

SUBROGACIÓN CONVENCIONAL E SUCESIÓN LEGAL DE EMPRESAS

Ana de la Puebla Pinilla
Catedrática de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade Autónoma de Madrid

Recibido: 13/12/2016

Aceptado: 12/01/2017

RESUMO

En determinados sectores produtivos nos que o traballo se presta no marco de contratas, é frecuente que os convenios colectivos incorporen a obrigación do novo contratista de subrogarse nos contratos de traballo do anterior. Este tipo de cláusulas suscitan numerosos problemas relacionados coa validez das previsións convencionais á luz do art. 44 do Estatuto dos Traballadores. Cuestións como a vinculación do contratista entrante ao convenio colectivo que impón a subrogación, a legalidade das cláusulas que condicionan a sucesión dos contratos ao cumprimento de determinadas formalidades ou requisitos ou aquelas previsións que limitan os efectos da subrogación, son obxecto de análise no presente estudo. A iso engádese a análise detallada da doutrina, derivada de recentes pronunciamentos do Tribunal Supremo, conforme á cal a subrogación convencional non pode reconducirse á subrogación legal. O contraste dos argumentos empregados para alcanzar tal conclusión e a interpretación emanada do Tribunal de Xustiza da Unión Europea conduce a unha revisión crítica de tal doutrina.

Palabras chave: subrogación convencional, sucesión de empresas, sucesión de persoal, convenio colectivo aplicable, responsabilidade solidaria, contratas e subcontratas

1. CONSIDERACIÓNS PRELIMINARES. SUCESIÓN DE CONTRATAS, SUCESIÓN DE EQUIPOS E SUCESIÓN DE EMPRESA

Conforme a unánime doutrina e reiterada xurisprudencia, a sucesión de contratas ou de concesións administrativas non constitúen supostos típicos de transmisión de empresas. A afirmación vale tanto para o momento constitutivo da contrata ou concesión administrativa -cando esta se constitúe por primeira vez, normalmente como consecuencia dunha decisión de externalización da actividade ou parte da actividade empresarial- como para o momento de cambio de contratista ou concesionario ou, finalmente, para o suposto de que se produza a finalización da contrata ou concesión por decisión da empresa principal de recuperar ou internalizar o servizo contratado. Que os devanditos fenómenos non constitúan tipicamente un suposto de sucesión empresarial deriva da consideración de que o mero cambio de titular da actividade empresarial non supón por si mesmo un fenómeno sucesorio se non vai acompañado da transmisión dos elementos que integran a organización produtiva. Precisamente por iso, esta regra xeral exceptúase cando o novo contratista ou a empresa principal que continúa coa actividade o fai coa mesma organización produtiva que empregaba o anterior.

Para os efectos de delimitar o contido da organización produtiva que debe transmitirse entre anterior e novo empresario para que poida apreciarse a existencia de transmisión de empresa, esta concíbese como un conxunto organizado de persoas e elementos que permita o exercicio dunha actividade económica. Para decidir se se produce a transmisión da organización produtiva entendida nos termos sinalados é preciso, conforme á doutrina do Tribunal de Xustiza da Unión Europea mantida tamén polo Tribunal Supremo, valorar todas as circunstancias de feito e, en particular, o tipo de empresa ou de actividade de que se trate¹. Deste modo, cando a actividade empresarial que

¹ STXCE do 11 de marzo de 1997, Süzen, asunto C-13/95: "Para determinar se se reúnen os requisitos necesarios para a transmisión dunha entidade, han de tomarse en consideración todas as circunstancias de feito

continúa cun novo empresario require de importantes elementos materiais, instalacións ou infraestruturas, a circunstancia de que o novo contratista desenvolva a actividade con eses mesmos elementos é suficiente para apreciar a transmisión de empresa e aplicar o réxime legal previsto no art.º 44 ET. Non exclúe esta conclusión a circunstancia de que non exista unha relación contractual entre anterior e novo titular da actividade² nin tampouco que os elementos empregados para o desenvolvemento da actividade económica sexan de titularidade do contratista pois o relevante é que quen presta a actividade teña dispoñibilidade sobre estes para executar a actividade contratada³.

características da operación de que se trata, entre as cales figuran, en particular, o tipo de empresa ou de centro de actividade de que se trate, que se transmitisen ou non elementos materiais como os edificios e os bens mobles, o valor dos elementos inmateriais no momento da transmisión, o feito de que o novo empresario se faga cargo ou non da maioría dos traballadores, que se transmitise ou non a clientela, así como o grao de analogía das actividades exercidas antes e despois da transmisión e a duración dunha eventual suspensión das devanditas actividades. Non obstante, estes elementos son unicamente aspectos parciais da avaliación de conxunto que debe facerse e non poden, "polo tanto", apreciarse "illadamente".

² "A inexistencia de vínculo contractual entre cedente e cesionario non pode revestir unha importancia decisiva", a cesión pode producirse en dúas etapas, a través da intervención dun terceiro (STXCE do 7 de marzo de 1996, Merckx e Neuhuys, asuntos C-171/94 e 172/94). O Tribunal Supremo aplicou esta doutrina en supostos de sucesión de contratas (STS do 7 de decembro de 2011, nº rec. 4665/2010, referida á sucesión de contratas en servizos auxiliares de aeroporto) e cando a transmisión se realiza por venda dos activos patrimoniais a un terceiro, que logo os arrenda á nova empresa (STS do 27 de febreiro de 2012, nº rec. 202/2010).

³ "A circunstancia de que os bens transmitidos non pertencan ao seu antecesor, senón que foron postos á súa disposición polo primeiro empresario non pode excluír a existencia dunha transmisión de empresa no sentido da Directiva" (SSTXCE do 12 de novembro de 1992, Watson Rask e Christensen, asunto C-209/91 e do 20 de novembro de 2003, Carlito Abler, asunto C-340/01). O Tribunal Supremo afirmou ao respecto que "o decisivo para estes efectos é a actividade empresarial da empresa e os medios que utiliza; non o título en virtude do cal se produce esa utilización, como se advirte nos supostos das sucesións de empresa a través de arrendamentos de industria ou negocio (STS do 12 de decembro de 2007, nº rec. 3994/2006 e as que nela se citan) ou de concesións ou contratas cando a

Pero a consideración de "todas as circunstancias concorrentes" adquire especial importancia naquelas actividades cuxo desenvolvemento e execución non require de elementos materiais, infraestruturas ou instalacións relevantes, senón que descansa esencialmente na man de obra. É en relación con estas actividades onde se elaborou e se aplicou a doutrina da sucesión de equipos conforme á cal "na medida que, en determinados sectores nos que a actividade descansa fundamentalmente na man de obra, un conxunto de traballadores que exercen de forma duradeira unha actividade común poden constituír unha entidade económica"⁴.

Esta doutrina, elaborada polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas foi asumida, non sen iniciais reticencias, polo Tribunal Supremo, que a aplicou, declarando a existencia de transmisión de empresa por sucesión de equipo en numerosas ocasións. Precisamente, o terreo das contratas e concesións administrativas foi un dos ámbitos onde maior xogo deu a sucesión de equipos. E iso porque boa parte das actividades que habitualmente se prestan en réxime de contratas se refiren a actividades, auxiliares ou non que descansan na man de obra e que non requiren de elementos materiais ou, no seu caso, estes teñen escaso valor. É o que acontece no caso de actividades como a asistencia domiciliaria, a limpeza de edificios e locais, as actividades de información, atención e asistencia a clientes, o mantemento eléctrico de instalacións, os traballos de xardinaría, os servizos de vixilancia, os servizos auxiliares e accesorios nun aeroporto ou os servizos de apoio no comedor dun centro de ensino.

Nestes casos, a aplicación da doutrina da sucesión de equipos foi determinante para apreciar ou non a existencia de sucesión empresarial cando se produce un cambio de

través destas se pon a disposición do novo empregador a infraestrutura produtiva" (STS do 27 de febreiro de 2012, nº rec. 2020/2010) e aplicou esta doutrina en supostos de externalización de servizos (STS do 12 de decembro de 2002, nº rec. 764/2002; STS do 12 de decembro de 2007, nº rec. 3994/2006) e en supostos de cambio de contratista (STS do 28 de abril de 2009, nº rec. 4614/2007).

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

contratista ou a reversión da actividade externalizada á empresa principal. Poden citarse, como exemplos, algúns pronunciamentos xudiciais nos que, tratándose de actividades que descansan na man de obra e nas que os elementos materiais necesarios para desenvolver a actividade empresarial non resultan relevantes, a continuidade ou non das relacións laborais é o elemento que determina a decisión xudicial. A STS do 5 de marzo de 2013⁵ analizaba un suposto no que a nova contratista, tras un proceso de selección, contratou catorce dos dezanove traballadores que prestaran a mesma actividade co anterior contratista. O tribunal admitiu a demanda da traballadora cuxo contrato se encontraba suspendido cando se produciu o cambio de contratista, ao apreciar que o suposto integraba unha auténtica transmisión de empresa e que, polo tanto, resultaba aplicable o art.º 44 ET de modo que a nova contratista debía terse subrogado no contrato da demandante. Pola contra, a STS do 27 de xuño de 2008⁶ declarou a inexistencia de transmisión de empresas nun suposto en que a empresa principal, tras ter o servizo de mantemento eléctrico das súas instalacións contratado con diversas e sucesivas empresas, decidiu pasar a prestalo directamente co seu persoal e cos seus propios medios, sen asumir ningún traballador do equipo desta.

En ambos os dous casos foi a libre decisión empresarial a que permitiu ou non configurar o suposto de feito como unha sucesión de equipos, pois non consta nos antecedentes de feito das sentenzas citadas a existencia dunha obriga, de orixe legal, convencional ou contractual, para o novo contratista de incorporar ao seu equipo aos traballadores que prestaban servizos para o anterior. Pero se se produce esa contratación, e en particular se esa contratación se produce respecto dun número significativo, en termos de cantidade e calidade, de traballadores, o

⁵ N.º rec. 3984/2011.

⁶ N.º rec. 4773/2006. En idénticos termos, a STS do 12 de xullo de 2016, n.º rec. 349/2015, nun caso de terminación da contrata e prestación pola empresa comitente dos servizos antes externalizados cos seus propios traballadores e con persoal voluntario.

suposto configúrase como unha sucesión de empresa hábil para xerar todos os efectos e consecuencias previstas no art.º 44 ET, entre outras a incorporación do resto de traballadores aos cales non alcanzou a decisión empresarial (como acontecía no suposto da sentenza do Tribunal Supremo antes citada do 5 de marzo de 2013), a obriga de manter as condicións laborais que viñan sendo aplicables a estes traballadores, a responsabilidade solidaria por débedas laborais e de Seguridade social e as obrigas que o art.º 44 ET contempla respecto dos representantes dos traballadores.

2. A SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

É precisamente a apreciación de que nestes casos a existencia dunha sucesión empresarial depende exclusivamente da vontade empresarial e de que, con iso, queda en mans do novo contratista o mantemento dos contratos de traballo, o que determinou que sexa unha práctica convencional habitual e reiterou en determinados sectores produtivos a incorporación de previsións sobre subrogación do novo contratista nos contratos de traballo do anterior. A función destas cláusulas é evitar que a continuidade dos contratos quede ao azar da vontade do novo contratista, impoñéndolle a obrigatoria subrogación nos contratos de todos ou parte dos traballadores empregados polo anterior titular da contrata. Progresivamente, os convenios dotaron de maior sofisticación e detalle a súa regulación da subrogación, delimitando con maior ou menor precisión os supostos en que procede a subrogación, os requisitos que deben cumprirse para que esta opere, os traballadores á que a mesma afecta, e as consecuencias ou efectos da subrogación.

Establécese así, por vía convencional, un sistema que, ante supostos que legalmente non constitúen unha sucesión de empresas e aos que, polo tanto, non é aplicable o réxime de garantías previsto no art.º 44 ET, asegura a continuidade de todas ou algunhas das relacións contractuais co novo empresario que asuma a prestación da obra ou servizo

contratado. Neste contexto, dado que a subrogación convencional confire dereitos non previstos legalmente, o convenio ten ampla marxe de liberdade -só limitado pola prohibición de trato desigual e discriminación- para determinar o ámbito subxectivo dos traballadores afectados, as condicións que han de concorrer para que esta opere e os efectos que esa subrogación produce sobre o anterior e o novo contratista. Que o convenio non estenda a obriga de subrogación a todos os traballadores vinculados á contrata, que faga depender a obriga de subrogación do cumprimento de determinados requisitos formais ou documentais ou que as consecuencias da subrogación sexan limitadas -excluíndo, por exemplo, o recoñecemento da antigüidade percibida co anterior contratista ou a responsabilidade do novo empregador respecto de débedas anteriores-, non suscita problemas de legalidade dado que, como se acaba de sinalar, o convenio deseña un réxime de dereitos e garantías para supostos non contemplados na lei e que, polo tanto, non existirían en caso de ausencia de previsión convencional.

Pero na práctica a aplicación e interpretación das devanditas cláusulas convencionais xerou unha interesante e copiosa doutrina xudicial que abrangue aspectos tales como a vinculación das empresas contratistas ao convenio que dispón a subrogación, a análise das condicións establecidas para que operen as previsións convencionais, a validez da limitación da subrogación a determinados traballadores ou a valoración dos efectos que, conforme ao convenio, derivan desta⁷. En calquera caso, o primeiro problema que formula este tipo de previsións convencionais refírese á identificación dos supostos nos que estas resultan aplicables.

2.1. VINCULACIÓN DO NOVO CONTRATISTA Á OBRIGA DE SUBROGACIÓN PREVISTA NO CONVENIO. DETERMINACIÓN DO CONVENIO APLICABLE

⁷ Unha análise actualizada de todas estas cuestións en M. DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR (2016).

A esixencia ao empresario que asume a prestación dunha contrata da subrogación prevista en convenio colectivo está condicionada a que lle sexa aplicable a norma convencional⁸. Para estes efectos, o art.º 82.3 ET prevé que "convenios colectivos regulados por esta lei obrigan a todos os empresarios e traballadores incluídos dentro do seu ámbito de aplicación e durante todo o tempo da súa vixencia". Do mandato estatutario se colixe que "o convenio colectivo nin pode conter cláusulas obrigatorias que afecten aos que non son parte na negociación nin, no seu contido normativo, establecer condicións de traballo que houberen de asumir empresas que non estivesen incluídas no seu ámbito de aplicación"⁹.

Isto supón que a obriga de subrogación de equipo previsto nun convenio colectivo non vincula nin é esixible a empresas non incluídas no ámbito funcional do convenio, o que determina a nulidade da cláusula correspondente se se trata dun convenio de empresa¹⁰ ou a súa inaplicación a terceiros alleos ao convenio en caso de convenios sectoriais¹¹.

Con todo, a pesar da homoxeneidade da doutrina xudicial respecto desta cuestión, debe sinalarse que esta foi exceptuada no peculiar suposto dos centros especiais de emprego. Nestes casos, a pesar de que os centros especiais

⁸ V. ao respecto, L.E. NORES TORRES (2012, páx. 57-68).

⁹ STS do 28 de outubro de 1996, nº rec. 566/1996.

¹⁰ STS do 28 de outubro de 1996, nº rec. 566/1996.

¹¹ STS do 15 de decembro de 1997, nº rec. 184/1997, que declara que unha empresa dedicada á actividade de Casino non está vinculada polo convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais e non ten, polo tanto, obriga de subrogarse nas relacións laborais da contrata de limpeza cando decide recuperar o servizo para prestalo directamente con traballadores do seu equipo de nova incorporación. No mesmo sentido se pronuncia a STS do 10 de decembro de 2008, nº rec. 2731/2007, no que se declara que a empresa, dedicada á compravenda e administración de inmobles así como á compravenda, importación e comercialización de todo tipo de prensa non está vinculada polo Convenio colectivo de limpeza de locais e edificios da comunidade de Madrid, e, polo tanto, cando decide asumir directamente e con traballadores de nova contratación, a limpeza dos seus locais que ata ese momento levara a cabo unha contratista, non está obrigada a subrogarse nos contratos dos traballadores que prestaban servizos para esta.

de emprego están rexidos polo seu propio convenio colectivo, declarouse que lles resulta aplicable a obriga de subrogación prevista no convenio colectivo sectorial cando concorren con outras empresas do sector para obter a adjudicación do servizo en réxime de concesión ou contrata. Sinalouse ao respecto que "se a empresa adjudicataria, teña ou non recoñecidos os posibles beneficios de centro especial, concorre a unha contrata na que a actividade a desenvolver é outra diferente a que figura no ámbito funcional do seu específico Convenio, deberá someterse ás normas convencionais aplicables no sector en cuxa actividade asume integrarse para realizar as funcións obxecto deste; afectándolle, en consecuencia, no presente caso as normas cuestionadas sobre subrogación no sector de limpeza"¹².

A brecha aberta polo Tribunal Supremo supón completar a regra xeral sobre inaplicabilidade da subrogación convencional a empresas non incluídas no ámbito funcional do convenio cunha excepción que conduce á aplicación da devandita obriga a empresas alleas ao convenio atendendo a un criterio funcional que determina a aplicación da norma garante da estabilidade no emprego correspondente á

¹² STS do 4 de outubro de 2011, nº rec. 4597/2010. En idéntico sentido pronúncianse numerosas sentenzas posteriores (entre outras, STS do 7 de febreiro de 2012, nº rec. 1096/2011, e do 10 de febreiro de 2014, nº rec. 93/2013). Isto non significa, non obstante, que a relación laboral dos traballadores minusválidos que prestan servizos no centro especial de emprego ou na empresa que preste o servizo sen ter tal condición pase a quedar regulada polo convenio colectivo sectorial da actividade de que se trate. O seu réxime xurídico non pode ser o aplicable a traballadores cunha relación laboral ordinaria e seguen beneficiándose non só polo réxime legal que regula tal relación laboral especial senón tamén polas numerosas especialidades que prevé o seu convenio colectivo (STS do 23 de setembro de 2014, nº rec. 50/2013; do 24 de novembro de 2015, nº rec. 136/2014 e do 9 de decembro de 2015, nº rec. 135/2014). A mesma solución, obriga de subrogarse, se aplica no caso inverso, isto é cando o centro especial de emprego é a empresa saínte e a nova contrata non ostenta ese carácter (STS do 18 de decembro de 2012, nº rec. 414/2012). Pero nestes casos, o problema non se formula dende a perspectiva da aplicabilidade do convenio de sector á contrata entrante, cuestión fóra de dúbida por estar a empresa incluída no seu ámbito de afectación, senón dende a perspectiva da discriminación que supoñería excluír aos traballadores, vinculados coa anterior contratista cunha relación laboral especial, do efecto subrogatorio.

actividade que realizan os traballadores en cuxa relación ha de subrogarse calquera empresa que aspire a obter unha contrata á marxe do convenio polo que se rexa". Iso permitiu que algunhas sentenzas de suplicación consideren aplicable esta doutrina, máis alá dos supostos referidos a centros especiais de emprego, a empresas que, á marxe de cales sexan as actividades a que se dedican e do convenio colectivo sectorial ou de empresa polo que se rexan, concorren á adxudicación de contratas ou concesións administrativas para desenvolver unha actividade regulada por un convenio colectivo que si prevé a subrogación dos traballadores do anterior contratista¹³.

Esta cuestión suscitouse con frecuencia no ámbito da reversión ás administracións públicas de actividades previamente externalizadas. Nestes casos, cando a actividade que a Administración recupera descansa esencialmente na man de obra, a decisión de se o organismo público de que se trate está obrigado a incorporar ao seu equipo aos traballadores da contrata pasa por determinar se lle resulta ou non aplicable o convenio colectivo sectorial que estableza a devandita subrogación. Pero a xurisprudencia apelou ao criterio xeral para sinalar que as obrigas de subrogación previstas nos convenios sectoriais non resultan aplicables a concellos ou outras

¹³ É o que aconteceu coas empresas multiservizos. Así a STSX País Vasco do 2 de maio de 2016, nº rec. 120/2016 e as anteriores do mesmo órgano xudicial que nela se cita. A mesma conclusión se alcanza en STSX Asturias do 17 de maio de 2013, nº rec. 732/2013. Mesmo no caso de que a empresa que asume a contrata teña o seu propio convenio colectivo no que non se prevexa a subrogación, a doutrina de suplicación considerou aplicable o convenio sectorial, entendendo que o devandito convenio é plenamente aplicable en canto se refire a unha actividade máis ampla pero que tamén inclúe a prestada pola empresa multiservizos (SSTSX Castilla-La Mancha do 13 de novembro de 2015, nº rec. 1117/2015, e do 21 de xaneiro de 2016, nº rec. 1501/2015, e as que alí se citan). É discutible, non obstante, a adecuación destes pronunciamentos coa STS do 17 de marzo de 2015, nº rec. 1464/2014, na que, para os efectos de determinar o convenio colectivo aplicable nunha empresa multiservizos, o Tribunal Supremo se inclina polo principio de unidade de empresa para declarar a aplicabilidade daquel que se corresponda coa actividade preponderante da empresa, aínda que non sexa esta a que desenvolven as traballadoras demandantes.

institucións de carácter público na medida que non estiveron representadas nin formal nin institucionalmente na negociación do convenio¹⁴. Pouco importa a estes efectos que o convenio declare a súa aplicación tanto a empresas privadas coma a entidades públicas¹⁵. Tampouco a circunstancia de que a actividade reinternalizada forme parte das competencias atribuídas á Administración de que se trate ou constituía un servizo que a devandita Administración está obrigada a prestar resulta razón abondo para declarar a súa vinculación á obriga prevista no convenio. O que marca a diferenza cos supostos antes mencionados é que ningunha destas circunstancias converte a Administración nun contratista do sector que obteña unha nova adxudicación ou que suceda a outro contratista anterior¹⁶ o que, ao cabo, impide aplicar o convenio sectorial.

2.2 DESEÑO CONVENCIONAL DA OBRIGA DE SUBROGACIÓN. ESIXENCIAS E CONDICIÓNS PARA QUE OPERE

Como xa se sinalou, a obrigatoriedade da subrogación prevista nos convenios colectivos vén condicionada habitualmente ao cumprimento de determinadas condicións ou formalidades. O Tribunal Supremo sinalou en numerosas ocasións que a sucesión "se producirá ou non, de conformidade co que para o efecto dispoña o convenio colectivo de aplicación, e con subordinación ao cumprimento polas empresas interesadas dos requisitos esixidos por tal norma convida"¹⁷. Tales requisitos adoitan consistir na entrega polo anterior contratista ao novo da documentación que o convenio colectivo esixa ou na esixencia de información aos representantes dos traballadores. O

¹⁴ V., neste sentido, STS do 21 de abril de 2015, nº rec. 91/2014, e STS do 19 de maio de 2015, nº rec. 358/2014.

¹⁵ Como afirma a STS do 11 de xullo de 2011, nº rec. 2861/2010, respecto do Convenio colectivo estatal do Sector de Limpeza Pública, Viaria, Regos, Recollida, Tratamento e Eliminación de Residuos, Limpeza e Conservación de Rede de sumidoiros.

¹⁶ STS do 17 de xuño de 2011, nº rec. 5423/2011.

¹⁷ STS do 17 de setembro de 2012, nº rec. 2693/2011.

incumprimento das devanditas obrigas determina que a transferencia de contratos non sexa esixible de modo que non opera a subrogación nos contratos. Nestes casos, a empresa incumpridora desa obriga devén responsable das consecuencias prexudiciais que sobreveñan ao traballador afectado e en particular do despedimento no caso de que se decidise a extinción do seu contrato. Esta solución non prexudica o dereito dos traballadores á estabilidade no emprego, porque "o devandito dereito está asegurado en canto persiste, nestes supostos, a vixencia do contrato de traballo coa empresa saínte"¹⁸.

As dúbidas suscitáronse á hora de interpretar a transcendencia dos incumprimentos polo empresario sobre a obriga de subrogación. Nestes casos, é preciso valorar a configuración e transcendencia que o propio convenio colectivo atribúe a tales esixencias. Entendeuse que, en ocasións, aínda estando incompleta a documentación achegada pola empresa saínte, debe operar a subrogación sempre que non se trate de documentación imprescindible para informar sobre as circunstancias profesionais dos traballadores afectados e para xustificar atenderse as obrigas monetarias e de Seguridade Social. Por esa razón estimouse que non se cumpre a esixencia convencional cando a documentación se entrega á empresa principal se o convenio esixe que a achega se realice á nova contratista, obriga que ha de cumprirse dende o momento en que se coñece a identidade desta, correspondendo á empresa desenvolver a dilixencia necesaria, conforme á boa fe, para obter información sobre a nova adxudicataria da contrata¹⁹. A falta de información aos representantes, aínda estando expresamente prevista no convenio colectivo, tampouco determina a nulidade do acto subrogatorio²⁰.

Non son estas as únicas condicións ou esixencias que os convenios colectivos poden establecer como condición para

¹⁸ Entre outras moitas, STS do 28 de xullo de 2003, nº rec. 2618/2002.

¹⁹ SSTs do 17 de setembro de 2012, nº rec. 2693/2011, e do 30 de setembro de 2013, nº rec. 2196/2012.

²⁰ STSX Cataluña, do 22 de decembro de 2015, nº rec. 3351/2015.

que opere a subrogación²¹. A esixencia dunha determinada antigüidade do traballador, que estean vinculados á empresa a través dunha modalidade contractual determinada, que desempeñen funcións específicas, a previsión dun proceso de selección pola nova adxudicataria da contrata, a limitación da porcentaxe de traballadores sobre os que debe operar a subrogación ou a limitación da transferencia ao persoal en función da porcentaxe de actividade asumida polo novo contratista, son prácticas habituais nos convenios colectivos que inclúen cláusulas subrogatorias. Todas estas limitacións non presentan problemas de legalidade, de novo polo mesmo motivo anteriormente sinalado, porque confiren un dereito de conservación do contrato co novo contratista en supostos non previstos nin incluídos no art.º 44 ET, mellorando as previsións recollidas no devandito precepto²². Así pois, só cando o contratista saínte cumpra as condicións esixidas legalmente operará a obriga do novo empresario de subrogarse nos contratos dos traballadores aos que o convenio, en función da súa antigüidade, o tipo da súa relación contractual ou calquera outros factores non discriminatorios, confira tal dereito.

2.2. CONDICIÓN S PARA A VALIDEZ DA EXCLUSIÓN DE EFECTOS PROPIOS DA SUCESIÓN LEGAL NOS CASOS DE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL. VOLUNTARIEDADE PARA O TRABALLADOR DA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

A regulación convencional da obriga de subrogarse nos contratos de traballo do anterior contratista alcanza tamén a regular os seus efectos ou consecuencias, deseñando un réxime subrogatorio que non necesariamente ha de incluír todas as consecuencias previstas no art.º 44 ET. Neste sentido, é frecuente que os convenios omitan ou exclúan expresamente a responsabilidade solidaria do novo contratista por débedas salariais ou laborais do contratista saínte ou que limiten as condicións laborais sobre as que

²¹ V. unha análise a partir dunha mostra relevante de convenios en C. ARAGÓN GÓMEZ (2006), páx. 7-15.

²² Neste sentido, STS do 10 de decembro de 2008, nº rec. 3837/2007.

opera a súa obriga de subrogación. En principio, e como acontecía coas limitacións sobre o alcance subxectivo da obriga de subrogación, se se parte da constatación de que tales cláusulas convencionais de subrogación atribúen ao traballador un dereito a manter o seu posto de traballo en situacións non amparadas polo art.º 44 ET, tales limitacións ao réxime legal da sucesión de empresas non formulan problemas de legalidade, na medida que tal réxime legal non resulta aplicable.

Pero neste caso, a validez destas previsións convencionais sinaladas debe cuestionarse dende outra perspectiva, referida á obrigatoriedade ou non da subrogación convencional, non xa para o novo contratista senón para os traballadores afectados.

Cando o convenio colectivo aplicable impón a subrogación dos traballadores, véñse entendendo que esta obriga opera non só sobre as empresas senón tamén sobre os propios traballadores afectados que han de aceptar a subrogación sen posibilidade de optar por continuar a súa relación laboral co seu anterior empregador²³. Esa posibilidade só existe cando a subrogación se produce por acordo entre anterior e novo contratista, tal e como apreciaron a serie de sentenzas recaídas no asunto sobre os servizos de handling nos aeroportos españois tras a liberalización do sector aéreo. A STS do 30 de abril de 2002 (nº rec 4240/2000) afirmou que "os títulos en cuxa virtude se produciron as cesións e subrogacións controvertidas foron senllos acordos contractuais de Iberia, SA cos segundos operadores codemandados, coa aceptación posterior dos sindicatos máis representativos na empresa cedente. Pero non produciron a transmisión de efectos patrimoniais nin da organización nin dunha unidade produtiva autónoma como requiriría o art.º 44 ET para poder falar dunha sucesión legal, nin tampouco se produciu dentro do esquema normativo dun convenio colectivo que previse aquela subrogación. Produciuse, pois, unha subrogación sobre un acordo privado que non vinculaba ao traballador afectado salvo que tivese prestado o seu consentimento á devandita

²³ Neste sentido, L.E. NORES TORRES, 2012, páx. 93.

subrogación como require o art.º 1205 CC²⁴. Iso permite ao traballador negarse á novación contractual e permanecer no equipo do seu empregador, por máis que este teña ao seu alcance a posibilidade de acudir á modificación, suspensión ou extinción do devandito contrato por necesidades da empresa.

Certamente, a doutrina do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (STXUE do 16 de decembro de 1992, Katsikas, Skreb e Schroll, asunto C-212/92) estableceu que o artigo 3.1 da Directiva comunitaria «non impide a un traballador empregado polo transmitente na data da transmisión da empresa se opoña á cesión ao adquirente do seu contrato de traballo». Pero esa mesma doutrina aclara que a Directiva non impón aos Estados membros a obriga de establecer que no caso de que o traballador non acepte esta cesión a súa «relación laboral se manterá co transmitente». O réxime legal da transmisión de empresas deseñado no art.º 44 ET non considera expresamente esta situación pero a ausencia dun recoñecemento expreso do dereito do traballador a permanecer no equipo do anterior titular da empresa interpretouse no sentido de que tal dereito non existe, sen prexuízo por suposto do dereito do traballador a rescindir o seu contrato sen dereito a percibir indemnización²⁵.

²⁴ Con maior claridade aínda, a de STS do 15 de marzo de 2005, nº rec. 367/2004, afirma que "liña de separación entre os efectos dunha sucesión empresarial producida de conformidade coas esixencias da normativa vixente sobre o particular (artigo 44 do Estatuto dos Traballadores e convenios colectivos de aplicación), e os efectos dunha cesión de contratos entre empresas aínda cando a cesión sexa aceptada polos representantes dos traballadores, como aquí aconteceu, para chegar á importante conclusión de que mentres a sucesión normativa ten carácter imperativo para empresario e traballador, a cesión contractual require para a súa validez o consentimento do traballador como pide o art.º 1205 do Código Civil e disposicións concordantes, sen que ese consentimento poida estimarse substituído polos representantes legais ou sindicais que interviñeran no Acordo celebrado con ambas as dúas empresas interesadas".

²⁵ A única previsión ao respecto refírese ao persoal de alta dirección. O art.º 10.3.d) do RD 1382/1985, do 1 de agosto, polo que se regula a relación laboral do persoal de alta dirección, contempla o dereito do alto directivo a resolver o seu contrato especial de traballo con dereito ás

Esta mesma interpretación véñse aplicando tamén nos casos en que a subrogación se produce por mandato do convenio. Deste modo, nestes casos tampouco parece esixirse o consentimento do traballador para que se produza unha novación subxectiva no seu contrato que implica o cambio de empregador²⁶. Polo menos así podería deducirse das afirmacións contidas nalgúns pronunciamentos xudiciais como os que antes se sinalaron²⁷ e da práctica xudicial que exclúe a responsabilidade por despedimento do contratista saínte cando o novo contratista, incumprindo o previsto no convenio colectivo, non incorpora o traballador ao seu equipo. Estes pronunciamentos, ditados en supostos nos que a demanda por despedimento se dirixe indistintamente contra anterior e novo contratista, revelan que a obriga de manter a relación contractual co traballador recae exclusivamente sobre o novo contratista, sen considerar a posibilidade de que o traballador, ao articular a súa demanda ante ambos os dous, estea a optar, sequera de

indemnizacións pactadas, e no seu defecto, fixadas na norma para o caso de extinción por desistimento do empresario, en caso de "sucesión de empresa ou cambio importante na titularidade desta, que teña por efecto unha renovación dos seus órganos reitores ou no contido e formulación da súa actividade principal, sempre que a extinción se produza dentro dos tres meses seguintes á produción de tales cambios".

²⁶ Salvo naqueles convenios que expresamente establecen que a subrogación require o consentimento do traballador que, en caso de opoñerse, mantén a súa relación co contratista para o que viña prestando os seus servizos, debendo proceder este á súa recolocación noutro posto ou, no seu caso, ao despedimento por causas xustificadas. Neste sentido, art.º 65 Convenio colectivo xeral do sector de servizos de asistencia en terra en aeroportos (BOE 21 de outubro de 2014).

²⁷ Con claridade afirmao a STSX Cataluña do 22 de decembro de 2015, nº rec. 3351/2015, cando sinala que "constando que os traballadores afectados pola subrogación son aqueles que prestaban servizos na parte da contrata cedida ao novo adxudicatario -dado que na demanda nada se di en sentido contrario-, debe colixirse que esta se efectuou conforme ao disposto convencionalmente e, por tanto, non encontrándonos ante unha mera transmisión de equipos, senón ante unha cesión de contratas convencionalmente prevista, non é aplicable a xurisprudencia alegada pola parte recorrente (recaída na STS que cita de 21-10-2004, nº rec. 5075/2003) e, polo tanto, non se requiría o consentimento dos traballadores afectados, ao encontrarse a subrogación amparada polo disposto no convenio colectivo aplicable, nin pode entenderse infrinxido o art.º 1205 do Código civil".

forma subsidiaria, por manter a súa relación co empregador para o que veu prestando os seus servizos antes de producirse o cambio no contratista. A cuestión non se formulou ata o momento de forma explícita, quizais porque en casos como os que se analizan a subrogación é a única posibilidade para o traballador de conservar un emprego que, en caso de opoñerse á continuidade do contrato co novo empregador, está abocado case irremediabilmente a perder²⁸.

Pero esta interpretación debería reformularse dende o momento en que se advirte que a subrogación, tal e como se configura nalgúns convenios, pode supoñer unha modificación no estatuto xurídico aplicable ao contrato de traballo. O que agora quere poñerse de relevo non afecta tanto ás previsións convencionais que exclúen a responsabilidade solidaria do novo contratista polas débedas do anterior, pois aínda que iso reduce as garantías de cobramento para o traballador, tal exclusión non elimina a súa condición de acredor. Pero o convenio pode chegar a excluír, como de feito acontece, o recoñecemento polo novo empregador de dereitos xa adquiridos polo traballador a título individual ou colectivo.

A STS do 22 de setembro de 2016²⁹ exemplifica con claridade como este tipo de previsións pode supoñer un evidente prexuízo para o traballador. Nesta sentenza abórdase o despedimento dunha traballadora que, tras prestar servizos durante máis de catro anos para o seu empregador, foi subrogada en aplicación das previsións do convenio colectivo de contact center pola empresa que obtivo a contrata. A terminación da relación co seu anterior empregador produciuse mediante a liquidación do contrato e sen que a traballadora percibise indemnización ningunha pola extinción. O convenio prevía, entre outras moitas

²⁸ Neste sentido, debe recordarse que a finalización da contrata constitúe, segundo a xurisprudencia, causa abondo para xustificar un despedimento procedente por causas organizativas ou económicas. V. STS do 10 de maio de 2006 (nº rec. 725/2005) e a SAN do 15 de xullo de 2013 (nº rec. 200/2013) confirmada pola STS do 23 de setembro de 2014 (nº rec. 66/2014).

²⁹ Nº rec. 1438/2014.

cuestións, "que se respectará o tempo e a formación consolidadas na anterior empresa, para os únicos efectos da promoción profesional". Transcorridos menos de dous meses dende a subrogación, a traballadora foi obxecto de despedimento disciplinario que foi declarado improcedente. É para os efectos de cuantificar a indemnización cando se formula a cuestión de se debe ou non recoñecerse a antigüidade percibida pola traballadora na anterior empresa. O Tribunal Supremo resolve esta dúbida corrixindo a interpretación do Tribunal Superior de Xustiza para declarar que é o mandato convencional o que debe configurar o réxime xurídico, a extensión e os límites da subrogación, de modo que, conforme ao previsto no convenio colectivo aplicable, non procedía recoñecer a antigüidade.

A legalidade de previsións convencionais como as que se analizan non pode discutirse dende a perspectiva do art.º 44 ET. Debe insistirse de novo en que nestes casos que non constitúen unha transmisión de empresa, o convenio está a configurar unha fórmula para garantir ou favorecer a estabilidade no emprego cuxo réxime xurídico non ten por que someterse ás previsións do art.º 44 ET. Pero iso non impide aplicar outros límites que non necesariamente derivan deste último precepto. O convenio colectivo non pode dispoñer de dereitos individuais do traballador como a antigüidade ou outros que tivese adquirido a título individual ou por recoñecemento do empregador de efectos colectivos. A disposición deses dereitos unicamente corresponde ao propio traballador de modo que só a súa voluntaria aceptación permitiría que a subrogación operase nas condicións previstas no convenio colectivo. Dende esta perspectiva, a subrogación convencional debe considerarse necesariamente como un dereito do traballador ao que pode libremente renunciar³⁰ optando por permanecer na empresa

³⁰ E polo tanto nulas as cláusulas recollidas nalgúns convenios colectivos que configuran a subrogación por sucesión de contrata como obrigatoria tamén para o traballador. Así acontece no art.º 63 do V Acordo Laboral de ámbito estatal para o sector de hostalaría (BOE do 21 de maio de 2015) que dispón que "As disposicións aquí contempladas son imperativas para as partes ás que afecta, empresa principal, cedente, cesionaria e

para a que prestaba servizos. De ser así, a comunicación polo seu empregador da extinción da súa relación contractual por subrogación debería considerarse como un despedimento³¹.

3. A SUCESIÓN LEGAL DERIVADA DA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, UNHA CUESTIÓN A DEBATE

O xuízo sobre a legalidade e eficacia das cláusulas convencionais analizadas permanece intacto cando se trata de supostos que, aínda requirindo a actividade importantes elementos materiais, estes son achegados polo novo contratista, pois tamén neste caso nos encontraríamos ante un suposto non considerado no art.º 44 ET para o que o convenio colectivo confire unha protección ao traballador asegurándolle a posibilidade de manter o seu contrato de traballo co novo contratista nas condicións que o propio convenio estableza³².

traballador ou traballadora, sen que sexa válida ningunha renuncia de dereitos".

³¹ Nestes termos resolve a STSX Madrid do 31 de marzo de 2016, nº rec. 169/2016, por máis que a decisión xudicial non se fundamenta na voluntariedade do traballador en non se incorporar á nova adxudicataria da contrata senón na decisión desta de incorporar o traballador cun novo contrato, de duración determinada aínda cando o traballador tiña unha relación laboral indefinida co seu anterior empregador. Neste caso, o Tribunal Superior de Xustiza estimou que a comunicación pola que se lle informaba da subrogación "revelaría a realidade dun despedimento tácito, por canto mediante un acto certamente concluínte -comunicación de cesamento na súa prestación laboral de servizos- quen hoxe recorre deixou de traballar dende aquel entón para ela".

³² Como acontece na STS do 15 de xullo de 2013, nº rec. 1377/2012, referida á sucesión de contratistas no sector de contact center, na que se afirma que "ningún acordo sobre a transmisión da actividade e dos medios materiais e infraestruturas desta existiu entre a antiga e a nova contratista que puxo pola súa conta os medios materiais de todo tipo necesarios para o desenvolvemento dunha actividade, como a do Contact Center, que necesita de inmobles, teléfonos, aparatos informáticos etc. etc. que son imprescindibles para o seu desenvolvemento. O cambio de contratista nestas condicións non encaixa no art.º 44-2 do E.T., nin no 1-1 da Directiva 2001/23, porque non se transmitiu un conxunto de medios organizados para levar a cabo unha actividade económica e se se deu ocupación á totalidade ou parte do equipo anterior foi para cumprir o disposto no art.º 18 do Convenio Colectivo, norma que só obriga ao que nela se dispón, á parte que o factor humano é só un dos que compoñen a

Pero a súa operatividade desaparece cando, requirindo a actividade contratada a posta en xogo de tales elementos produtivos de índole material, estes son postos a disposición do empresario que asume a execución da contrata polo empresario principal ou polo anterior contratista. Nestes casos, o fenómeno configúrase como unha transmisión de empresa das previstas no art.º 44 ET e polo tanto as limitacións de calquera tipo que poida contemplar o convenio deben considerarse inaplicables³³.

Igualmente, a validez e aplicabilidade das cláusulas convencionais que se están a analizar debe reconsiderarse cando, operando sobre actividades que descansan na man de obra, a aplicación das condicións de subrogación previstas no convenio supón que, *de facto*, se xere unha sucesión de equipo nos termos fixados pola doutrina do Tribunal europeo e do noso Tribunal Supremo. Nestes casos, se o resultado da aplicación do convenio é que o novo contratista continua desenvolvendo a mesma actividade que o anterior cunha parte significativa do equipo, se produce un suposto de sucesión de equipo incardinable no art.º 44 ET que determina, polo tanto, a aplicación íntegra do réxime da transmisión previsto no devandito precepto.

Certamente, a determinación de cando a subrogación prevista no convenio colectivo xera este efecto non é tarefa sinxela. Na práctica, a dificultade reside en identificar cando o colectivo de traballadores que a nova empresa incorpora ao seu equipo é suficiente para apreciar que integran unha entidade económica e, polo tanto, constitúen unha transmisión de empresa. Ao respecto, véñse esixindo que os traballadores subrogados sexan relevantes en termos de cantidade e calidade. En palabras do Tribunal Supremo, a doutrina da sucesión de equipo é aplicable cando o relevante non son os elementos materiais postos a disposición do novo contratista para prestar a actividade contratada senón "a cualificación e experiencia no traballo

organización produtiva". En similares termos resolve a STS do 27 de xaneiro de 2015, nº rec. 15/2014.

³³ V. J. GARCÍA ORTEGA (2000, páx. 362).

da man de obra"³⁴. A concreción desta esixencia non ofrece pautas excesivamente seguras debendo resolverse cada caso en función das peculiaridades de cada suposto³⁵.

En todo caso, cando se aprecian estas circunstancias, a doutrina xudicial declarou que ao ter asumido a contratista entrante, en cumprimento do convenio colectivo, unha parte significativa en número e competencias do equipo da anterior se produce unha transmisión de empresas nos termos do art.º 44 ET e é, polo tanto, aplicable o réxime legal da transmisión. Iso inclúe, entre outros efectos, a obriga do novo contratista de contratar a todos os traballadores e de aplicar integramente o réxime legal de sucesión previsto no art.º 44 ET³⁶. É unha interpretación que se recolle de forma expresa na doutrina de suplicación³⁷

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

³⁵ Así, na STS do 7 de decembro de 2012, nº rec. 4665/2010, nun suposto no que unha empresa sucedera na contrata á anterior contratista e se lle encomendaran os mesmos labores, afirmase que "esta circunstancia unida ao feito de que a recorrente empregou 36 dos 46 traballadores que ocupaba na actividade a contratista anterior, sendo un dos contratados o encargado xeral de control de persoal e distribución de traballos, revela o conxunto de traballadores empregados constitúe unha unidade económica que ten a súa propia entidade porque a actividade descansa fundamentalmente na man de obra. Por iso, encontrámonos ante un suposto dos chamados de sucesión de equipos". Na STS do 9 de abril de 2013 (nº rec. 1435/2012), estimouse que a subrogación en 3 dos 7/8 traballadores que viñan prestando o servizo era suficiente para apreciar sucesión de equipo porque os traballadores subrogados eran "parte esencial para o desempeño da contrata, se nos atemos ás condicións nas que esta se leva a cabo".

³⁶ Neste sentido, I. BELTRÁN DE HEREDIA (2016), J. MORENO GENÉ (2003, páx. 75), W. SANGUINETI RAYMOND (2006, páx. 111) e J. CABEZA PEREIRO (2002). Crítica con esta interpretación maniféstase non obstante M.S. HERRÁIZ MARTÍN (2011, páx. 21).

³⁷ Así a STSX Cantabria do 23 de maio de 2006, nº rec. 391/2006. Esta sentenza foi casada por STS de 21-12-2007, Rº 2891/06, pero unicamente para excluír a responsabilidade solidaria do contratista saínte, precisamente por considerar que o novo contratista tiña a obriga de ter incorporado ao seu equipo ao demandante. No mesmo sentido, a STSX Asturias, do 7 de xaneiro de 2001, nº rec 2341/2010, STSX Cataluña do 27 de setembro de 2012, nº rec. 7557/2011). Tamén a STSX Castilla y León, Valladolid, do 20 de abril de 2016, nº rec. 633/2016 na que se afirma con claridade que "non constando que a actividade subcontratar se exerza cunha significativa achega de medios materiais, senón exclusivamente con man de obra, a asunción da contrata pola nova adxudicataria, contratando

e que o propio Tribunal Supremo, obrigado a respectar a interpretación do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, aceptou en diversas ocasións³⁸.

Esta interpretación podería ter cambiado non obstante como consecuencia dalgúns pronunciamentos recentes do Tribunal Supremo nos que expresamente se resolve sobre a validez dalgúns aspectos do réxime convencional da subrogación empresarial cando, en cumprimento do previsto no convenio, o empresario se subroga en todos ou parte dos contratos de traballo do anterior. En síntese, para o Tribunal Supremo a circunstancia de que por aplicación do previsto no convenio colectivo se produza unha subrogación contractual non determina a existencia dunha subrogación legal e é polo tanto perfectamente posible que o convenio colectivo limite os efectos da devandita subrogación descoñecendo os efectos que o art.º 44 ET contempla.

A orixe do cambio na doutrina xurisprudencial encóntrase na STX País Vasco do 6 de maio de 2014³⁹. A sentenza de

a maior parte do equipo, determina que esteamos ante unha sucesión de empresas do artigo 44 do Estatuto dos Traballadores, conforme á figura denominada da sucesión de equipos [...] A sucesión de equipo debe apreciarse sempre que se trate de actividade prestada esencialmente con man de obra e haxa unha asunción da maior parte ou dunha parte significativa do devandito equipo que determine que, como grupo organizado de traballadores, manteña a súa identidade [...]. E iso é así aínda que a asunción de equipo veña imposta polo convenio colectivo de aplicación (STS do 9 de xullo de 2014, nº rec. 1201/2013)". Iso determina a consecuencia de que debeñen "inaplicables as previsións do convenio colectivo sobre ulteriores dereitos de preferencia dos traballadores non subrogados".

³⁸ STS do 12 de xullo de 2010, nº rec. 2300/2009, na que se sinala que "o carácter voluntario ou non da asunción do equipo da empresa saínte non afecta ao alcance da obriga de subrogación, como xa estableceu a sentenza o TXCE na súa sentenza do 24 de novembro de 2002 no caso Temco Service Industries, no que a nova empresa se fixo cargo do persoal en cumprimento dunha cláusula do convenio colectivo aplicable". Pola súa banda, na STS do 27 de abril de 2015, nº rec. 348/2014, nun suposto no que o convenio colectivo aplicable incluía cláusula subrogatoria, e tras apreciar que a empresa se subrogara nun total de 70 contratos dos 87 traballadores que prestaban o servizo, declara a súa obriga de subrogarse nas relacións laborais dos demandantes, afirmando que "a garantía de continuidade dos contratos laborais se establece tanto no art.º 44.1 do ET coma nos arts. 1.1. e 3.1 da Directiva 2001/23".

³⁹ Nº rec. 710/2014.

instancia declarara a responsabilidade solidaria dunha empresa contratista polas débedas salariais da anterior en aplicación do art.º 44 ET. No recurso de suplicación presentado pola empresa alégase que a subrogación se producira en aplicación do previsto no convenio colectivo e este excluía expresamente a responsabilidade solidaria do novo contratista. En ocasións anteriores o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco recoñecera que en casos como o sinalado procedía a aplicación do art.º 44 ET cando, en cumprimento do convenio colectivo, se producía unha sucesión de equipo que se insire na noción de transmisión de empresa do art.º 44 ET. Pero o Tribunal considera necesario reconsiderar o seu propio criterio apoiando a revisión da súa doutrina en dous razoamentos.

O primeiro deles fundaméntase na interpretación sistemática e coordinada da Directiva comunitaria e o art.º 44 ET e explícase en que "o cambio lexislativo polo que se insiren na sucesión de empresa do art.º 44 ET os casos de sucesión de equipo, operado por Lei 12/2001, perseguía unicamente, segundo o seu preámbulo (parágrafo último), incorporar ao noso dereito interno a Directiva 98/50/CE, sendo así que esta unicamente impoñía, á luz da xurisprudencia comunitaria, o deber de subrogación neses casos de sucesión de equipo e non a responsabilidade solidaria". A iso engádese, abundando nesta xustificación, o argumento de que a solidariedade se xustifica na asunción polo novo empresario do patrimonio ao que vai vinculado garantía patrimonial; posto que tal patrimonio non existe nos casos de sucesión de equipo carecería de sentido esixir esa responsabilidade solidaria⁴⁰. A segunda das razóns, de

⁴⁰ Paga a pena advertirse aquí, posto que este argumento da ineficacia dunha responsabilidade solidaria cando non hai transmisión de patrimonio non se analiza polo Tribunal Supremo, que tampouco é determinante. Non debe esquecerse que a transmisión de empresa, e a aplicación das garantías previstas no art.º 44 ET, non require a transmisión da titularidade da empresa de modo tal que a mesma ineficacia da garantía da solidariedade se produciría nestes casos, por non mencionar outros supostos de sucesión de equipo non derivados da imposición convencional nos que se produce o mesmo efecto, sen que poida discutirse nestes casos a operatividade de todas as previsións contidas no art.º 44 ET.

carácter máis práctico que xurídico, consiste en que a aplicación nestes casos da responsabilidade solidaria "non pode senón traer o efecto de retraer á negociación colectiva a establecer o deber de subrogación en casos que, de inicio, non son propios da sucesión de empresa, co que se fai unha lectura do precepto que resulta contraria ao principio de estabilidade no emprego que quere protexer, como ben fundamental, a institución da sucesión de empresa".

A sentenza foi recorrida en casación para unificación de doutrina e é a STS do 7 de abril de 2016⁴¹ a que resolve confirmando dita sentenza de suplicación e fixando unha doutrina que será reiterada en breve por posteriores pronunciamentos⁴², na que se declara, como xa se anticipou, que o convenio colectivo cando regula a subrogación pode fixar un réxime legal distinto ao previsto no art.º 44 ET. A sentenza conta con dous votos particulares nos que se expresa o desacordo coa argumentación asumida pola maioría da sala alegando abundante cita de sentenzas anteriores do propio Tribunal Supremo nas que se alcanzara unha solución distinta á que agora se sostén.

A fundamentación da sentenza descansa en diversos argumentos parcialmente coincidentes cos de sentenza recorrida. Pero tan importante como a argumentación, que se analiza a continuación, é o punto de partida da análise que ofrece a sentenza. Para o Tribunal Supremo, nos supostos de sucesión de contratistas a subrogación non opera en virtude do art.º 44 ET senón en virtude do mandato contido no convenio colectivo aplicable. Polo tanto, "a asunción dos traballadores da empresa anterior non responde ao suposto de sucesión no equipo derivado do feito de que a nova contratista se faga cargo voluntariamente da maioría dos traballadores que prestaban servizos na contrata. Ao contrario, nestes casos a sucesión do equipo é o resultado do cumprimento das disposicións

⁴¹ N^o rec. 2269/2014. V. un comentario a esta de L.E. NORES TORRES (2016).

⁴² STS do 3 de maio de 2016, n^o rec. 3165/2014, 10 de maio de 2016, n^o rec. 2957/2014, e da 1 de xuño de 2016, n^o rec. 2468/2014.

establecidas no convenio aplicable. Dito doutro xeito: a nova contratista podería ter empregado o seu propio persoal na contrata e, non obstante, vese obrigada pola norma convencional a facerse cargo dos traballadores que a empresa saínte tiña afectos á contrata".

A partir desa constatación, o Tribunal Supremo sinala, en primeiro lugar, que "tanto a doutrina científica coma a xurisprudencia da Sala foron constantes en sinalar que cando non se dan os requisitos legalmente previstos a subrogación pode producirse por mandato do convenio colectivo e para estes supostos non se aplica o réxime previsto na Lei, senón o previsto no convenio cos seus requisitos e consecuencias da cláusula do convenio aplicable; a subrogación só se producirá se se cumpren as esixencias previstas no convenio e cos efectos que alí se dispoñan". A iso engádese, como segundo argumento, que a doutrina fixada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea -que expresamente declarou a aplicabilidade da Directiva ao suposto de subrogación convencional-, non obstaculiza esta conclusión pois esta previsión se refire para os efectos derivados directamente da Directiva e, obviamente, non para os efectos singulares previstos no artigo 44 ET, pois o convenio colectivo cando impón a subrogación obrigatoria faino nun caso en que tal efecto non deriva dun suposto que caiba incluír nas previsións da Directiva ou do artigo 44 ET. Por iso, a norma convencional, ao establecer a súa propia cláusula subrogatoria, introduce o suposto que regula no ámbito de ordenación da Directiva, mantendo plena liberdade para fixar as condicións desta naquelas previsións que a Directiva non contempla. E é que a relación entre o artigo 44 ET e o artigo 14 do Convenio colectivo estatal de empresas de seguridade se produce en termos de complementariedade ou concorrencia non conflitiva xa que a norma convencional, regulando unha realidade diferente, a mellora aplicando un dos efectos que a norma legal previu para a súa propia regulación".

Pois ben, dende o meu punto de vista, os argumentos empregados polo Tribunal Supremo son, polo menos, cuestionables. Non hai tal unanimidade na doutrina pois se ben é certa que doutrinalmente se sinalou en ocasións que

a operatividade das cláusulas convencionais de subrogación non supón a aplicación do art.º 44 ET de tal maneira que os efectos da subrogación se limitan aos previstos na norma sectorial⁴³, tamén se advertiu de que se en aplicación do convenio colectivo "resulta que a empresa asume unha parte significativa do equipo, e estamos ante un deses ámbitos ou sectores nos que a man de obra ten unha gran relevancia, haberá que entender que se produciu unha transmisión de empresa de carácter legal"⁴⁴. E a homoxeneidade da xurisprudencia non resulta tan evidente á vista das abundantes citas que ao respecto se recollen nos votos particulares que acompañan á Sentenza e que poñen de manifesto, como mínimo, unha doutrina non demasiado clara respecto á cuestión que se debate.

Máis transcendencia ten o argumento de que a sucesión de equipo é un suposto amparado directamente na Directiva 23/2001 pero non incardinable no art.º 44 ET. Di ao respecto a sentenza que "a norma convencional, ao establecer a súa propia cláusula subrogatoria, introduce o suposto que regula no ámbito de ordenación da Directiva, mantendo plena liberdade para fixar as condicións desta naquelas previsións que a Directiva non contempla". Esta afirmación interpretouse como a pauta para reconstruír a interpretación da subrogación convencional de tal maneira que esta pode constituír unha transmisión para os efectos da Directiva pero non do art.º 44 ET⁴⁵ e, polo tanto, non está sometida ás esixencias do réxime de transmisión previsto neste precepto. Pero isto supón partir de que a sucesión de equipos non configura realmente unha transmisión de empresa, un presuposto claramente contrario á reiterada doutrina comunitaria e á propia doutrina do Tribunal Supremo, que admitiu a devandita asimilación en numerosos casos, anteriormente mencionados, nos que o novo contratista decide continuar cos traballadores que viñan desempeñando a mesma

⁴³ MONTROYA MEDINA, D. (2004, páx. 400).

⁴⁴ L.E. NORES TORRES (2012, páx. 88); C. ARAGÓN GÓMEZ (2006), páx. 22. V. ademais as referidas recollidas na nota número 35.

⁴⁵ L.E. NORES TORRES (2016, páx. 12).

actividade co anterior contratista. É, polo demais, difícil soste que unha determinada situación constitúe unha transmisión de empresa para os efectos da Directiva e non para os efectos do art.º 44 ET cando ambas as dúas normas utilizan exactamente os mesmos termos para delimitar o seu suposto de feito. Unha vez comprobada a concorrencia deste, non queda outra solución que aplicar integramente o art.º 44 ET mesmo naqueles aspectos en que, mellorando as previsións da Directiva, o precepto estatutario incorporou sen matices nin excepcións a responsabilidade solidaria do novo titular da empresa. Se a sucesión de equipo configura unha transmisión de empresa, por forza esa responsabilidade solidaria debería aplicarse.

En calquera caso, non está de máis advertir que o argumento empregado polo Tribunal Supremo, aínda admitindo a súa validez, non serviría para xustificar a solución alcanzada na xa citada STS do 22 de setembro de 2016⁴⁶, na que se aceptou a validez da cláusula do convenio que ao impoñer a subrogación excluía o recoñecemento da antigüidade dos traballadores. E iso porque se a sucesión de equipo operada por mandato do convenio colectivo aplicable se refire, como sinala o Tribunal Supremo, a os efectos derivados directamente da Directiva, non debe esquecerse que esta si impón o respecto aos dereitos dos traballadores, entre os cales indubidablemente se encontra a antigüidade percibida. De tal maneira que, ben por configurar un suposto de transmisión amparado no art.º 44 ET ben por selo directamente na Directiva, en ningún caso podería dispoñer o convenio colectivo dos dereitos adquiridos polo traballador como resultado da súa relación laboral co contratista saínte.

O elemento determinante na argumentación da STS do 7 de abril de 2016, ao cabo, resulta ser a voluntariedade ou non da decisión empresarial de subrogarse no equipo. Só esta circunstancia permite seguir considerando, como o veu facendo o Tribunal Supremo, que cando a subrogación de equipo se produce por libre decisión do empresario resulta aplicable integramente o art.º 44 ET. Pero o certo é que

⁴⁶ Nº rec. 1438/2014

esta esixencia como condición para que opere a sucesión de equipo non é un elemento que o art.º 44 ET esixa para que se aprecie, en calquera suposto, unha transmisión, nin é tampouco unha condición inherente á sucesión de equipo tal e como foi definida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea. A STXUE do 20 de xaneiro de 2011, CLECE, asunto C-463/09, no seu apartado 37, razoou que: "pouco importa que a asunción dunha parte esencial do persoal se realice no marco da cesión convencional negociada entre o cedente e o cesionario ou que resulte dunha decisión unilateral do antigo empresario de rescindir os contratos de traballo do persoal cedido, seguida dunha decisión unilateral do novo empresario de contratar a maior parte do equipo para cumprir as mesmas tarefas" e no seu apartado 38: "En efecto, se, en caso de asumir unha parte esencial do equipo, a existencia dunha transmisión no sentido da Directiva 2001/23 se supeditase a que tal asunción teña unha orixe puramente contractual, a protección dos traballadores que constitúe o obxectivo desta Directiva quedaría en mans do empresario, o cal, absténdose de celebrar tal contrato, podería eludir a aplicación da devandita Directiva, en prexuízo dos dereitos dos traballadores cedidos que, non obstante, están garantidos polo artigo 3, apartado 1, da Directiva 2001/23". Con maior claridade aínda, a STXCE do 24 de xaneiro de 2002, Temco, asunto 51/00, nun suposto no que a empresa contratista alegaba precisamente que "o mero feito de facerse cargo dunha parte do persoal non abonda para caracterizar a devandita transmisión, sobre todo cando o mantemento do persoal foi imposto por un convenio colectivo sectorial", o Tribunal declarou que a devandita circunstancia "carece de incidencia sobre o feito de que a transmisión se refire a unha entidade económica" (apartado 27). En definitiva, pode dicirse que para o Tribunal comunitario a asunción de parte esencial do equipo da empresa saínte ou cesante é requisito de resultados e non de medios e é indiferente como a empresa entrante asumiu un grupo relevante cuantitativa e cualitativamente do equipo do saínte⁴⁷. Como

⁴⁷ En palabras da STSX País Vasco do 22 de marzo de 2016, nº rec

advirten os votos particulares que acompañan á STS do 7 de abril de 2016, en anteriores pronunciamentos o propio Tribunal Supremo admitira que o carácter voluntario ou non da asunción de equipo non limita o alcance da obriga de subrogación⁴⁸.

A voluntariedade ou non da decisión empresarial de subrogarse no equipo non pode resultar determinante para a apreciación dunha transmisión de empresa. Non hai un apoio normativo, nin na norma comunitaria nin no nacional, que xustifique esta esixencia. A esixencia de voluntariedade pode ademais xerar efectos cando menos sorprendentes porque levaría a considerar que nos casos de subrogación por imposición do prego de condicións ou derivadas da imposición do empresario principal, a denominada subrogación contractual, si deberían aplicarse os efectos do art.º 44 ET. Salvo que queira afirmarse que non hai tampouco nestes casos vontade empresarial na subrogación, descoñecendo que o empresario libremente concorre á adxudicación da contrata aceptando todas as condicións desta. Se así fóra, a imposición por convenio colectivo ou por calquera outra vía, como pode ser a derivada das condicións fixadas pola empresa principal para adxudicar a contrata, de continuar a actividade en instalacións ou con infraestruturas e medios materiais que ela mesma poña a disposición do contratista, sería suficiente para eludir, por falta de voluntariedade na transmisión, o réxime xurídico da transmisión empresarial previsto no art.º 44 ET mesmo en supostos en que tales elementos materiais son esenciais para desenvolver a actividade.

4. A REGULACIÓN LEGAL DA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL, UNHA CUESTIÓN PENDENTE

En todo caso, por máis que os argumentos empregados polo Tribunal Supremo sexan discutibles, o que si poñen en evidencia estes pronunciamentos son as reservas que aínda

358/2016.

⁴⁸ Con cita, entre outras, da STS do 12 de xullo de 2010, nº rec. 2300/2009.

alberga o Tribunal sobre a doutrina da sucesión de equipos e, o que é máis relevante, as tensións que xera a aplicación desta doutrina polo menos cando deriva da subrogación prevista en convenio colectivo. Por iso recuperan plena actualidade as dúbidas expresadas con incontestable clarividencia nas SSTs de 20 e 24 de outubro de 2004⁴⁹ nas que se advertía como a doutrina da sucesión de equipo supón transformar o efecto da sucesión empresarial -isto é, a subrogación nos contratos de traballo- na causa desta -a transmisión dunha entidade económica. E engadíase que a consecuencia máis probable da aplicación a estes supostos do réxime de garantías do art.º 44 ET "non será unha mellora da protección dos traballadores, senón un efecto de desincentivación destas contratacións e do establecemento convencional destas garantías, que acabarán privando das oportunidades de emprego os traballadores que supostamente se quere protexer".

Os efectos negativos que estas sentenzas anunciaban non chegaron a producirse pois os convenios sectoriais seguen incorporando cláusulas subrogatorias. Pero probablemente aquelas advertencias si determinaron as limitacións que os convenios incorporaron coa finalidade de facer menos gravosa a carga que para o novo empregador podería supoñer a incorporación dos traballadores do anterior contratista⁵⁰. Os pronunciamentos do Tribunal Supremo que se sinalaron lexitiman estas prácticas convencionais e, dende este punto de vista, favorecen a conservación do emprego.

O obxectivo, se este é eliminar obstáculos que puidesen retraer a incorporación de cláusulas de subrogación nos convenios colectivos que garantan o mantemento do

⁴⁹ N° rec. 4424/2003 y 899/2002.

⁵⁰ Neste sentido, sinalouse que "a regulación asume o papel dun intercambio entre o reforzo de certas garantías primarias -a estabilidade no emprego máis alá do suposto do art.º 44 ET- para protexer a conservación do ben primario "emprego", en perigo nestas situacións de inaplicación do artigo 44 ET, coa depreciación doutras secundarias ou complementarias -o alcance obrigacional da subrogación laboral-, co fin de animar ás empresas entrantes a contratar a todo ou ao máximo posible de equipo" (M. MIÑARRO YANINI, 2016, páx. 162).

emprego, compártese. Pero a súa xustificación só podería apoiarse nunha expresa previsión do lexislador que, mantendo un concepto de transmisión de empresa como o que agora achega o art.º 44 ET, respectuoso polo tanto co deseñado na Directiva comunitaria, limitase en determinados casos, en particular nos de subrogación convencional, os efectos da sucesión empresarial. Sen esquecer que tal limitación podería alcanzar á exoneración da responsabilidade solidaria prevista no art.º 44 ET pero non para outros efectos, vinculados aos dereitos individuais e colectivos dos traballadores, que a norma comunitaria anoa indisolublemente á transmisión empresarial.

En fin, a recente doutrina do Tribunal Supremo sobre a subrogación convencional volve poñer de manifesto, como a obrigatoria aplicación da norma española á luz da norma comunitaria e, en particular, a necesaria incorporación dos criterios de interpretación do Tribunal de Xustiza da Unión Europea no labor dos nosos tribunais pode xerar consecuencias non só non desexadas nin previstas polo lexislador senón, en ocasións, contrarias ás necesidades racionais do mercado de traballo e, en non poucos casos, aos intereses dos propios traballadores.

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-contratos-ex-convenio-critica-a-sts-7-4-16-estatuto-trabajadores/
- Cabeza Pereiro, J. (2002). "La subrogación empresarial en las contratos 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 contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, páx. 341-382.
- Herráiz Martín, M.S. (2011). “La sucesión de empresa en contratas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6.
- Miñarro Yanini, M. (2016). “Contratas, 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 contratas*, Tirant lo Blanch.
- Nores Torres, L.E. (2016). “Sucesión de contratas 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.

