

EL TRIBUNAL SUPREMO AVALA QUE EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS EL TRABAJADOR PIERDA DERECHOS

(Comentario a la STS de 7 de abril de 2016, rec. núm. 2269/2014)

Rubén García Granjo

Documentación Área Sociolaboral-CEF

Ha dictado el Tribunal Supremo una sentencia en la que se decanta claramente por una visión mercantilista en las garantías derivadas de la subrogación convencional, eliminando, con una argumentación cuanto menos discutible, la responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales que hasta ahora se predicaba en las sucesiones de contratas en aquellos supuestos en que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, y también española, se produce una sucesión de plantillas.

La cuestión central gira en torno a dirimir si ante una subrogación empresarial impuesta vía Convenio Colectivo son aplicables las garantías del artículo 44 ET, como norma mínima, de tal manera que la contratista saliente asuma, o no, la responsabilidad como única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado hasta el momento de la adjudicación a la nueva contratista.

El supuesto de hecho sobre el que descansa la sentencia del Tribunal Supremo controvertida se define por la existencia de una sucesión de contratas de seguridad en el Servicio Vasco de Empleo, caracterizada por la situación de concurso de la empresa saliente, lo cual implicó una serie de impagos a cargo de la misma y, respecto de los cuales, la empresa cesionaria no quiere asumir la responsabilidad. Para ello, se ampara en el propio artículo 14 del Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad que así lo dispone específicamente.

Esta cláusula convencional prevé la obligación de incorporar a los trabajadores de la contratista anterior siempre que la misma cumpla una serie de requisitos, entre los que se encuentra el de justificar que el trabajador que pretende ser cedido ostente una antigüedad de siete meses en el puesto de trabajo; asimismo, se determina, con carácter preceptivo, la asunción por la empresa cesante de los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo, como única y exclusiva obligada a ello.

Y he aquí el núcleo del disenso, pues en función del valor que se otorgase a la cláusula convencional, las sucesivas contrataciones que fueran ocupando el puesto de las anteriores tendrían que hacerse cargo de los eventuales impagos existentes al tiempo de la subrogación en relación con las obligaciones laborales de los trabajadores y por un espacio de tres años, en base a la eventual responsabilidad solidaria que se dictaminase.

Como decíamos en el encabezamiento de este pequeño comentario, en su reciente sentencia el Tribunal Supremo se ha decantado por la inexistencia de dicho régimen de responsabilidad, «porque así lo exige el precepto convencional». Con esta decisión, en la que se reconoce a la negociación colectiva la posibilidad de imponer la asunción de plantillas en la sucesión de contrataciones en las condiciones expuestas, se está dando cabida a influir en la competencia en el sector, al incluir entre las materias objeto de regulación la eventualidad de que una empresa no asuma las obligaciones anteriores devengadas, y así lo acuerden los representantes de trabajadores y empresarios en el clausulado.

Hasta ahora la situación era confusa, pues no existía una sentencia de casación que se pronunciara en tan claros términos a favor de la incomunicabilidad de responsabilidades, por lo que bien podía entenderse que el pago de las deudas laborales pendientes era un requisito constitutivo de la sucesión, de tal forma que su no cumplimiento impedía la misma, sin que, por el contrario, afectara simplemente a su régimen de garantías. Es decir, el trabajador afectado, ante el incumplimiento de las previsiones pactadas por la empresa cesante, permanecía en su plantilla, no siendo objeto de transmisión, situación contraria a la que a partir de ahora se dará a pesar del impago de dichas deudas pendientes, de tal forma que el trabajador sí se incorporará a la empresa entrante (si así lo desea, como veremos), pero aquellas no se verán transmitidas a la nueva empresa titular de la contrata.

Una vez más, y ante los tintes de complejidad jurídica de que se reviste el asunto tratado, no es de desdeñar una somera enunciación de las normas aplicadas (o aplicables) y una breve explicación de las instituciones implicadas, aunque solo sea a efectos de su mero recordatorio, pues conviene tener presentes *todos los mimbres necesarios para hacer el cesto*.

Efectivamente, se ven concernidas multitud de normas, todas ellas con algo que aportar, para que, según las inclinaciones propias, podamos defender la postura en la que más confortables nos sintamos. En primer término, por orden de jerarquía (supremacía al decir del Tribunal Constitucional –Declaración 1/2004, de 13 de diciembre), el artículo 14 de la Constitución; en segundo lugar, los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23/CE; asimismo, y ya en el ámbito interno, el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores; también de rango legal, no lo olvidemos, los artículos 1205 y 1212 del Código Civil. Para cerrar esta aproximación normativa (eso es... normativa), el artículo 14 del Convenio Colectivo del Sector de Seguridad.

En cuanto a las figuras jurídicas tomadas en consideración¹, procede deslindar los supuestos de

¹ Para una aproximación más detallada a estas instituciones, acudir al comentario reproducido en esta misma página laboral-social: «Breve guía práctica de la sucesión de empresa».

- Sucesión de empresa
- Sucesión de plantillas
- Subrogación convencional

Para su explicación, por la cercanía de los hechos a los aquí expuestos, es interesante basarse en los fundamentos de la **STJCE de 24 de enero de 2002, (Asunto C-51/00, Temcoservice)**. Teniendo en cuenta la misma, así como la dicción literal del artículo 44 ET, como trasunto de las sucesivas Directivas² en la materia, podemos acercarnos al marco delimitador de las figuras en presencia.

Sucesión de empresas

Señala el artículo 44 ET que «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.» Asimismo, dispone que «el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *intervivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.»

Por su parte, la **STJCE de 24 de enero de 2002 (Asunto C-51/00, Temcoservice)** al tratar la sucesión la expresaba de la siguiente manera:

«21. De los propios términos del artículo 1, apartado 1, de la Directiva resulta que su aplicación está sujeta a **tres requisitos: la transmisión debe ocasionar un cambio de empresario, debe referirse a una empresa, un centro de actividad o una parte de un centro de actividad y debe resultar de un contrato.**»

En cuanto al objeto de la transmisión (el segundo requisito), la empresa, la entidad económica, dicha resolución dispone que «la Directiva pretende garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en el marco de una entidad económica, independientemente de que cambie su propietario, de modo que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión en el sentido de esta Directiva consiste en saber si la entidad de que se trate **conserva su identidad** (véase, en particular, la sentencia de 18 de marzo de 1986, Spijkers, 24/85, Rec.p. 1119, apartado 11). En consecuencia, la transmisión debe referirse a una entidad económica **organizada de forma estable** cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (véase, en particular, la sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-48/94, Rec. p. I-2745, apartado 20). **Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.**» (apartado 23, Asunto C-51/00).

² Directivas 77/187/CEE, 98/50/CE y 2001/23/CE.

Elementos clave:

- Cambio de titularidad de la empresa
- Transmisión de elementos patrimoniales

Sucesión de plantillas

Más adelante la propia Sentencia del Tribunal de Justicia, al tratar de la sucesión en sectores de actividad donde la mano de obra es fundamental, como sucede en los de limpieza y seguridad, el entonces TJCE dispuso que «la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. Por lo tanto, en particular, en la medida en que sea posible **que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.**» (Asunto Temco, ap. 25)

«Así, **en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica.** Por consiguiente, **dicha entidad puede mantener su identidad** aun después de su transmisión **cuando el nuevo empresario** no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además **se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea** (sentencia Süzen, apartado 21). Por lo que se refiere a una empresa de limpieza (léase seguridad), un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente **destinados de forma duradera** a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (sentencia Hernández Vidal y otros, apartado 27).» (Ap. 26)

Elementos clave:

- El desempeño de la actividad contratada no requiere transmisión de elementos materiales o inmateriales
- Solo sectores donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (la organización productiva son los trabajadores)
- El nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial en términos de nº y cantidad del personal de su antecesor
- Se continúa la actividad

- Carácter pacífico de la incorporación (no oposición del trabajador a ser transferido)
- **HASTA AHORA era indiferente si la asunción de plantilla provenía de Convenio Colectivo o pliego de condiciones administrativas (impuesta) o, por el contrario, era fruto de una mera decisión unilateral del nuevo empresario (voluntaria)**

Subrogación convencional

A partir de la sentencia tratada ([STS de 7 de abril de 2016, rec. núm. 2269/2014](#)), se reconoce al más alto nivel jurisprudencial la posibilidad de que la subrogación convencional se deslindara totalmente de los supuestos de sucesión de plantillas. Efectivamente, señala que «el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva (2001/23) o del artículo 44 ET.»

Y añade que «la Sala entiende que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida y que, por tanto, la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo, lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa.»

Hasta aquí la explicación.....ahora la cuestión.....

No obstante lo expuesto hasta ahora, se nos plantean ciertas dudas de las que pasamos a hacernos eco a continuación. Si acudimos a la sentencia de la [Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2014 \(SAN 176/2014\)](#), en la misma se hacía un razonamiento que, aunque referido a otros hechos, bien podría ser extrapolado aquí, en la cual se disponía que «las partes del litigio toman como punto de partida una separación radical entre las instituciones de la sucesión de empresa y la de la subrogación convencional que no se ajusta a la realidad. Es cierto que **la subrogación convencional y la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores son supuestos distintos**, cada uno con su propia regulación. **Es decir, pueden existir supuestos de subrogación convencional ajenos al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como (es obvio) supuestos de sucesión del artículo 44 del Estatuto ajenos a las sucesiones de contratas y la subrogación convencional. En tales casos la situación se regirá única y exclusivamente por su propia normativa, legal o convencional. Sin embargo existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas.**»

Y continúa argumentando la Sala de la Audiencia Nacional que «(r)esulta importante reseñar este criterio (sucesión de plantillas) porque en muchos casos de sucesión de contratas en los cuales el convenio colectivo impone la subrogación en los contratos de trabajo, si la actividad objeto de la contrata se desempeña esencialmente mediante la aportación de mano de obra, **del hecho fáctico de**

la subrogación resultará también la existencia de una sucesión de empresas, lo que llevará a considerar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como norma mínima.»

«**Por el contrario**, si en el caso concreto no existe sucesión de empresas, especialmente cuando **la actividad no se desempeñe esencialmente mediante la aportación de mano de obra y no existe transmisión de los elementos materiales adscritos a la producción, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no será aplicable** y los términos de la subrogación se regirán única y exclusivamente por el convenio colectivo» (que bien podríamos llamar subrogación convencional pura).

De lo razonado hasta ahora si algo nos queda claro es que no hay nada claro; así, el TS en su sentencia mayoritaria no deslinda las posibilidades apuntadas certeramente por la AN, de tal forma que siembra la duda, nuevamente, de hasta dónde alcanza la incomunicabilidad de responsabilidades en la sucesión de contratas y, por tanto, la interpretación que de la jurisprudencia comunitaria en relación con la sucesión de plantillas se nos quiere trasladar, pues al hablar de subrogación convencional no distingue entre aquellas que por sí podrían suponer una sucesión de plantillas, pero que eventualmente están previstas en el Convenio Colectivo de aplicación también como obligatorias.

Y es que ya en el apartado 27 de la sentencia Temco se ocupaba el entonces TJCE específicamente del asunto que aquí nuevamente se nos ha planteado, señalando que «(s)i bien Temco (la contratista entrante) sostuvo en la vista que un convenio colectivo sectorial (...) le obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC (la empresa cedente), **dicha circunstancia, en todo caso, carece de incidencia** sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el (convenio colectivo sectorial) es el mismo que el de la Directiva...» (estabilidad en el empleo+garantías).

De esta forma, dejó claro el Tribunal de Justicia europeo que el carácter voluntario o impuesto de la asunción del personal de la empresa contratista saliente es indiferente para apreciar, si se dan el resto de elementos, la sucesión de plantillas y, por ende, la aplicabilidad de las garantías que de ella dimanar, que como vemos a nivel interno supone las previstas en el artículo 44.3 ET.

Ahora bien, no se puede perder de vista que en todos aquellos supuestos en que se da la subrogación convencional, no respaldada ahora en ningún caso por el artículo 44 ET como regla de mínimos, al no ser procedente su imposición obligatoria al trabajador requiere su consentimiento para la incorporación, aunque sea tácito, en virtud del artículo 1205 CC.

Efectivamente, no siendo aplicable ni el artículo 44 ET ni el régimen de la sucesión de plantillas, que lo trae de suyo en aplicación de las Directivas al efecto, y según hemos ya explicado, es aplicable el Código Civil, de tal forma que la novación subjetiva por cambio de acreedor (en este caso el trabajador ante el carácter sinalagmático del contrato de trabajo) exige una manifestación de voluntad en tal sentido, aunque sea de mera omisión.

Ahora bien, la aplicación de este régimen legal común acarrea, además, la aplicación del artículo 1212 del Código Civil, el cual dispone que «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, de manera que el crédito se transmite sin cambios (el contrato con todos sus derechos por tanto), salvo que haya acuerdo en dichos cambios del trabajador subrogado» (FJ 13º SAN 176/2014).

Así, deberíamos poder entender que existe una exigencia de consentimiento individual para la pérdida de derechos, alejando del territorio de la negociación colectiva, por una norma de rango legal, la capacidad de incidir en este ámbito, dada la virtualidad del orden de prelación de fuentes (art. 3.1 ET) y del principio de jerarquía normativa que prevé específicamente el artículo 3.3 del ET.

Y entonces, si se presta el consentimiento expreso o tácito a la subrogación convencional, mediante la incorporación efectiva a la nueva contratista ¿se está concediendo también la pérdida de derechos laborales porque así lo disponga el convenio colectivo de aplicación? ¿aún a pesar de la exigencia legal de consentimiento derivada de la novación contractual ex artículo 1212 CC? ¿puede, en definitiva, crear la negociación colectiva nuevas formas de subrogación no amparadas en el artículo 44 ET o la jurisprudencia comunitaria?

Queda de esta forma patente la contradicción de la doctrina sentada en la sentencia comentada tanto con la doctrina comunitaria como con la interna. Evidentemente, como sabemos la ley únicamente reconoce valor jurisprudencial unificador a las reiteradas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (ex art. 1.6 CC), pero ello no obsta a considerar que las argumentaciones de la AN son de calado, lo que unido a las críticas vertidas en los dos votos particulares que acompañan a la sentencia, hacen augurar un futuro incierto a la interpretación llevada a cabo por la mayoría del pleno.

Restan además dos puntos conflictivos a los que cabría atender en futuros pronunciamientos como son, por un lado, la posible violación apuntada por la sentencia mayoritaria del artículo 14 del Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad (con carácter normativo dado su perfil estatutario, ex art. 37.1 CE), respecto del principio de igualdad en la ley (art. 14 CE) al exigirse como requisito sine qua non para la subrogación la necesaria antigüedad de siete meses de los trabajadores que se pretenden transferir. En su descargo cabe referirse a la exigencia de la doctrina europea que dispone que los trabajadores en la sucesión de plantillas sean «destinados de forma duradera» (Asunto C-51/00);

Por otro lado, aunque tal vez con menos asideros al tratarse de pérdida de salarios, cabe plantearse la eventual transgresión del derecho comunitario de la competencia (art. 101 TFUE), al dejar en manos de la negociación colectiva herramientas de colusión en el sector, como son las posibilidades de influenciar de forma indebida, vía convenio colectivo, a las potenciales empresas que quisieran optar a las contrataciones, en función de si deben o no hacerse cargo de las deudas laborales pendientes de las contratistas salientes para con sus trabajadores.