana de la Puebla Pinilla

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Recibido: 13/12/2016

Aceptado: 12/01/2017

RESUMEN

En determinados sectores productivos en los que el trabajo se presta en el marco de contratas, es frecuente que los convenios colectivos incorporen la obligación del nuevo contratista de subrogarse en los contratos de trabajo del anterior. Este tipo de cláusulas suscitan numerosos problemas relacionados con la validez de las previsiones convencionales a la luz del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Cuestiones como la vinculación del contratista entrante al convenio colectivo que impone la subrogación, la legalidad de las cláusulas que condicionan la sucesión de los contratos al cumplimiento de determinadas formalidades o requisitos o aquellas previsiones que limitan los efectos de la subrogación, son objeto de análisis en el presente estudio. A ello se añade el análisis detallado de la doctrina, derivada de recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, conforme a la cual la subrogación convencional no puede reconducirse a la subrogación legal. El contraste de los argumentos empleados para alcanzar tal conclusión y la interpretación emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conduce a una revisión crítica de tal doctrina.

Palabras clave: subrogación convencional, sucesión de empresas, sucesión de plantillas, convenio colectivo aplicable, responsabilidad solidaria, contratas y subcontratas

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. SUCESIÓN DE CONTRATAS, SUCESIÓN DE PLANTILLAS Y SUCESIÓN DE EMPRESA

Conforme a unánime doctrina y reiterada jurisprudencia, la sucesión de contratas o de concesiones administrativas no constituyen supuestos típicos de transmisión de empresas. La afirmación vale tanto para el momento constitutivo de la contrata o concesión administrativa –cuando ésta se constituye por primera vez, normalmente como consecuencia de una decisión de externalización de la actividad o parte de la actividad empresarial- como para el momento de cambio de contratista o concesionario o, finalmente, para el supuesto de que se produzca la finalización de la contrata o concesión por decisión de la empresa principal de recuperar o internalizar el servicio contratado. Que dichos fenómenos no constituyan típicamente un supuesto de sucesión empresarial deriva de la consideración de que el mero cambio de titular de la actividad empresarial no supone por sí mismo un fenómeno sucesorio si no va acompañado de la transmisión de los elementos que integran la organización productiva. Precisamente por ello, esta regla general se exceptúa cuando el nuevo contratista o la empresa principal que continúa con la actividad lo hace con la misma organización productiva que empleaba el anterior.

A efectos de delimitar el contenido de la organización productiva que debe transmitirse entre anterior y nuevo empresario para que pueda apreciarse la existencia de transmisión de empresa, ésta se concibe como un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica. Para decidir si se produce la transmisión de la organización productiva entendida en los términos señalados es preciso, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantenida también por el Tribunal Supremo, valorar todas las circunstancias de hecho y, en particular, el tipo de

empresa o de actividad de que se trate¹. De este modo, cuando la actividad empresarial que continua con un nuevo empresario requiere de importantes elementos materiales, instalaciones o infraestructuras, la circunstancia de que el nuevo contratista desarrolle la actividad con esos mismos elementos es suficiente para apreciar la transmisión de empresa y aplicar el régimen legal previsto en el art. 44 ET. No excluye esta conclusión la circunstancia de que no exista una relación contractual entre anterior y nuevo titular de la actividad² ni tampoco que los elementos empleados para el desarrollo de la actividad económica no sean de titularidad del contratista pues lo relevante es que quien presta la actividad tenga disponibilidad sobre los mismos para ejecutar la actividad contratada³.

¹ STJCE de 11 de marzo de 1997, Süzen, asunto C-13/95: "Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente".

² "La inexistencia de vínculo contractual entre cedente y cesionario no puede revestir una importancia decisiva", la cesión puede producirse en dos etapas, a través de la intervención de un tercero (STJCE de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, asuntos C-171/94 y 172/94). El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina en supuestos de sucesión de contratas (STS de 7 de diciembre de 2011, nº rec. 4665/2010, referida a la sucesión de contratas en servicios auxiliares de aeropuerto) y cuando la transmisión se realiza por venta de los activos patrimoniales a un tercero, que luego los arrienda a la nueva empresa (STS de 27 de febrero de 2012, nº rec. 202/2010).

³ "La circunstancia de que los bienes transmitidos no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva" (SSTJCE de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, asunto C-209/91 y de 20 de noviembre de 2003, Carlito Abler, asunto C-340/01). El Tribunal Supremo ha afirmado al respecto que "lo decisivo a estos efectos es la actividad empresarial de la

Pero la consideración de “todas las circunstancias concurrentes” adquiere especial importancia en aquellas actividades cuyo desarrollo y ejecución no requiere de elementos materiales, infraestructuras o instalaciones relevantes, sino que descansa esencialmente en la mano de obra. Es en relación con estas actividades donde se ha elaborado y aplicado la doctrina de la sucesión de plantillas conforme a la cual “en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejercen de forma duradera un actividad común pueden constituir una entidad económica”⁴.

Esta doctrina, elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido asumida, no sin iniciales reticencias, por el Tribunal Supremo, que la ha aplicado, declarando la existencia de transmisión de empresa por sucesión de plantilla en numerosas ocasiones. Precisamente, el terreno de las contrataciones y concesiones administrativas ha sido uno de los ámbitos donde mayor juego ha dado la sucesión de plantillas. Y ello porque buena parte de las actividades que habitualmente se prestan en régimen de contrataciones se refieren a actividades, auxiliares o no, que descansan en la mano de obra y que no requieren de elementos materiales o, en su caso, estos tienen escaso valor. Es lo que ocurre en el caso de actividades como la asistencia domiciliaria, la limpieza de edificios y locales, las actividades de información, atención y asistencia a clientes, el mantenimiento eléctrico de instalaciones, los trabajos de jardinería, los servicios de vigilancia, los servicios auxiliares

empresa y los medios que utiliza; no el título en virtud del cual se produce esa utilización, como se advierte en los supuestos de las sucesiones de empresa a través de arrendamientos de industria o negocio (STS de 12 de diciembre de 2007, nº rec. 3994/2006 y las que en ella se citan) o de concesiones o contrataciones cuando a través de éstas se pone a disposición del nuevo empleador la infraestructura productiva” (STS de 27 de febrero de 2012, nº rec. 2020/2010) y ha aplicado esta doctrina en supuestos de externalización de servicios (STS de 12 de diciembre de 2002, nº rec. 764/2002; STS de 12 de diciembre de 2007, nº rec. 3994/2006) y en supuestos de cambio de contratista (STS de 28 de abril de 2009, nº rec. 4614/2007).

⁴ STJCE de 11 de marzo de 1997, Süzen, asunto C-13/95.

y accesorios en un aeropuerto o los servicios de apoyo en el comedor de un centro de enseñanza.

En estos casos, la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas ha sido determinante para apreciar o no la existencia de sucesión empresarial cuando se produce un cambio de contratista o la reversión de la actividad externalizada a la empresa principal. Pueden citarse, como ejemplos, algunos pronunciamientos judiciales en los que, tratándose de actividades que descansan en la mano de obra y en las que los elementos materiales necesarios para desarrollar la actividad empresarial no resultan relevantes, la continuidad o no de las relaciones laborales es el elemento que determina la decisión judicial. La STS de 5 de marzo de 2013⁵ analizaba un supuesto en el que la nueva contratista, tras un proceso de selección, contrató a catorce de los diecinueve trabajadores que habían prestado la misma actividad con el anterior contratista. El tribunal estimó la demanda de la trabajadora cuyo contrato se encontraba suspendido cuando se produjo el cambio de contratista, al apreciar que el supuesto integraba una auténtica transmisión de empresa y que, por lo tanto, resultaba aplicable el art. 44 ET de modo que la nueva contratista debía haberse subrogado en el contrato de la demandante. Por el contrario, la STS de 27 de junio de 2008⁶ declaró la inexistencia de transmisión de empresas en un supuesto en que la empresa principal, tras tener el servicio de mantenimiento eléctrico de sus instalaciones contratado con diversas y sucesivas empresas, decidió pasar a prestarlo directamente con su personal y con sus propios medios, sin asumir ningún trabajador de la plantilla de ésta.

En ambos casos fue la libre decisión empresarial la que permitió o no configurar el supuesto de hecho como una sucesión de plantillas, pues no consta en los antecedentes

⁵ N° rec. 3984/2011.

⁶ N° rec. 4773/2006. En idénticos términos, la STS de 12 de julio de 2016, n° rec. 349/2015, en un caso de terminación de la contrata y prestación por la empresa comitente de los servicios antes externalizados con sus propios trabajadores y con personal voluntario.

de hecho de las sentencias citadas la existencia de una obligación, de origen legal, convencional o contractual, para el nuevo contratista de incorporar a su plantilla a los trabajadores que prestaban servicios para el anterior. Pero si se produce esa contratación, y en particular si esa contratación se produce respecto de un número significativo, en términos de cantidad y calidad, de trabajadores, el supuesto se configura como una sucesión de empresa hábil para generar todos los efectos y consecuencias previstas en el art. 44 ET, entre otras la incorporación del resto de trabajadores a los cuales no alcanzó la decisión empresarial (como ocurría en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 5 de marzo de 2013), la obligación de mantener las condiciones laborales que venían siendo aplicables a estos trabajadores, la responsabilidad solidaria por deudas laborales y de Seguridad social y las obligaciones que el art. 44 ET contempla respecto de los representantes de los trabajadores.

2. LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

Es precisamente la apreciación de que en estos casos la existencia de una sucesión empresarial depende exclusivamente de la voluntad empresarial y de que, con ello, queda en manos del nuevo contratista el mantenimiento de los contratos de trabajo, lo que ha determinado que sea una práctica convencional habitual y reiterada en determinados sectores productivos la incorporación de previsiones sobre subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del anterior. La función de estas cláusulas es evitar que la continuidad de los contratos quede al albur de la voluntad del nuevo contratista, imponiéndole la obligatoria subrogación en los contratos de todos o parte de los trabajadores empleados por el anterior titular de la contrata. Progresivamente, los convenios han dotado de mayor sofisticación y detalle su regulación de la subrogación, delimitando con mayor o menor precisión los supuestos en que procede la subrogación, los requisitos que deben cumplirse para que

ésta opere, los trabajadores a la que la misma afecta, y las consecuencias o efectos de la subrogación.

Se establece así, por vía convencional, un sistema que, ante supuestos que legalmente no constituyen una sucesión de empresas y a los que, por tanto, no es aplicable el régimen de garantías previsto en el art. 44 ET, asegura la continuidad de todas o algunas de las relaciones contractuales con el nuevo empresario que asuma la prestación de la obra o servicio contratado. En este contexto, dado que la subrogación convencional confiere derechos no previstos legalmente, el convenio tiene amplio margen de libertad –solo limitado por la prohibición de trato desigual y discriminación– para determinar el ámbito subjetivo de los trabajadores afectados, las condiciones que han de concurrir para que ésta opere y los efectos que esa subrogación produce sobre el anterior y el nuevo contratista. Que el convenio no extienda la obligación de subrogación a todos los trabajadores vinculados a la contrata, que haga depender la obligación de subrogación del cumplimiento de determinados requisitos formales o documentales o que las consecuencias de la subrogación sean limitadas –excluyendo, por ejemplo, el reconocimiento de la antigüedad devengada con el anterior contratista o la responsabilidad del nuevo empleador respecto de deudas anteriores–, no suscita problemas de legalidad dado que, como se acaba de señalar, el convenio diseña un régimen de derechos y garantías para supuestos no contemplados en la ley y que, por tanto, no existirían en caso de ausencia de previsión convencional.

Pero, en la práctica, la aplicación e interpretación de dichas cláusulas convencionales ha generado una interesante y copiosa doctrina judicial que abarca aspectos tales como la vinculación de las empresas contratistas al convenio que dispone la subrogación, el análisis de las condiciones establecidas para que operen las previsiones convencionales, la validez de la limitación de la subrogación a determinados trabajadores o la valoración de los efectos

que, conforme al convenio, derivan de la misma⁷. En cualquier caso, el primer problema que plantea este tipo de previsiones convencionales se refiere a la identificación de los supuestos en los que las mismas resultan aplicables.

2.1. VINCULACIÓN DEL NUEVO CONTRATISTA A LA OBLIGACION DE SUBROGACIÓN PREVISTA EN EL CONVENIO. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE.

La exigencia al empresario que asume la prestación de una contrata de la subrogación prevista en convenio colectivo está condicionada a que le sea aplicable la norma convencional⁸. A estos efectos, el art. 82.3 ET prevé que "convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia". Del mandato estatutario se colige que "el convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"⁹.

Esto supone que la obligación de subrogación de plantilla prevista en un Convenio colectivo no vincula ni es exigible a empresas no incluidas en el ámbito funcional del convenio, lo que determina la nulidad de la cláusula correspondiente si se trata de un convenio de empresa¹⁰ o su inaplicación a terceros ajenos al convenio en caso de convenios sectoriales¹¹.

⁷ Un análisis actualizado de todas estas cuestiones en M. DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR (2016).

⁸ Vid al respecto, L.E. NORES TORRES (2012, pp. 57-68).

⁹ STS de 28 de octubre de 1996, nº rec. 566/1996.

¹⁰ STS de 28 de octubre de 1996, nº rec. 566/1996.

¹¹ STS de 15 de diciembre de 1997, nº rec. 184/1997, que declara que una empresa dedicada a la actividad de Casino no está vinculada por el convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales y no tiene, por tanto, obligación de subrogarse en las relaciones laborales de la contrata de limpieza cuando decide recuperar el servicio para prestarlo directamente con trabajadores de su plantilla de nueva incorporación. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 10 de diciembre de 2008, nº rec. 2731/2007, en el que se declara que la empresa, dedicada a la

Con todo, a pesar de la homogeneidad de la doctrina judicial respecto de esta cuestión, debe señalarse que la misma ha sido exceptuada en el peculiar supuesto de los centros especiales de empleo. En estos casos, a pesar de que los centros especiales de empleo están regidos por su propio convenio colectivo, se ha declarado que les resulta aplicable la obligación de subrogación prevista en el convenio colectivo sectorial cuando concurren con otras empresas del sector para obtener la adjudicación del servicio en régimen de concesión o contrata. Se ha señalado al respecto que "si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de limpieza"¹².

compraventa y administración de inmuebles así como a la compraventa, importación y comercialización de todo tipo de prensa no está vinculada por el Convenio colectivo de limpieza de locales y edificios de la comunidad de Madrid, y, por tanto, cuando decide asumir directamente y con trabajadores de nueva contratación, la limpieza de sus locales que hasta ese momento había llevado a cabo una contratista, no está obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban servicios para ésta.

¹² STS de 4 de octubre de 2011, nº rec. 4597/2010. En idéntico sentido se pronuncian numerosas sentencias posteriores (entre otras, STS de 7 de febrero de 2012, nº rec. 1096/2011, y de 10 de febrero de 2014, nº rec. 93/2013). Esto no significa, sin embargo, que la relación laboral de los trabajadores discapacitados que prestan servicios en el centro especial de empleo o en la empresa que preste el servicio sin tener tal condición pase a quedar regulada por el convenio colectivo sectorial de la actividad de que se trate. Su régimen jurídico no puede ser el aplicable a trabajadores con una relación laboral ordinaria y siguen beneficiándose no solo por el régimen legal que regula tal relación laboral especial sino también por las numerosas especialidades que prevé su convenio colectivo (STS de 23 de septiembre de 2014, nº rec. 50/2013; de 24 de noviembre de 2015, nº rec. 136/2014 y de 9 de diciembre de 2015, nº rec. 135/2014). La misma solución, obligación de subrogarse, se aplica en el caso inverso, esto es cuando el centro especial de empleo es la empresa saliente y la nueva

La brecha abierta por el Tribunal Supremo supone completar la regla general sobre inaplicabilidad de la subrogación convencional a empresas no incluidas en el ámbito funcional del convenio con una excepción que conduce a la aplicación de dicha obligación a empresas ajenas al convenio atendiendo a un criterio funcional que determina la aplicación de la norma garante de la estabilidad en el empleo correspondiente a la actividad que realizan los trabajadores en cuya relación ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener una contrata al margen del convenio por el que se rija". Ello ha permitido que algunas sentencias de suplicación consideren aplicable esta doctrina, más allá de los supuestos referidos a centros especiales de empleo, a empresas que, al margen de cuáles sean las actividades a que se dedican y del convenio colectivo sectorial o de empresa por el que se rijan, concurren a la adjudicación de contrata o concesiones administrativas para desarrollar una actividad regulada por un convenio colectivo que sí prevé la subrogación de los trabajadores del anterior contratista¹³.

contrata no ostenta ese carácter (STS de 18 de diciembre de 2012, nº rec. 414/2012). Pero en estos casos, el problema no se plantea desde la perspectiva de la aplicabilidad del convenio de sector a la contrata entrante, cuestión fuera de duda por estar la empresa incluida en su ámbito de afectación, sino desde la perspectiva de la discriminación que supondría excluir a los trabajadores, vinculados con la anterior contratista con una relación laboral especial, del efecto subrogatorio.

¹³ Es lo que ha ocurrido con las empresas multiservicios. Así la STSJ País Vasco de 2 de mayo de 2016, nº rec. 120/2016 y las anteriores del mismo órgano judicial que en ella se citan. La misma conclusión se alcanza en STSJ Asturias de 17 de mayo de 2013, nº rec. 732/2013. Incluso en el caso de que la empresa que asume la contrata tenga su propio convenio colectivo en el que no se prevea la subrogación, la doctrina de suplicación ha considerado aplicable el convenio sectorial, entendiendo que dicho convenio es plenamente aplicable en cuanto se refiere a una actividad más amplia pero que también incluye la prestada por la empresa multiservicios (SSTSJ Castilla La Mancha de 13 de noviembre de 2015, nº rec. 1117/2015, y de 21 de enero de 2016, nº rec. 1501/2015, y las que allí se citan). Es discutible, no obstante, la adecuación de estos pronunciamientos con la STS de 17 de marzo de 2015, nº rec. 1464/2014, en la que, a efectos de determinar el convenio colectivo aplicable en una empresa multiservicios, el Tribunal Supremo se inclina por el principio de unidad de empresa para declarar la aplicabilidad de aquel que se corresponda con la

Esta cuestión se ha suscitado con frecuencia en el ámbito de la reversión a las administraciones públicas de actividades previamente externalizadas. En estos casos, cuando la actividad que la Administración recupera descansa esencialmente en la mano de obra, la decisión de si el organismo público de que se trate está obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores de la contrata pasa por determinar si le resulta o no aplicable el Convenio colectivo sectorial que establezca dicha subrogación. Pero la jurisprudencia ha apelado al criterio general para señalar que las obligaciones de subrogación previstas en los convenios sectoriales no resultan aplicables a ayuntamientos u otras instituciones de carácter público en la medida en que no han estado representadas ni formal ni institucionalmente en la negociación del convenio¹⁴. Poco importa a estos efectos que el convenio declare su aplicación tanto a empresas privadas como a entidades públicas¹⁵. Tampoco la circunstancia de que la actividad reinternalizada forme parte de las competencias atribuidas a la Administración de que se trate o constituya un servicio que dicha Administración está obligada a prestar resulta razón suficiente para declarar su vinculación a la obligación prevista en el convenio. Lo que marca la diferencia con los supuestos antes mencionados es que ninguna de estas circunstancias convierte a la Administración en un contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación o que suceda a otro contratista anterior¹⁶ lo que, a la postre, impide aplicar el convenio sectorial.

actividad preponderante de la empresa, aunque no sea ésta la que desarrollan las trabajadoras demandantes.

¹⁴ Vid, en este sentido, STS de 21 de abril de 2015, nº rec. 91/2014, y STS de 19 de mayo de 2015, nº rec. 358/2014.

¹⁵ Como afirma la STS de 11 de julio de 2011, nº rec. 2861/2010, respecto del Convenio colectivo estatal del Sector de Limpieza Pública, Vía, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado.

¹⁶ STS de 17 de junio de 2011, nº rec. 5423/2011.

2.2 DISEÑO CONVENCIONAL DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN. EXIGENCIAS Y CONDICIONES PARA QUE OPERE

Como ya se ha señalado, la obligatoriedad de la subrogación prevista en los convenios colectivos viene condicionada habitualmente al cumplimiento de determinadas condiciones o formalidades. El Tribunal Supremo ha señalado en numerosas ocasiones que la sucesión "se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida"¹⁷. Tales requisitos suelen consistir en la entrega por el anterior contratista al nuevo de la documentación que el convenio colectivo exija o en la exigencia de información a los representantes de los trabajadores. El incumplimiento de dichas obligaciones determina que la transferencia de contratos no sea exigible de modo que no opera la subrogación en los contratos. En estos casos, la empresa incumplidora de esa obligación deviene responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y en particular del despido en el caso de que se haya decidido la extinción de su contrato. Esta solución no perjudica el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo, porque "dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente"¹⁸.

Las dudas se han suscitado a la hora de interpretar la trascendencia de los incumplimientos por el empresario sobre la obligación de subrogación. En estos casos, es preciso valorar la configuración y trascendencia que el propio convenio colectivo atribuye a tales exigencias. Se ha entendido que, en ocasiones, aun estando incompleta la documentación aportada por la empresa saliente, debe operar la subrogación siempre que no se trate de documentación imprescindible para informar sobre las

¹⁷ STS de 17 de septiembre de 2012, nº rec. 2693/2011.

¹⁸ Entre otras muchas, STS de 28 de julio de 2003, nº rec. 2618/2002.

circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de Seguridad Social. Por esa razón se ha estimado que no se cumple la exigencia convencional cuando la documentación se entrega a la empresa principal si el convenio exige que la aportación se realice a la nueva contratista, obligación que ha de cumplirse desde el momento en que se conoce la identidad de la misma, correspondiendo a la empresa desarrollar la diligencia necesaria, conforme a la buena fe, para obtener información sobre la nueva adjudicataria de la contrata¹⁹. La falta de información a los representantes, aun estando expresamente prevista en el convenio colectivo, tampoco determina la nulidad del acto subrogatorio²⁰.

No son estas las únicas condiciones o exigencias que los convenios colectivos pueden establecer como condición para que opere la subrogación²¹. La exigencia de una determinada antigüedad del trabajador, que estén vinculados a la empresa a través de una modalidad contractual determinada, que desempeñen funciones específicas, la previsión de un proceso de selección por la nueva adjudicataria de la contrata, la limitación del porcentaje de trabajadores sobre los que debe operar la subrogación o la limitación de la transferencia al personal en función del porcentaje de actividad asumida por el nuevo contratista, son prácticas habituales en los convenios colectivos que incluyen cláusulas subrogatorias. Todas estas limitaciones no presentan problemas de legalidad, de nuevo por el mismo motivo anteriormente señalado, porque confieren un derecho de conservación del contrato con el nuevo contratista en supuestos no previstos ni incluidos en el art. 44 ET, mejorando las previsiones recogidas en dicho precepto²². Así pues, solo cuando el contratista saliente cumpla las condiciones exigidas legalmente operará la

¹⁹ SSTs de 17 de septiembre de 2012, nº rec. 2693/2011, y de 30 de septiembre de 2013, nº rec. 2196/2012.

²⁰ STSJ Cataluña, de 22 de diciembre de 2015, nº rec. 3351/2015.

²¹ Vid un análisis a partir de una muestra relevante de convenios en C. ARAGÓN GÓMEZ (2006), pp. 7-15.

²² En este sentido, STS de 10 de diciembre de 2008, nº rec. 3837/2007.

obligación del nuevo empresario de subrogarse en los contratos de los trabajadores a los que el convenio, en función de su antigüedad, el tipo de su relación contractual o cualesquiera otros factores no discriminatorios, confiera tal derecho.

2.3. CONDICIONES PARA LA VALIDEZ DE LA EXCLUSIÓN DE EFECTOS PROPIOS DE LA SUCESIÓN LEGAL EN LOS CASOS DE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL. VOLUNTARIEDAD PARA EL TRABAJADOR DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

La regulación convencional de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo del anterior contratista alcanza también a regular sus efectos o consecuencias, diseñando un régimen subrogatorio que no necesariamente ha de incluir todas las consecuencias previstas en el art. 44 ET. En este sentido, es frecuente que los convenios omitan o excluyan expresamente la responsabilidad solidaria del nuevo contratista por deudas salariales o laborales del contratista saliente o que limiten las condiciones laborales sobre las que opera su obligación de subrogación. En principio, y como ocurría con las limitaciones sobre el alcance subjetivo de la obligación de subrogación, si se parte de la constatación de que tales cláusulas convencionales de subrogación atribuyen al trabajador un derecho a mantener su puesto de trabajo en situaciones no amparadas por el art. 44 ET, tales limitaciones al régimen legal de la sucesión de empresas no plantean problemas de legalidad, en la medida en que tal régimen legal no resulta aplicable.

Pero en este caso, la validez de estas previsiones convencionales señaladas debe cuestionarse desde otra perspectiva, referida a la obligatoriedad o no de la subrogación convencional, no ya para el nuevo contratista sino para los trabajadores afectados.

Cuando el convenio colectivo aplicable impone la subrogación de los trabajadores, se viene entendiendo que esta obligación opera no solo sobre las empresas sino también sobre los propios trabajadores afectados que han de aceptar la subrogación sin posibilidad de optar por

continuar su relación laboral con su anterior empleador²³. Esa posibilidad solo existe cuando la subrogación se produce por acuerdo entre anterior y nuevo contratista, tal y como apreciaron la serie de sentencias recaídas en el asunto sobre los servicios de handling en los aeropuertos españoles tras la liberalización del sector aéreo. La STS de 30 de abril de 2002 (nº rec 4240/2000) afirmó que "los títulos en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas han sido sendos acuerdos contractuales de Iberia, SA con los segundos operadores codemandados, con la aceptación posterior de los Sindicatos más representativos en la empresa cedente. Pero no produjeron la transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma como requeriría el art. 44 ET para poder hablar de una sucesión legal, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de un Convenio Colectivo que previera aquella subrogación. Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el art. 1205 CC"²⁴. Ello permite al trabajador negarse a la novación contractual y permanecer en la plantilla de su empleador, por más que este tenga a su alcance la posibilidad de acudir a la modificación, suspensión o extinción de dicho contrato por necesidades de la empresa.

²³ En este sentido, L.E. NORES TORRES, 2012, p. 93.

²⁴ Con mayor claridad aun, la de STS de 15 de marzo de 2005, nº rec. 367/2004, afirma que "línea de separación entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas aún cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, cual aquí ha ocurrido, para llegar a la importante conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador como pide el art. 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas".

Ciertamente, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 16 de diciembre de 1992, Katsikas, Skreb y Schroll, asunto C-212/92) estableció que el artículo 3.1 de la Directiva comunitaria «no impide a un trabajador empleado por el transmitente en la fecha de la transmisión de la empresa se oponga a la cesión al adquirente de su contrato de trabajo». Pero esa misma doctrina aclara que la Directiva no impone a los Estados Miembros la obligación de establecer que en el caso de que el trabajador no acepte esta cesión su «relación laboral se mantendrá con el transmitente». El régimen legal de la transmisión de empresas diseñado en el art. 44 ET no contempla expresamente esta situación pero la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho del trabajador a permanecer en la plantilla del anterior titular de la empresa se ha interpretado en el sentido de que tal derecho no existe, sin perjuicio por supuesto del derecho del trabajador a rescindir su contrato sin derecho a percibir indemnización²⁵.

Esta misma interpretación se viene aplicando también en los casos en que la subrogación se produce por mandato del convenio. De este modo, en estos casos tampoco parece exigirse el consentimiento del trabajador para que se produzca una novación subjetiva en su contrato que implica el cambio de empleador²⁶. Al menos así podría deducirse de

²⁵ La única previsión al respecto se refiere al personal de alta dirección. El art. 10.3.d) del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral del personal de alta dirección, contempla el derecho del alto directivo a resolver su contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto, fijadas en la norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, en caso de "sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios".

²⁶ Salvo en aquellos convenios que expresamente establecen que la subrogación requiere el consentimiento del trabajador que, en caso de oponerse, mantiene su relación con el contratista para el que venía prestando sus servicios, debiendo éste proceder a su recolocación en otro puesto o, en su caso, al despido por causas justificadas. En este sentido,

las afirmaciones contenidas en algunos pronunciamientos judiciales como los que antes se han señalado²⁷ y de la práctica judicial que excluye la responsabilidad por despido del contratista saliente cuando el nuevo contratista, incumpliendo lo previsto en el Convenio colectivo, no incorpora al trabajador a su plantilla. Estos pronunciamientos, dictados en supuestos en los que la demanda por despido se dirige indistintamente contra anterior y nuevo contratista, revelan que la obligación de mantener la relación contractual con el trabajador recae exclusivamente sobre el nuevo contratista, sin considerar la posibilidad de que el trabajador, al articular su demanda ante ambos, esté optando, siquiera de forma subsidiaria, por mantener su relación con el empleador para el que vino prestando sus servicios antes de producirse el cambio en el contratista. La cuestión no se ha planteado hasta el momento de forma explícita, quizás porque en casos como los que se analizan la subrogación es la única posibilidad para el trabajador de conservar un empleo que, en caso de oponerse a la continuidad del contrato con el nuevo empleador, está abocado casi irremediamente a perder²⁸.

art. 65 Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE 21 de octubre de 2014).

²⁷ Con claridad lo afirma la STSJ Cataluña de 22 de diciembre de 2015, nº rec. 3351/2015, cuando señala que "constando que los trabajadores afectados por la subrogación son aquellos que prestaban servicios en la parte de la contrata cedida al nuevo adjudicatario -dado que en la demanda nada se dice en sentido contrario-, debe colegirse que la misma se efectuó conforme a lo dispuesto convencionalmente y, por ende, no encontrándonos ante una mera transmisión de plantillas, sino ante una cesión de contratas convencionalmente prevista, no es aplicable la jurisprudencia alegada por la parte recurrente (recaída en la STS que cita de 21-10-2004, nº rec. 5075/2003) y, por tanto, no se requería el consentimiento de los trabajadores afectados, al encontrarse la subrogación amparada por lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable, ni puede entenderse infringido el art. 1205 del Código civil".

²⁸ En este sentido, debe recordarse que la finalización de la contrata constituye, según la jurisprudencia, causa suficiente para justificar un despido procedente por causas organizativas o económicas. Vid STS de 10 de mayo de 2006 (nº rec. 725/2005) y la SAN de 15 de julio de 2013 (nº rec. 200/2013) confirmada por la STS de 23 de septiembre de 2014 (nº rec. 66/2014).

Pero esta interpretación debería replantearse desde el momento en que se advierte que la subrogación, tal y como se configura en algunos convenios, puede suponer una modificación en el estatuto jurídico aplicable al contrato de trabajo. Lo que ahora quiere ponerse de relieve no afecta tanto a las previsiones convencionales que excluyen la responsabilidad solidaria del nuevo contratista por las deudas del anterior, pues aunque ello reduce las garantías de cobro para el trabajador, tal exclusión no elimina su condición de acreedor. Pero el convenio puede llegar a excluir, como de hecho ocurre, el reconocimiento por el nuevo empleador de derechos ya adquiridos por el trabajador a título individual o colectivo.

La STS de 22 de septiembre de 2016²⁹ ejemplifica con claridad cómo este tipo de previsiones puede suponer un evidente perjuicio para el trabajador. En esta sentencia se aborda el despido de una trabajadora que, tras prestar servicios durante más de cuatro años para su empleador, fue subrogada en aplicación de las previsiones del convenio colectivo de contact center por la empresa que obtuvo la contrata. La terminación de la relación con su anterior empleador se produjo mediante la liquidación del contrato y sin que la trabajadora percibiera indemnización alguna por la extinción. El convenio preveía, entre otras muchas cuestiones, que “se respetará el tiempo y la formación consolidadas en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional”. Transcurridos menos de dos meses desde la subrogación, la trabajadora fue objeto de despido disciplinario que fue declarado improcedente. Es a efectos de cuantificar la indemnización cuando se plantea la cuestión de si debe o no reconocerse la antigüedad devengada por la trabajadora en la anterior empresa. El Tribunal Supremo resuelve esta duda corrigiendo la interpretación del Tribunal Superior de Justicia para declarar que es el mandato convencional el que debe configurar el régimen jurídico, la extensión y los límites de la subrogación, de modo que, conforme a lo previsto en el

²⁹ Nº rec. 1438/2014.

convenio colectivo aplicable, no procedía reconocer la antigüedad.

La legalidad de previsiones convencionales como las que se analizan no puede discutirse desde la perspectiva del art. 44 ET. Debe insistirse de nuevo en que en estos casos que no constituyen una transmisión de empresa, el convenio está configurando una fórmula para garantizar o favorecer la estabilidad en el empleo cuyo régimen jurídico no tiene por qué someterse a las previsiones del art. 44 ET. Pero ello no impide aplicar otros límites que no necesariamente derivan de este último precepto. El convenio colectivo no puede disponer de derechos individuales del trabajador como la antigüedad u otros que hubiera adquirido a título individual o por reconocimiento del empleador de efectos colectivos. La disposición de esos derechos únicamente corresponde al propio trabajador de modo que solo su voluntaria aceptación permitiría que la subrogación operase en las condiciones previstas en el convenio colectivo. Desde esta perspectiva, la subrogación convencional debe considerarse necesariamente como un derecho del trabajador al que puede libremente renunciar³⁰ optando por permanecer en la empresa para la que prestaba servicios. De ser así, la comunicación por su empleador de la extinción de su relación contractual por subrogación debería considerarse como un despido³¹.

³⁰ Y por tanto nulas las cláusulas recogidas en algunos convenios colectivos que configuran la subrogación por sucesión de contrata como obligatoria también para el trabajador. Así ocurre en el art. 63 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE de 21 de mayo de 2015) que dispone que "Las disposiciones aquí contempladas son imperativas para las partes a las que afecta, empresa principal, cedente, cesionaria y trabajador o trabajadora, sin que sea válida ninguna renuncia de derechos".

³¹ En estos términos resuelve la STSJ Madrid de 31 de marzo de 2016, nº rec. 169/2016, por más que la decisión judicial no se fundamenta en la voluntariedad del trabajador en no incorporarse a la nueva adjudicataria de la contrata sino en la decisión de esta de incorporar al trabajador con un nuevo contrato, de duración determinada aun cuando el trabajador tenía una relación laboral indefinida con su anterior empleador. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia estimó que la comunicación por la que se le informaba de la subrogación "revelaría la realidad de un despido tácito, por cuanto mediante un acto ciertamente concluyente -comunicación de cese

3. LA SUCESIÓN LEGAL DERIVADA DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, UNA CUESTIÓN A DEBATE

El juicio sobre la legalidad y eficacia de las cláusulas convencionales analizadas permanece intacto cuando se trata de supuestos que, aun requiriendo la actividad importantes elementos materiales, estos son aportados por el nuevo contratista, pues también en este caso nos encontraríamos ante un supuesto no contemplado en el art. 44 ET para el que el convenio colectivo confiere una protección al trabajador asegurándole la posibilidad de mantener su contrato de trabajo con el nuevo contratista en las condiciones que el propio convenio establezca³².

Pero su operatividad desaparece cuando, requiriendo la actividad contratada la puesta en juego de tales elementos productivos de índole material, estos son puestos a disposición del empresario que asume la ejecución de la contrata por el empresario principal o por el anterior contratista. En estos casos, el fenómeno se configura como una transmisión de empresa de las previstas en el art. 44 ET y por tanto las limitaciones de cualquier tipo que pueda contemplar el convenio deben considerarse inaplicables³³.

en su prestación laboral de servicios- quien hoy recurre dejó de trabajar desde aquel entonces para ella”.

³² Como ocurría en la STS de 15 de julio de 2013, nº rec. 1377/2012, referida a la sucesión de contratistas en el sector de contact center, en la que se afirma que “ningún acuerdo sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras de la misma ha existido entre la antigua y la nueva contratista que ha puesto por su cuenta los medios materiales de todo tipo necesarios para el desarrollo de una actividad, como la del Contact Center, que necesita de inmuebles, teléfonos, aparatos informáticos etc. etc. que son imprescindibles para su desarrollo. El cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el art. 44-2 del E.T., ni en el 1-1 de la Directiva 2001/23, porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo, norma que sólo obliga a lo que en ella se dispone, aparte que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva”. En similares términos resuelve la STS de 27 de enero de 2015, nº rec. 15/2014.

³³ Vid J. GARCÍA ORTEGA (2000, p. 362).

Igualmente, la validez y aplicabilidad de las cláusulas convencionales que se están analizando debe reconsiderarse cuando, operando sobre actividades que descansan en la mano de obra, la aplicación de las condiciones de subrogación previstas en el convenio supone que, de facto, se genere una sucesión de plantilla en los términos fijados por la doctrina del Tribunal europeo y de nuestro Tribunal Supremo. En estos casos, si el resultado de la aplicación del convenio es que el nuevo contratista continua desarrollando la misma actividad que el anterior con una parte significativa de la plantilla, se produce un supuesto de sucesión de plantilla incardinable en el art. 44 ET que determina, por tanto, la aplicación íntegra del régimen de la transmisión previsto en dicho precepto.

Ciertamente, la determinación de cuando la subrogación prevista en el convenio colectivo genera este efecto no es tarea sencilla. En la práctica, la dificultad reside en identificar cuándo el colectivo de trabajadores que la nueva empresa incorpora a su plantilla es suficiente para apreciar que integran una entidad económica y, por tanto, constituyen una transmisión de empresa. Al respecto, se viene exigiendo que los trabajadores subrogados sean relevantes en términos de cantidad y calidad. En palabras del Tribunal Supremo, la doctrina de la sucesión de plantilla es aplicable cuando lo relevante no son los elementos materiales puestos a disposición del nuevo contratista para prestar la actividad contratada sino "la cualificación y experiencia en el trabajo de la mano de obra"³⁴. La concreción de esta exigencia no ofrece pautas excesivamente seguras debiendo resolverse cada caso en función de las peculiaridades de cada supuesto³⁵.

³⁴ STS de 5 de marzo de 2013, nº rec. 3984/11.

³⁵ Así, en la STS de 7 de diciembre de 2012, nº rec. 4665/2010, en un supuesto en el que una empresa había sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le habían encomendado las mismas labores, se afirma que "esta circunstancia unida al hecho de que la recurrente ha empleado a 36 de los 46 trabajadores que ocupaba en la actividad la contratista anterior, siendo uno de los contratados el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, revela el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad económica que tiene su propia entidad porque la

En todo caso, cuando se aprecian estas circunstancias, la doctrina judicial ha declarado que al haber asumido la contratista entrante, en cumplimiento del convenio colectivo, una parte significativa en número y competencias de la plantilla de la anterior se produce una transmisión de empresas en los términos del art. 44 ET y es, por tanto, aplicable el régimen legal de la transmisión. Ello incluye, entre otros efectos, la obligación del nuevo contratista de contratar a todos los trabajadores y de aplicar íntegramente el régimen legal de sucesión previsto en el art. 44 ET³⁶. Es una interpretación que se recoge de forma expresa en la doctrina de suplicación³⁷ y que el propio Tribunal Supremo,

actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de sucesión de plantillas". En la STS de 9 de abril de 2013 (nº rec. 1435/2012), se estimó que la subrogación en 3 de los 7/8 trabajadores que venían prestando el servicio era suficiente para apreciar sucesión de plantilla porque los trabajadores subrogados eran "parte esencial para el desempeño de la contrata, si nos atenemos a las condiciones en las que la misma se lleva a cabo".

³⁶ En este sentido, I. BELTRÁN DE HEREDIA (2016), J. MORENO GENÉ (2003, p. 75), W. SANGUINETI RAYMOND (2006, p. 111) y J. CABEZA PEREIRO (2002). Crítica con esta interpretación se manifiesta sin embargo M.S. HERRÁIZ MARTÍN (2011, p. 21).

³⁷ Así la STSJ Cantabria de 23 de mayo de 2006, nº rec. 391/2006. Esta sentencia fue casada por STS de 21-12-2007, Rº 2891/06, pero únicamente para excluir la responsabilidad solidaria del contratista saliente, precisamente por considerar que el nuevo contratista tenía la obligación de haber incorporado a su plantilla al demandante. En el mismo sentido, la STSJ Asturias, de 7 de enero de 2001, nº rec 2341/2010, STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2012, nº rec. 7557/2011). También la STSJ Castilla León, Valladolid, de 20 de abril de 2016, nº rec. 633/2016 en la que se afirma con claridad que "no constando que la actividad subcontratada se ejerza con una significativa aportación de medios materiales, sino exclusivamente con mano de obra, la asunción de la contrata por la nueva adjudicataria, contratando a la mayor parte de la plantilla, determina que estemos ante una sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la figura denominada de la sucesión de plantillas [...] La sucesión de plantilla debe apreciarse siempre que se trate de actividad prestada esencialmente con mano de obra y haya una asunción de la mayor parte o de una parte significativa de dicha plantilla que determine que, como grupo organizado de trabajadores, mantenga su identidad [...]. Y ello es así aunque la asunción de plantilla venga impuesta por el convenio colectivo de aplicación (STS de 9 de julio de 2014, nº rec. 1201/2013)". Ello determina la consecuencia de que devienen "inaplicables

obligado a respetar la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha aceptado en diversas ocasiones³⁸. Esta interpretación podría haber cambiado sin embargo como consecuencia de algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo en los que expresamente se resuelve sobre la validez de algunos aspectos del régimen convencional de la subrogación empresarial cuando, en cumplimiento de lo previsto en el convenio, el empresario se subroga en todos o parte de los contratos de trabajo del anterior. En síntesis, para el Tribunal Supremo la circunstancia de que por aplicación de lo previsto en el Convenio colectivo se produzca una subrogación contractual no determina la existencia de una subrogación legal y es por tanto perfectamente posible que el Convenio colectivo limite los efectos de dicha subrogación desconociendo los efectos que el art. 44 ET contempla.

El origen del cambio en la doctrina jurisprudencial se encuentra en la STJ País Vasco de 6 de mayo de 2014³⁹. La sentencia de instancia había declarado la responsabilidad solidaria de una empresa contratista por las deudas salariales de la anterior en aplicación del art. 44 ET. En el recurso de suplicación presentado por la empresa se alega que la subrogación se había producido en aplicación de lo previsto en el convenio colectivo y este excluía expresamente la responsabilidad solidaria del nuevo

las previsiones del convenio colectivo sobre ulteriores derechos de preferencia de los trabajadores no subrogados”.

³⁸ STS de 12 de julio de 2010, nº rec. 2300/2009, en la que se señala que “el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la sentencia el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable”. Por su parte, en la STS de 27 de abril de 2015, nº rec. 348/2014, en un supuesto en el que el convenio colectivo aplicable incluía cláusula subrogatoria, y tras apreciar que la empresa se había subrogado en un total de 70 contratos de los 87 trabajadores que prestaban el servicio, declara su obligación de subrogarse en las relaciones laborales de los demandantes, afirmando que “la garantía de continuidad de los contratos laborales se establece tanto en el art. 44.1 del ET como en los arts. 1.1. y 3.1 de la Directiva 2001/23.

³⁹ Nº rec. 710/2014.

contratista. En ocasiones anteriores el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había reconocido que en casos como el señalado procedía la aplicación del art. 44 ET cuando, en cumplimiento del convenio colectivo, se producía una sucesión de plantilla que se inserta en la noción de transmisión de empresa del art. 44 ET. Pero el Tribunal considera necesario reconsiderar su propio criterio apoyando la revisión de su doctrina en dos razonamientos. El primero de ellos se fundamenta en la interpretación sistemática y coordinada de la Directiva comunitaria y el art. 44 ET y se explica en que "el cambio legislativo por el que se insertan en la sucesión de empresa del art. 44 ET los casos de sucesión de plantilla, operado por Ley 12/2001, perseguía únicamente, según su preámbulo (párrafo último), incorporar a nuestro derecho interno la Directiva 98/50/CE, siendo así que ésta únicamente imponía, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, el deber de subrogación en esos casos de sucesión de plantilla y no la responsabilidad solidaria". A ello se añade, abundando en esta justificación, el argumento de que la solidaridad se justifica en la asunción por el nuevo empresario del patrimonio al que va vinculado garantía patrimonial; puesto que tal patrimonio no existe en los casos de sucesión de plantilla carecería de sentido exigir esa responsabilidad solidaria⁴⁰. La segunda de las razones, de carácter más práctico que jurídico, consiste en que la aplicación en estos casos de la responsabilidad solidaria "no puede sino traer el efecto de retraer a la negociación colectiva a establecer el deber de subrogación en casos que, de inicio, no son propios de la sucesión de empresa, con lo que se hace una lectura del precepto que

⁴⁰ Merece la pena advertirse aquí, puesto que este argumento de la ineficacia de una responsabilidad solidaria cuando no hay transmisión de patrimonio no se analiza por el Tribunal Supremo, que tampoco es determinante. No debe olvidarse que la transmisión de empresa, y la aplicación de las garantías previstas en el art. 44 ET, no requiere la transmisión de la titularidad de la empresa de modo tal que la misma ineficacia de la garantía de la solidaridad se produciría en estos casos, por no mencionar otros supuestos de sucesión de plantilla no derivados de la imposición convencional en los que se produce el mismo efecto, sin que pueda discutirse en estos casos la operatividad de todas las previsiones contenidas en el art. 44 ET.

resulta contraria al principio de estabilidad en el empleo que quiere proteger, como bien fundamental, la institución de la sucesión de empresa”.

La sentencia fue recurrida en casación para unificación de doctrina y es la STS de 7 de abril de 2016⁴¹ la que resuelve confirmando dicha la sentencia de suplicación y fijando una doctrina que será reiterada en breve por posteriores pronunciamientos⁴², en la que se declara, como ya se anticipó, que el convenio colectivo cuando regula la subrogación puede fijar un régimen legal distinto al previsto en el art. 44 ET. La sentencia cuenta con dos votos particulares en los que se expresa el desacuerdo con la argumentación asumida por la mayoría de la sala alegando abundante cita de sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo en las que se había alcanzado una solución distinta a la que ahora se sostiene.

La fundamentación de la sentencia descansa en diversos argumentos parcialmente coincidentes con los de sentencia recurrida. Pero tan importante como la argumentación, que se analiza a continuación, es el punto de partida del análisis que ofrece la sentencia. Para el Tribunal Supremo, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del art. 44 ET sino en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, “la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma

⁴¹ Nº rec. 2269/2014. Vid un comentario a la misma de L.E. NORES TORRES (2016).

⁴² STS de 3 de mayo de 2016, nº rec. 3165/2014, 10 de mayo de 2016, nº rec. 2957/2014, y de 1 de junio de 2016, nº rec. 2468/2014.

convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata”.

A partir de esa constatación, el Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de la Sala han sido constantes en señalar que cuando no se dan los requisitos legalmente previstos la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias de la cláusula del convenio aplicable; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan”. A ello se añade, como segundo argumento, que la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –que expresamente ha declarado la aplicabilidad de la Directiva al supuesto de subrogación convencional-, no obstaculiza esta conclusión pues esta previsión “se refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET, pues el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET. Por ello, la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el artículo 44 ET y el artículo 14 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación”.

Pues bien, desde mi punto de vista, los argumentos empleados por el Tribunal Supremo son, al menos, cuestionables. No hay tal unanimidad en la doctrina pues si bien es cierto que doctrinalmente se ha señalado en ocasiones que la operatividad de las cláusulas convencionales de subrogación no supone la aplicación del

art. 44 ET de tal manera que los efectos de la subrogación se limitan a los previstos en la norma sectorial⁴³, también se ha advertido de que si en aplicación del convenio colectivo "resulta que la empresa asume una parte significativa de la plantilla, y estamos ante uno de esos ámbitos o sectores en los que la mano de obra tiene una gran relevancia, habrá que entender que se ha producido una transmisión de empresa de carácter legal"⁴⁴. Y la homogeneidad de la jurisprudencia no resulta tan evidente a la vista de las abundantes citas que al respecto se recogen en los votos particulares que acompañan a la Sentencia y que ponen de manifiesto, como mínimo, una doctrina no demasiado clara respecto a la cuestión que se debate.

Más trascendencia tiene el argumento de que la sucesión de plantilla es un supuesto amparado directamente en la Directiva 23/2001 pero no incardinable en el art. 44 ET. Dice al respecto la sentencia que "la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla". Esta afirmación se ha interpretado como la pauta para reconstruir la interpretación de la subrogación convencional de tal manera que ésta puede constituir una transmisión a efectos de la Directiva pero no del art. 44 ET⁴⁵ y, por tanto, no está sometida a las exigencias del régimen de transmisión previsto en este precepto. Pero esto supone partir de que la sucesión de plantillas no configura realmente una transmisión de empresa, un presupuesto claramente contrario a la reiterada doctrina comunitaria y a la propia doctrina del Tribunal Supremo, que ha admitido dicha asimilación en numerosos casos, anteriormente mencionados, en los que el nuevo contratista decide continuar con los trabajadores que venían desempeñando la misma actividad con el anterior

⁴³ MONTOYA MEDINA, D. (2004, p. 400).

⁴⁴ L.E. NORES TORRES (2012, p. 88); C. ARAGÓN GÓMEZ (2006), p. 22. Vid además las referidas recogidas en la nota número 35.

⁴⁵ L.E. NORES TORRES (2016, p. 12).

contratista. Es, por lo demás, difícil sostener que una determinada situación constituye una transmisión de empresa a efectos de la Directiva y no a efectos del art. 44 ET cuando ambas normas utilizan exactamente los mismos términos para delimitar su supuesto de hecho. Una vez comprobada la concurrencia de este, no queda otra solución que aplicar íntegramente el art. 44 ET incluso en aquellos aspectos en que, mejorando las previsiones de la Directiva, el precepto estatutario incorporó sin matices ni excepciones la responsabilidad solidaria del nuevo titular de la empresa. Si la sucesión de plantilla configura una transmisión de empresa, por fuerza esa responsabilidad solidaria debería aplicarse.

En cualquier caso, no está de más advertir que el argumento empleado por el Tribunal Supremo, aun admitiendo su validez, no serviría para justificar la solución alcanzada en la ya citada STS de 22 de septiembre de 2016⁴⁶, en la que se aceptó la validez de la cláusula del convenio que al imponer la subrogación excluía el reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores. Y ello porque si la sucesión de plantilla operada por mandato del convenio colectivo aplicable se refiere, como señala el Tribunal Supremo, a los efectos derivados directamente de la Directiva, no debe olvidarse que ésta sí impone el respeto a los derechos de los trabajadores, entre los cuales indudablemente se encuentra la antigüedad devengada. De manera tal que, bien por configurar un supuesto de transmisión amparado en el art. 44 ET bien por serlo directamente en la Directiva, en ningún caso podría el convenio colectivo disponer de los derechos adquiridos por el trabajador como resultado de su relación laboral con el contratista saliente.

El elemento determinante en la argumentación de la STS de 7 de abril de 2016, a la postre, resulta ser la voluntariedad o no de la decisión empresarial de subrogarse en la plantilla. Solo esta circunstancia permite seguir considerando, como lo ha venido haciendo el Tribunal Supremo, que cuando la subrogación de plantilla se produce

⁴⁶ Nº rec. 1438/2014.

por libre decisión del empresario resulta aplicable íntegramente el art. 44 ET. Pero lo cierto es que esta exigencia como condición para que opere la sucesión de plantilla no es un elemento que el art. 44 ET exija para que se aprecie, en cualquier supuesto, una transmisión, ni es tampoco una condición inherente a la sucesión de plantilla tal y como ha sido definida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La STJUE de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, en su apartado 37, razonó que: "poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas" y en su apartado 38: "En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23". Con mayor claridad aún, la STJCE de 24 de enero de 2002, Temco, asunto 51/00, en un supuesto en el que la empresa contratista alegaba precisamente que "el mero hecho de hacerse cargo de una parte del personal no basta para caracterizar dicha transmisión, sobre todo cuando el mantenimiento del personal ha sido impuesto por un convenio colectivo sectorial", el Tribunal declaró que dicha circunstancia "carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica" (apartado 27). En definitiva, puede decirse que para el Tribunal comunitario la asunción de parte esencial de la plantilla de la empresa saliente o cesante es requisito de resultados y no de medios y es indiferente cómo la empresa entrante ha asumido un grupo relevante cuantitativa y

cualitativamente de la plantilla de la saliente⁴⁷. Como advierten los votos particulares que acompañan a la STS de 7 de abril de 2016, en anteriores pronunciamientos el propio Tribunal Supremo había admitido que el carácter voluntario o no de la asunción de plantilla no limita el alcance de la obligación de subrogación⁴⁸.

La voluntariedad o no de la decisión empresarial de subrogarse en la plantilla no puede resultar determinante para la apreciación de una transmisión de empresa. No hay un apoyo normativo, ni en la norma comunitaria ni en la nacional, que justifique esta exigencia. La exigencia de voluntariedad puede además generar efectos cuando menos sorprendentes porque llevaría a considerar que en los casos de subrogación por imposición del pliego de condiciones o derivadas de la imposición del empresario principal, la denominada subrogación contractual, sí deberían aplicarse los efectos del art. 44 ET. Salvo que quiera afirmarse que no hay tampoco en estos casos voluntad empresarial en la subrogación, desconociendo que el empresario libremente concurre a la adjudicación de la contrata aceptando todas las condiciones de la misma. Si así fuera, la imposición por convenio colectivo o por cualquier otra vía, como puede ser la derivada de las condiciones fijadas por la empresa principal para adjudicar la contrata, de continuar la actividad en instalaciones o con infraestructuras y medios materiales que ella misma ponga a disposición del contratista, sería suficiente para eludir, por falta de voluntariedad en la transmisión, el régimen jurídico de la transmisión empresarial previsto en el art. 44 ET incluso en supuestos en que tales elementos materiales son esenciales para desarrollar la actividad.

4. LA REGULACION LEGAL DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, UNA CUESTIÓN PENDIENTE

⁴⁷ En palabras de la STSJ País Vasco de 22 de marzo de 2016, nº rec 358/2016.

⁴⁸ Con cita, entre otras, de la STS de 12 de julio de 2010, nº rec. 2300/2009.

En todo caso, por más que los argumentos empleados por el Tribunal Supremo sean discutibles, lo que sí ponen en evidencia estos pronunciamientos son las reservas que todavía alberga el Tribunal sobre la doctrina de la sucesión de plantillas y, lo que es más relevante, las tensiones que genera la aplicación de esta doctrina al menos cuando deriva de la subrogación prevista en convenio colectivo. Por ello recuperan plena actualidad las dudas expresadas con incontestable clarividencia en las SSTs de 20 y 24 de octubre de 2004⁴⁹ en las que se advertía cómo la doctrina de la sucesión de plantilla supone transformar el efecto de la sucesión empresarial -esto es, la subrogación en los contratos de trabajo- en la causa de la misma -la transmisión de una entidad económica. Y se añadía que la consecuencia más probable de la aplicación a estos supuestos del régimen de garantías del art. 44 ET "no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger".

Los efectos negativos que estas sentencias anunciaban no han llegado a producirse pues los convenios sectoriales siguen incorporando cláusulas subrogatorias. Pero probablemente aquellas advertencias sí han determinado las limitaciones que los convenios han incorporado con la finalidad de hacer menos gravosa la carga que para el nuevo empleador podría suponer la incorporación de los trabajadores del anterior contratista⁵⁰. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo que se han

⁴⁹ N° rec. 4424/2003 y 899/2002.

⁵⁰ En este sentido, se ha señalado que "la regulación asume el papel de un intercambio entre el refuerzo de ciertas garantías primarias -la estabilidad en el empleo más allá del supuesto del art. 44 ET- para proteger la conservación del bien primario "empleo", en peligro en estas situaciones de inaplicación del artículo 44 ET, con la devaluación de otras secundarias o complementarias -el alcance obligacional de la subrogación laboral-, a fin de animar a las empresas entrantes a contratar a toda o al máximo posible de plantilla" (M. MIÑARRO YANINI, 2016, p. 162).

señalado legitiman estas prácticas convencionales y, desde este punto de vista, favorecen la conservación del empleo.

El objetivo, si este es eliminar obstáculos que pudieran retraer la incorporación de cláusulas de subrogación en los convenios colectivos que garanticen el mantenimiento del empleo, se comparte. Pero su justificación solo podría apoyarse en una expresa previsión del legislador que, manteniendo un concepto de transmisión de empresa como el que ahora aporta el art. 44 ET, respetuoso por tanto con el diseñado en la Directiva comunitaria, limitara en determinados casos, en particular en los de subrogación convencional, los efectos de la sucesión empresarial. Sin olvidar que tal limitación podría alcanzar a la exoneración de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44 ET pero no a otros efectos, vinculados a los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, que la norma comunitaria anuda indisolublemente a la transmisión empresarial.

En fin, la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre la subrogación convencional vuelve a poner de manifiesto, - cómo la obligatoria aplicación de la norma española a la luz de la norma comunitaria y, en particular, la necesaria incorporación de los criterios de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la labor de nuestros tribunales puede generar consecuencias no solo no deseadas ni previstas por el legislador sino, en ocasiones, contrarias a las necesidades racionales del mercado de trabajo y, en no pocos casos, a los intereses de los propios trabajadores.

5. BIBLIOGRAFIA

Aragón Gómez, C. (2006). "Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo", *Relaciones Laborales*, núm. 13.

Beltrán DE Heredia, I. (2016). "La responsabilidad del art. 44 ET es disponible en la sucesión de contratos 'ex' convenio (comentario crítico a STS 7.4.16)", gnasibeltran.com/2016/05/08/el-art-44-et-es-disponible-

- en-la-sucesion-de-contratas-ex-convenio-critica-a-sts-7-4-16-estatuto-trabajadores/
- Cabeza Pereiro, J. (2002). "La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara en la Directiva 23/2001", *Actualidad Laboral*, núm. 14.
- Díaz De Rábago Villar, M. (2016), "Cuestiones prácticas de la subrogación del contrato de trabajo por causa convencional", Texto escrito de su Intervención en el Foro Social, celebrado en Madrid el 6 de octubre de 2016.
- García Ortega, J. (2000), "La sucesión de contratistas", en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 341-382.
- Herráiz Martín, M.S. (2011). "La sucesión de empresa en contrataciones y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6.
- Miñarro Yanini, M. (2016). "Contrataciones, subrogación convencional y exención de responsabilidad: ¿vuelve a retar la jurisprudencia nacional a la comunitaria?, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2016, RCU 2957/2014", *CEFLegal*.
- Moreno Gené, J. (2003). *El nuevo régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Nores Torres, L.E. (2012). *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, Tirant lo Blanch.
- Nores Torres, L.E. (2016). "Sucesión de contrataciones y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016)", *Información Laboral*, 2016, núm. 9.
- Sanguinetti Raymon, W. (2006). "Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales", en AA.VV. (Coord. R. Escudero) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Serrano Olivares, R. (1997). "La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, núm. 22.