

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](#))

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular. Universidad Jaume I (Castellón)

1. MARCO REGULADOR: LA SUPLEMENTARIEDAD ENTRE EL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA NORMA CONVENCIONAL EN EL CONTEXTO DE IMPERIO DE LA DIRECTIVA 2001/23/CE

«Toda la problemática que gira alrededor de las contratas, y su incidencia en los derechos de los trabajadores afectados, ya es suficientemente (...) enrevesada para añadir mayor confusión con la cita (...) de una sentencia del Pleno de esta Sala». Con esta contundencia finaliza el voto particular a la [STS de 10 de mayo de 2016 \(RCUD 2957/2014\)](#), cuya decisión de fondo, sin embargo, asume. Puede parecer exagerado tan alarmante juicio de un nutrido sector del Alto Tribunal, que mueve a la inquietud por el grave riesgo de quiebra de la seguridad jurídica que tanta imprevisibilidad de las decisiones en esta trascendental materia suscitaría en la experiencia forense, hasta el punto de desautorizar la remisión al «precedente» de la sala invocado por la mayoría. En cualquier caso, resulta ciertamente llamativa tan conflictiva visión de una materia jurídico-laboral que cuenta con gran tradición legislativa –[art. 44 ET](#)–, con creciente atención convencional –a fin de reforzar las garantías de estabilidad en el empleo– y con una copiosa jurisprudencia forjada desde hace décadas, corregida y afinada a lo largo del tiempo por los imperativos de un intenso activismo en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en defensa del imperio de la norma clave en este ámbito, que es la [Directiva 2001/23/CE](#).

Lo cierto es que ni el «grito de alarma» de un grupo, minoritario pero relevante, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es desmedido, ni las razones que lo justifican son únicas y lineales, sino que son el resultado de la concurrencia de varias causas, a saber.

Primera, como es usual, la creciente complejidad evolutiva de la realidad sobre la que se asienta la regulación legislativa existente. Mientras que el [artículo 44 del ET](#) sigue anclado

en un concepto clásico de «sucesión de empresa», que exige no solo el cambio de la titularidad de la actividad desarrollada –el requisito subjetivo– sino también la «transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad organizativa» –el requisito objetivo–, la realidad organizativa empresarial se empeña en generalizar la descentralización productiva en todos los sectores y, en especial, en multiplicar el fenómeno de las llamadas «cadenas de contratas» dentro de complejos procesos de organización empresarial caracterizados como «empresas-red». En su virtud, los dos requisitos citados, subjetivo y objetivo, en especial este último, quedan completamente desnaturalizados.

Segunda, pese a su relativa estabilidad, esta regulación legislativa, enfrentada a esa realidad compleja, dinámica y cambiante, además de muy inestable o volátil, deviene no solo deficiente y poblada de lagunas, sino incluso contradictoria, particularmente en relación con los sectores de mayor «precariedad laboral».

Tercera, en este contexto controvertido, de mayor complejidad socio-económica y de persistente abstencionismo legislativo, ha tomado un claro protagonismo el convenio colectivo, tratando de suplir las apuntadas deficiencias legislativas en aras de la estabilidad en el empleo. No obstante, como es natural, dada la singularidad de la fuente colectiva, que exige equilibrar los dos intereses opuestos en juego –mercantil y social–, el sentido primario de esta regulación de autonomía no es de un estricto garantismo individual, propio de las normas imperativas que dominan, por lo general, esta materia, sino transaccional. Consecuentemente, la regulación asume el papel de un intercambio entre el refuerzo de ciertas garantías primarias –la estabilidad en el empleo más allá del supuesto del [art. 44 ET](#)–, para proteger la conservación del bien primario «empleo», en peligro en estas situaciones de inaplicación del [artículo 44 del ET](#), con la devaluación de otras secundarias o complementarias –el alcance obligacional de la subrogación laboral–, a fin de animar a las empresas entrantes a contratar a toda o al máximo posible de plantilla que, de otro modo, quedaría excluida.

Y cuarta, como era de esperar, este activismo convencional, sin duda loable, es caldo de cultivo para un intenso, y a menudo contradictorio, activismo jurisprudencial, que con frecuencia no tiene fácil distinguir unas situaciones de otras. En todo caso, es evidente que el referente básico para tal labor integradora de las lagunas y contradicciones del marco legal debe tener en cuenta la jurisprudencia comunitaria, que estableció la premisa básica de que no deriva del mandato legal la imposición por parte del convenio de la subrogación obligatoria.

Es por ello que la norma convencional, al establecer su propia cláusula de subrogación, mantiene «*plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el artículo 44 ET y el (...) Convenio Colectivo (...) se produce en términos de suplementariedad o concurrencia no conflictiva, ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto (...)*» ([STJCE de 24 de enero de 2002, caso TEMCO](#)). En este sentido, ha de recordarse la inicial resistencia de la jurisprudencia nacional a la comunitaria ([STS de 20](#)

de octubre de 2004, RCU 4424/2003), al entender que su consolidación podría llevar más a disuadir de esta regulación convencional que a la mejora de la protección, por «la pérdida de oportunidades de empleo» que un riguroso entendimiento de la misma podría aparejar.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Dos trabajadoras han prestado sus servicios como limpiadoras para ESABE Limpiezas Integrales, SL, a través de sendos contratos fijos discontinuos. Tras un proceso de subrogación de dicha empresa en virtud del artículo 24 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid, pasan a prestar servicios para SOLDENE, adjudicataria del servicio en el que las actoras trabajaban anteriormente desde el 10 de septiembre de 2012. Desde el 16 de noviembre de 2012, EULEN, SA se hace cargo de tal servicio así como de los contratos de las trabajadoras. El artículo 24 del citado convenio colectivo obliga a la «subrogación del personal» a la empresa entrante una vez *«tenga lugar un cambio de contratista o subcontratista en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional»* del convenio, estableciendo los términos para que opere tal subrogación.

ESABE adeuda desde marzo de 2012 los salarios de las trabajadoras, quienes demandan a las tres empresas como responsables solidarias de las deudas pendientes, en virtud de los procesos de subrogación fijados conforme al convenio. La SJS n.º 4 de Madrid, fecha 30 de julio de 2013, estima la demanda de ambas trabajadoras frente a las tres empresas, condenadas al abono de los salarios debidos de forma solidaria. SOLDENE recurre en suplicación la sentencia, viéndose estimado su recurso de suplicación por la STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2014 (rec. núm. 1937/2013), de modo que solo es condenada ESABE, mientras son absueltas EULEN y SOLDENE. A raíz de estas sentencias, la defensa letrada de las dos trabajadoras recurre en unificación de doctrina, presentando de contraste una sentencia de la misma sala de suplicación recurrida, la STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2013 (rec. núm. 1385/2013).

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL SOBRE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La sentencia comentada desestima el recurso, confirmando la sentencia de suplicación, al entender que en este supuesto no es de aplicación el artículo 44 del ET, sino las previsiones del convenio colectivo. Así, frente a la sentencia de contraste, que considera que el artículo 24 del convenio colectivo es suficientemente expresivo de que la empresa entrante asume las obligaciones de la empresa saliente, la sala unificadora avala la interpretación de la sentencia recurrida. De este modo, hace una interpretación más limitada de los efectos de la subrogación, afirmando que esta supone que *«el nuevo contratista tiene la obligación de respetar las condiciones (...) que tenían los trabajadores con el contratista anterior, no que se garantice la responsabilidad solidaria para la satisfacción de las deudas contraídas por el empresario anterior (...) durante*

su gestión» (FJ 5.º). Para fundamentar jurídicamente esta doctrina, el Tribunal Supremo remite al «precedente jurisprudencial» que considera más determinante actualmente en la materia, señalando así que «(...) **de momento, culmina en el criterio aplicado para resolver un litigio esencialmente idéntico, si bien en el sector de Seguridad en lugar del de Limpieza, adoptado en la deliberación del Pleno de la Sala del pasado 16 de marzo de 2016 (STS de 7 de abril de 2016, RCUUD 2269/14)**» (FJ 4.º).

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA SENTADA Y PROBABILIDAD DE QUE SE CONSOLIDE EN EL FUTURO

La [STS de 10 de mayo de 2016](#), comentada, tiene indudable interés práctico por la frecuencia con la que actualmente se produce la situación que relata en el mundo del trabajo, así como por el sentido de favor hacia la gestión flexible de las relaciones de trabajo que asume –desde el punto de vista empresarial–, y el paralelo disfavor hacia la tutela del derecho de crédito salarial que conlleva –desde el punto de vista del trabajador–. Con todo, es en esta última vertiente donde reside el principal interés de la decisión jurisprudencial analizada, pues de resultar efectivamente aplicable tal doctrina jurisprudencial –que ha sido objeto de un aluvión de análisis críticos, comenzando por la contestación interna de un sector significativo de la sala– se estaría ante la confirmación de un giro regresivo del Tribunal Supremo en esta materia, apartándose de la línea interpretativa asumida hace más de una década por mandato del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la citada [STJCE, de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, «doctrina TEMCO»](#)).

La precedente [STS de 7 de abril de 2016, RCUUD 2269/2014](#), en un caso de subrogación por sucesión de contratas operada *ex artículo 14* del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad 2012-2014, que expresamente –a diferencia del art. 24 del convenio colectivo del sector de limpieza referido– exonera de responsabilidad a la empresa entrante por deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión, prioriza la norma convencional. De este modo, diferencia la «sucesión de contratas» de la «sucesión de empresa», pues no tratándose aquella de la «asunción voluntaria» de una «parte esencial» de la plantilla, sino de una «imposición convencional», quedaría excluido el [artículo 44 del ET](#), sin que resultara afectada la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y siendo coherente con la jurisprudencia de la sala (SSTS de 10 de diciembre 1997, RCUUD 164/1997; [23 de mayo de 2005, RCUUD 1674/2004](#), y [24 de julio de 2013, RCUUD 3228/2012](#), entre otras). En suma, si no concurre el presupuesto legal, la regulación pactada es una mejora de la directiva (arts. 8 [Directiva 2001/23/CE](#) y 3.3 y 85.1 ET), sin perjuicio de que, a modo de contraprestación para los empresarios, pueda incorporar exigencias restrictivas –formales y sustantivas, como un mínimo de antigüedad ([STS de 16 de julio de 2014, RCUUD 2440/2013](#))–, así como la limitación de efectos, dada la soberanía de la norma convencional, pues «*son los (...) agentes sociales quienes (...) han conferido una solución específica al supuesto (y) la tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de derecho necesario*».

En esta misma línea, que prima el principio de mantenimiento del empleo sobre la efectividad de la responsabilidad por deudas precedentes, se sitúa la [STS de 3 de mayo de 2016, RCU 3165/2014](#), que estima el recurso de unificación de doctrina presentado por SECURITAS Seguridad España contra la STSJ de Galicia de 19 de junio de 2014 (rec. núm. 3594/2012). Esta aplica la literalidad del artículo 14 del Convenio de Seguridad entendiendo que la preferencia de la voluntad de las partes respondería a la bondad –aquí se incluye valoración ética– de la finalidad buscada, pues *«los negociadores del convenio (...) han optado por el mal menor de facilitar la subrogación de la nueva empresa para conservar el empleo, manteniendo el derecho de los trabajadores de reclamar sus obligaciones salariales a la empresa saliente y eximiendo de ello a la entrante»*. En suma, ausente, a su entender, el presupuesto del [artículo 44 del ET](#), sería preferible promover el fenómeno sucesorio que garantizar el crédito laboral con la técnica de la responsabilidad solidaria.

Desde el punto de vista de la política jurídica, en esta materia sigue persistiendo un primer problema conceptual, determinante para alcanzar esa solución jurisprudencial, que es delimitar cuándo concurre realmente el presupuesto de aplicación del [artículo 44 del ET](#) de la «sucesión de plantilla», modalidad particular de la «sucesión de empresa». Incomprensiblemente, los esfuerzos hechos a tal efecto por el Tribunal Supremo han sido paupérrimos, quizás llevado por la potencialidad convencional de garantizar la oportunidad de conservación de empleo en situaciones en las que, muy probablemente, no procedería aplicar estrictamente el [artículo 44 del ET](#). Pasa así por alto la cuestión central, que es si el número de trabajadores, asumido en principio voluntariamente, alcanza el umbral necesario para que pueda ser calificado como «esencial» –por su cuantía o cualitativamente, según la ya citada «doctrina TEMCO»–. La [STS de 12 de marzo de 2015 \(RCU 1480/2014\)](#), resulta clara al afirmar que *«en estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión de plantillas", lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en los contratos laborales del anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano»*.

Precisamente por ello, el voto particular de la sentencia comentada, formulado por los mismos magistrados que presentaron un muy razonado voto particular a la [STS de 7 de abril de 2016](#), cuidan de diferenciar netamente un caso de otro. Si en el enjuiciado en esta no tiene inconveniente en asumir la doctrina de la mayoría, aceptando la limitación de responsabilidad convencionalmente deducida, en la sentencia comentada la posición de estos magistrados es diversa, estimando «superfluo, inadecuado e inoperante» traer a colación ese precedente para resolver el caso litigioso y, consecuentemente, proponiendo su supresión. En definitiva, mientras que respecto del convenio colectivo del sector de seguridad la sala excluye la aplicación de la garantía de la responsabilidad solidaria entre empresa saliente y empresa entrante, porque no habría duda de la exclusión del presupuesto exigido por el [artículo 44 del ET](#), con relación al convenio colectivo del sector de limpieza hay una fractura expresada en la formulación del voto particular.

En definitiva, dos son las cuestiones problemáticas que suscita esta sentencia y que hacen que, pese a consolidar un criterio precedente, se mantengan abiertas. De un lado, atendiendo al

punto de vista de la política del derecho, parece claro que el Tribunal Supremo español se aleja de la doctrina comunitaria del «efecto neutral» del fenómeno sucesorio en la relación contractual, que busca impedir que la sucesión perjudique la posición de garantía del trabajador ([STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto Scattolon, C-108/10](#)). De este modo, la jurisprudencia se convierte en adalid de la «*flexi-seguridad*», de modo que la seguridad en el empleo tiene como contrapartida la debilidad de la seguridad en el cobro de los créditos pendientes, flexibilizando la gestión de la empresa entrante. Con todo, habría de plantearse si es compatible con la jurisprudencia comunitaria y con el artículo 4 bis de la [LOPJ](#) este nuevo intento del Tribunal Supremo de hallar una «tercera vía», rompiendo el carácter dicotómico de la solución comunitaria, que suponía que, bien hay sucesión de empresa y se aplica el [artículo 44 del ET](#) a todos los efectos, o bien no la hay y se aplica el régimen convencional, pero no se mezclan.

De otro, y en un plano técnico, una vez más, la jurisprudencia nacional se muestra incapaz de ofrecer una solución cierta para los supuestos análogos futuros, debiendo ir caso por caso, sin previsibilidad razonable alguna en torno a su resolución, con perjuicio de la seguridad jurídica y de la efectividad de la tutela judicial. Los ejemplos en este conflictivo tema de las cadenas de contrataciones son numerosos, pudiendo citar a título de mero ejemplo ilustrativo la reciente serie de SSTs de 27 de abril de 2016 (tres, correspondientes a los RRCUD 329, [335](#) y [336/2015](#)). En ellas, respecto de sendos casos de sucesión de contrataciones de servicios municipales de ayuda a domicilio, ni tan siquiera se considera aplicable el efecto de la subrogación, por entenderse que las trabajadoras –todas mujeres, confirmando que, a menudo, se trata de sectores no solo precarizados, sino también feminizados– que se han visto envueltas en despidos de muy dudosa legalidad –incluso constitucionalidad, pues median huelgas y acciones de reacción municipal contra las mismas–, no están «en activo». Esta posición mayoritaria no es, sin embargo, unánime, pues las sentencias cuentan con un voto particular en el que se defiende el derecho de las trabajadoras a tenerse por «activas» en el momento de las sucesiones en la concesión del servicio, primando tanto la finalidad protectora del convenio como la efectividad del derecho a la tutela judicial *ex* artículo 24 de la [CE](#).

En todo caso, volviendo a la cuestión central analizada, es evidente que se trata de un ejemplo más de la construcción multilateral de derecho del trabajo. Sin embargo, no solo le corresponde al Tribunal Supremo la conformación del mejor derecho aplicable, sino a todos los jueces de lo social que, al resolver estas cuestiones, podrán y habrán de acudir al único nivel que podría zanjar esta tensión: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante la cuestión prejudicial. Por tanto, una vez más se evidencia la centralidad de esa dimensión multinivel de la producción jurídica, donde el Tribunal Supremo no tiene la última palabra en materia de legalidad ordinaria, pudiendo ser cualquier juez quien inste la revisión a partir, bien de una aplicación directa de la doctrina comunitaria –más valiente, pero difícil–, o bien mediante una cuestión prejudicial –más dilatoria, pero más viable–. Sin duda, la justicia social ganará, pero la seguridad jurídica de trabajadores y de empresarios seguirá perdiendo en esta situación de incertidumbre y controversia que debiera atajar el legislador sin demora.