

## NUEVAS LINEAS JURISPRUDENCIALES EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (I)



En un previo artículo publicado en estas páginas, en el que comentamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 11 Jul. 18, señalábamos la existencia de algunos desajustes entre la jurisprudencia europea y la española en la interpretación de la Directiva 2001/23 CE, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Estos desajustes se focalizaban, como se vio, en la lectura de las garantías en ella prevista para los supuestos de sucesión de contratistas en los que es el Convenio Colectivo aplicable el que prevé la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del anterior. Y, como consecuencia de esta detección, concluíamos que muy probablemente sería necesario “modificar o cuando menos matizar significativamente la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo”.

Pues bien, esta modificación significativa de la jurisprudencia española ya se está operando. En los últimos meses la Sala IV del Tribunal Supremo ha dictado importantes sentencias que revisan sus planteamientos previos, para asumir sin ambages los de Luxemburgo; revisión que los responsables de recursos humanos y relaciones laborales de las empresas tendrán que tener muy en cuenta a la hora de gestionar las sucesiones de contratistas y a la de disponerse a pactar cláusulas de subrogación en la negociación colectiva.

El propósito de este texto, que tendrá dos partes, es dar cuenta sintética de dos de las sentencias dictadas, las que consideramos más significativas y clarificadoras sobre el alcance de la nueva doctrina.

La primera sentencia tiene fecha de 27 Sept. 18 (ponente Sempere Navarro), se dictó, por tanto, poco después que la europea y claramente pone de manifiesto la voluntad de modificación de la jurisprudencia previa.

Los hechos del caso, sintéticamente expuestos, eran los siguientes. La demandante trabajaba como limpiadora desde el 5 Ene. 09 para la empresa demandada (Empresa saliente) en un centro de trabajo de

León. Tenía la categoría profesional de limpiadora y derecho a percibir el salario y las demás derechos contemplados en el Convenio Colectivo del sector. A partir del 30 Mar. 15 pasa a prestar servicios en otra empresa (Empresa Entrante), que sucedió en la contrata a la anterior, subrogándose en el contrato de la misma.

Como consecuencia de la relación laboral, y en concepto de retribuciones pendientes, la demandante reclamó a las empresas para las que había trabajado la cantidad de 2928'44 €, a la que fueron condenadas, con carácter solidario, por Sentencia de 30 Sept. del Juzgado nº1 de León. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la Empresa Entrante ante el TSJ de Castilla León (sede en Valladolid), recurso que fue desestimado.

Contra la sentencia dictada en suplicación, recurre en casación la Empresa Entrante, alegando como contradictoria la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 Abr. 13.

Al conocer del recurso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, centra el litigio recordando que se produce al hilo de una subrogación empresarial por sucesión en contrata de limpieza operada por mandato convencional, y señalando que lo que se debate es *“si la empresa que se hace cargo del servicio y del personal encargado de su ejecución debe responder solidariamente con su antecesora de las deudas salariales contraídas por ésta con sus trabajadores”*, pues el convenio aplicable constriñe a la primera empresa las deudas anteriores a la finalización de la contrata.

En efecto, lo que se debate aquí, y por ello es tan trascendental la doctrina que se sienta, es cuál es el alcance del régimen establecido en la Directiva y, consiguientemente, en el art. 44 del ET, y en paralelo, qué posibilidades tiene el Convenio Colectivo al regular la subrogación convencional de establecer un régimen jurídico autónomo, distante y distinto de el del art. 44 ET.

La Sala aprecia que concurre entre las sentencias esgrimidas el presupuesto de la contradicción, pues ambas debaten idéntica cuestión: si procede o no derivar a la nueva adjudicataria de un servicio de limpieza la responsabilidad por deudas salariales contraídas por la empresa a la que sustituye y en cuyos trabajadores se subroga por preverlo así el convenio colectivo. Y mientras que una, la recurrida, entiende que al supuesto en cuestión le es de aplicación el art. 44 del ET y, en consecuencia, la nueva contratista responde solidariamente de las deudas salariales contraídas por su antecesora, otra, la referencial, sostiene que lo que se produce es una mera subrogación convencional en cumplimiento del convenio colectivo, que comoquiera que exonera al nuevo contratista de las responsabilidades del anterior impide cualquier extensión de la responsabilidad.

Así fijados los términos del debate, la Sala principia su reflexión exponiendo su doctrina general sobre la transmisión de empresa, para lo cual reproduce su ST de 12 Jul. 18 que la recapitula, así como su doctrina específica sobre subrogación empresarial, trayendo a colación la ST de 31 May. 17.

Específicamente ésta última la resume así:

- Cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es

estrictamente convencional y corresponde al propio convenio determinar el régimen jurídico aplicable, su extensión y sus límites, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el art. 44 ET.

- En las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera –por ese solo hecho- la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá –o no- de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma convenida.
- En estos supuestos de subrogación convencional la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos. A) Se asume a los trabajadores del empresario saliente en un caso en el que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. B) La realidad material de que la mayoría de los trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca “una sucesión de plantilla” y una ulterior “sucesión de empresa”. C) Esto no altera la ontología de lo ocurrido, que sigue estando regido por el convenio colectivo. D) Como si no existiera previsión convencional no se produciría la subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de la regulación europea contenida en la Directiva y del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores

El punto siguiente en la argumentación de la resolución consiste en dar cuenta de la doctrina contenida en la STSJUE de 11 Jul. 18, a la que nos hemos referido, y señalar los puntos de fricción existentes entre las doctrinas española y europea, para proceder seguidamente a revisar la propia doctrina.

Sobre la ST. europea la Sala empieza por señalar, que aborda un supuesto similar al que le ocupa: allí, habiéndose producido un supuesto de sucesión convencional de contratas, un trabajador, vigilante de un museo compostelano, reclamaba determinadas cantidades que la empresa saliente le adeudaba y la entrante no asumía. Y, tras reproducir los tópicos fundamentales de la construcción europea sobre la cuestión, destaca que, respecto del sector de vigilancia de edificios y locales, actividad que a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión “no requiere el uso de materiales específicos”, la ST manifiesta:

- 1º) Que de acuerdo con lo afirmado en la resolución de remisión de la cuestión prejudicial, para desempeñar las actividades de vigilancia del museo en cuestión, antes confiadas a la primera empresa, la segunda *“se hizo cargo de los trabajadores que esta última destinaba a esas actividades”*.
- 2º) Que la actividad de vigilancia puede ser considerada una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por tanto, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede, a falta de otros factores, constituir una entidad económica, siempre y cuando mantenga su identidad después de la operación.
- 3º) Para el mantenimiento de esa identidad, tratándose de una entidad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, basta con que el cesionario se haya hecho cargo de una parte esencial del personal de la entidad.
- 4º) El que la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiera a una entidad económica.

- 5º) El objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23.

Estas consideraciones llevaron al Tribunal europeo a establecer la siguiente doctrina

*“el art.1, apartado 1 de la Directiva 2001/23/CE ...debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.*

Habida cuenta de las divergencias existentes entre la doctrina europea y la española, la Sala procede a lo que llama *“alineamiento de nuestra doctrina con la doctrina del TJUE”*, modificando una premisa de lo que hasta la fecha había sido su doctrina:

*“En contra de lo que hemos venido entendiendo – dice ahora el Alto Tribunal- , el hecho de que la subrogación de la plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subroge en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica”.*

Así las cosas, el concepto de **“entidad económica”** se convierte en el definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Lo decisivo, en efecto, es saber si se ha transmitido una **“entidad económica”**, para lo que hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este punto se centra la revisión de la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo. En lo sustancial, dice la sentencia, nuestra doctrina se ajusta a la del TJUE: siempre que hay transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca. Pero a efectos de valorar si ha habido sucesión de empresa –se corrige el Tribunal- hay que abandonar la perspectiva mantenida hasta ahora, que se fijaba en la causa de la continuidad de los contratos – la previsión convencional- para fijarse en sus efectos: si se ha producido o no la asunción por el nuevo contratista de una parte significativa de la plantilla. Pues en los sectores en los que *“la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a una unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación”.*

En conclusión, a efectos de aplicar la Directiva y el régimen jurídico del art. 44 en los supuestos de sucesión de contratista, poco importa si la subrogación es o no una obligación convencional; si estamos ante una entidad económica cuya actividad descansa fundamentalmente sobre la mano de obra y la nueva contratista se ha hecho cargo de una parte significativa del personal, de suerte que pueda concluirse que se ha transmitido la “entidad económica”, en tal caso será plenamente aplicable la regulación contenida en la

Directiva y, consiguientemente, la prevista en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con el régimen de responsabilidades incluido.

Esta interpretación, como es obvio, reduce considerablemente los márgenes de actuación hasta ahora reconocidos a la negociación colectiva, que, para aquellos supuestos en los que se produzca la transmisión de una entidad económica con ocasión de una sucesión de contratistas, no va a poder ni regular como venía haciendo la cuestión, ni, mucho menos, restringir el ámbito de aplicación de la protección que la Ley otorga ni el régimen de responsabilidades que establece. Es de esperar que esta nueva doctrina tenga por efecto el de limitar la negociación e inclusión de cláusulas de subrogación obligatoria para la sucesión de los contratistas en la negociación colectiva, pues la previsión y aplicación de estas cláusulas, unida a la asunción por el nuevo contratista de gran parte de la plantilla del anterior, va a determinar, como hemos visto, la plena aplicación para estos supuestos del régimen legal recogido para la transmisión de empresa en el art. 44 del ET. **Claramente se impone una llamada a la prudencia en la negociación y formulación de estas cláusulas para evitar sorpresas indeseadas.**

Los términos en los que la sentencia formula la nueva doctrina no son concluyentes:

*“en sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a una unidad económica”.*

A lo que añade:

*“Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes”.*

A esta ponderación hace referencia poco después la ST para señalar que habrá que estar a los hechos y a su prueba. Concretamente, al *“examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esta incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación”* (En el mismo sentido STS de 25 de octubre de 2018).

Esta comunicación es parte de una selección de las noticias y normativa que se han considerado relevantes sobre los temas de referencia y no pretende ser una recopilación exhaustiva de todas las novedades del período.

La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

En la confianza estos comentarios sean de utilidad, si tienen cualquier duda sobre la información aquí reflejada póngase en contacto con [oleartabogados@oleartabogados.com](mailto:oleartabogados@oleartabogados.com) y en breve nos pondremos en contacto con Vdes.