



Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratatas

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

*Doctor en Derecho
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia
Francisco.Rodrigo@uv.es*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

De manera paralela –pero independiente– a la eventual subrogación como efecto legal derivado del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en sectores en los que predominan las contratatas, es habitual el establecimiento de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos con la finalidad de garantizar la continuidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas por las sucesiones de empresas contratistas.

Dichas cláusulas convencionales, sin embargo, suelen tener un alcance más limitado que la subrogación legal del artículo 44 del ET y han suscitado ciertas cuestiones controvertidas en su aplicación, como la relativa a la determinación del alcance de la doctrina de sucesión de plantilla en estos supuestos, o la obligatoriedad de las mismas para las empresas contratistas entrantes y las dificultades en cuanto a la vinculación de estas por el convenio de la contratista saliente.

El presente estudio tratará de analizar dichos puntos críticos, al tiempo que formulará y ensayará propuestas de solución práctica con las que tratar de abordar un nuevo planteamiento más adecuado de esta materia.

Palabras clave: subrogación convencional; sucesiones de contratatas; convenio colectivo y contratatas.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 23-01-2021

Cómo citar: Rodrigo Sanbartolomé, Francisco Agustín. (2021). Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratatas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 17-45.



Legal-labor issues related to conventional subrogation in contract successions

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Abstract

Parallel to –but independent of– the eventual subrogation as a legal effect deriving from compliance with the requirements of article 44 Estatuto de los Trabajadores (ET), in sectors in which contracts are predominant, it is common to establish subrogation clauses in collective bargaining agreements in order to guarantee the continued employment of the workers affected by the succession of contracting companies.

These contractual clauses, however, usually have a more limited scope than the legal subrogation of article 44 ET, and have given rise to certain controversial issues in their application, such as the determination of the scope of the doctrine of «sucesión de plantilla» in these cases, or the obligatory nature of these clauses for the incoming contractors and the difficulties regarding the binding of the latter by the agreement of the outgoing contractor.

This study will attempt to analyze these critical points, while formulating and testing proposals for practical solutions, with which to try to address a new and more appropriate approach to this matter.

Keywords: conventional subrogation; contract successions; collective bargaining agreements and contracts.

Citation: Rodrigo Sanbartolomé, Francisco Agustín. (2021). Legal-labor issues related to conventional subrogation in contract successions. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 17-45.





Sumario

1. La subrogación convencional
 - 1.1. Alcance de las cláusulas convencionales de subrogación
 - 1.2. Obligatoriedad de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos para la contratista entrante
2. Reflexiones al hilo de la subrogación convencional con miras en algunas proposiciones generales *de lege ferenda*
 - 2.1. Principales problemas asociados a la subrogación convencional
 - 2.2. Una caracterización alternativa tímidamente sugerida por cierta jurisprudencia
 - 2.3. El doble filo de la nueva concepción jurisprudencial acerca de la aplicación de la sucesión de plantilla. Una propuesta de reforma legal

Referencias bibliográficas

1. La subrogación convencional

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo (TS) se ha mostrado muy reacio a la admisión de la subrogación legal por sucesión de empresa en los supuestos en los que no existe transmisión de una estructura productiva básica y ha venido entendiendo, de manera bastante generalizada, en supuestos de sucesión de contratistas, que «[...] ni la contrata, ni la concesión administrativa son en sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 [del Estatuto de los Trabajadores] ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación»¹; de ahí que, en sectores en los que predominan las contrataciones (acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas discapacitadas, asistencia en tierra en aeropuertos *-handling-*, atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, construcción, *contact center*, contrataciones ferroviarias, empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos de Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccionar, seguridad, transportes de personas enfermas y accidentadas en ambulancias)², viene siendo habitual el establecimiento de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos, con la finalidad de garantizar la continuidad en el empleo de las personas trabajadoras de tales empresas contratistas y subcontratistas.

¹ Sentencias del TS (SSTS) de 10 de junio de 1991 (rec. 719/1990), 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), así como otras posteriores, como las de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (reces. 1065/1993 y 469/1994), 6 de febrero de 1997 (rec. 1886/1996) y 21 de octubre de 1998 (rec. 3556/1997), o la de 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/1999). Si bien esta posición se matiza a partir de las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (reces. 4424/2003 y 899/2002), con la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, según la cual bastaría, a estos efectos, en el caso de sectores que descansan fundamentalmente sobre el uso de mano de obra, con el traspaso de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal dedicado a la contrata anterior. Asimismo, sigue perviviendo cierto reflejo del criterio tradicional *-combinado con aceptación de la sucesión de plantilla-* en sentencias relativamente recientes, tales como las SSTS de 24 de julio de 2013 (reces. 542/2012, 3984/2011, 1435/2012, 3228/2012), 9 y 10 de julio de 2014 (reces. 1201/2013 y 1051/2013).

² Esta lista de los sectores que regulan la subrogación en los convenios colectivos nacionales viene proporcionada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 13 de enero de 2012 (rec. 4477/2011) (Madrigal Esteban y Martínez Saldaña, 2015).

En efecto, la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial o superior (este es el ámbito razonable de negociación de estas cláusulas ya que carecería de sentido acordarlas a nivel empresa, pues, en ese caso, no podrían vincular a la empresa contratista entrante) ha tratado de favorecer la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas, pero, como ha sido señalado (Baz Rodríguez, 2002), estas cláusulas también actúan, en muchas ocasiones, en beneficio de las empresas contratistas implicadas, pues con estas subrogaciones, por un lado, a la contratista saliente se le evita tener que acometer despidos originados por la pérdida de negocio y, de otro lado, a la entrante le permiten contar, desde el principio, con personal especializado y experimentado en la actividad en cuestión.

1.1. Alcance de las cláusulas convencionales de subrogación

Las cláusulas convencionales subrogatorias tienen, de entrada, un alcance más limitado que la subrogación legal del artículo 44 del ET, en la medida en que suelen tratar de asegurar que las personas trabajadoras mantengan con la nueva empresa contratista los derechos y obligaciones que disfrutaban con la anterior, pero sin que aquella asuma, normalmente, responsabilidad solidaria por deudas insatisfechas anteriores a la asunción de la contrata correspondiente.

En efecto, estas regulaciones convencionales suelen establecer limitaciones en este aspecto, fijando un régimen de responsabilidades de las contratistas saliente y entrante diverso y con contenido y extensión no condicionados por el previsto legalmente, habiendo validado nuestra jurisprudencia esta posibilidad en múltiples ocasiones (SSTS de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/1997; 31 de marzo de 1998, rec. 1744/1997; 29 de enero de 2002, rec. 4749/2000; 23 de mayo de 2005, rec. 1674/2004; 20 de septiembre de 2006, rec. 3671/2005; 21 de septiembre de 2012, rec. 2247/2011; 24 de julio de 2013, rec. 3228/2012; 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 27 de abril de 2016, rec. 329/2015; 3 y 10 de mayo de 2016, recs. 3165/2014 y 2957/2014; 1 y 7 de junio de 2016, recs. 2468/2014 y 2911/2014; y 6 (2), 13 y 25 de julio de 2017, recs. 1550/2016, 1669/2016, 2883/2016 y 2239/2016; 10 de abril de 2018, rec. 3684/2016; 3 de mayo de 2018, rec. 2346/2016; y 29 de mayo de 2018 (2), recs. 2748/2016 y 2481/2016).

Si bien hay que tener presente que, en los sectores relativos a las actividades denominadas «desmaterializadas», cuando la aplicación de estas cláusulas convencionales suponga la asunción por la nueva empresa contratista de un núcleo esencial de personas trabajadoras, en virtud de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, se desencadenará la sucesión de empresa del artículo 44 del ET para todas las personas trabajadoras adscritas a la contrata, con todos los efectos de este precepto legal y no los previstos en el convenio colectivo (Sanguinetti Raymond, 2006)³.

³ Sanguinetti Raymond se refiere a que, en la subrogación convencional, esta se produce por la fuerza de obligar de los convenios colectivos, siempre que se acaten los requisitos y condiciones particulares en

En efecto, la doctrina de la sucesión de plantilla encuentra su justificación en el hecho de que en aquellos sectores de actividad que, sin gran protagonismo de los elementos materiales, se basan fundamentalmente en el uso de mano de obra, la asunción de una parte importante y esencial, en términos cuantitativos o cualitativos (de competencia), de dicha mano de obra, equivale y se asimila a la transmisión de los elementos patrimoniales⁴ que desencadena la sucesión de empresa en aquellas otras actividades que sí operan, preponderantemente, con una infraestructura física y con un conjunto de elementos materiales para la explotación empresarial.

Así pues, parece evidente que la sucesión de plantilla, cualquiera que sea el título por el que se desencadene la asunción del núcleo esencial de mano de obra (ya sea la obligación por convenio colectivo, tanto dentro como fuera del ámbito de las contrataciones o concesiones administrativas, o bien por simple asunción voluntaria), no es sino una modalidad de la propia sucesión de empresa adaptada a los sectores carentes de los elementos materiales que, tradicionalmente, han desencadenado esta.

En definitiva, para la doctrina de la sucesión de plantilla, es en sí misma la asunción del núcleo esencial de personas trabajadoras, en términos de número y competencia, la que contribuye a que estemos ante una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad y provoca que, en estos sectores, la sucesión de empresa se active –como lo hace en otros sectores la transmisión misma de un conjunto de medios organizados– con independencia, en todos los casos, de cuál sea el título que origine la asunción de las personas trabajadoras o, en su caso, la transmisión de los elementos materiales (no es necesaria, si siquiera, la existencia de relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario).

De este modo, es fácil concluir que, precisamente, en los sectores fundamentalmente basados en el uso de mano de obra, que son en los que predominan las cláusulas de subrogación convencional, cuando estas impliquen la obligación de la empresa contratista entrante de asumir a una parte esencial de la plantilla de la anterior, este mismo hecho, consecuencia de la obligación convencional y no el convenio mismo, será el que determine que se active

ellos previstos y con los efectos por ellos establecidos que no tienen por qué ser idénticos a los enunciados por el artículo 44 del ET. En este sentido cita la STS de 6 de junio de 2001 (rec. 2847/2000). Ello no obstante, disiento del discurso del autor con relación al efecto anulador del papel de la negociación colectiva en esta materia que atribuye a la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla, ya que si bien esta, en determinados sectores, puede desencadenar la aplicación del artículo 44 del ET con base en una previsión convencional de subrogación que afecte a un núcleo esencial de personal, ello no limita totalmente el campo de actuación de la negociación colectiva en esta área ni determina necesariamente, en todo caso, la adecuación exacta y correspondencia fiel del contenido de estas cláusulas con el texto legal, si bien, lógicamente, no podrán admitirse regulaciones convencionales *in peius*.

⁴ La STS de 22 de septiembre de 2016 (rec. 1438/2014) lo expresa del siguiente modo:

[...] la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

la aplicación del artículo 44 del ET y la integridad de su régimen jurídico, y no el previsto en el convenio colectivo que desencadenó la asunción inicial de aquel núcleo de personas trabajadoras. Lo mismo que ocurriría si el núcleo de personas trabajadoras se asumiera en virtud de acuerdo voluntario entre empresas o por cualquier otro título, en que lo pactado o estipulado en estos carecería de significación, pues lo que desencadena la aplicación del artículo 44 del ET es la asunción del núcleo esencial de personas trabajadoras en sí, como en los sectores basados en el empleo de elementos patrimoniales es la transmisión de estos la que determina la sucesión de empresa, cualquiera que sea el título por el que se transmitan.

Pese a la claridad de las anteriores conclusiones, que se desprenden con naturalidad de la forma en que la jurisprudencia comunitaria estudiada ha diseñado su doctrina de la sucesión de plantilla (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –STJCE– de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco), la jurisprudencia de nuestro TS –desde 2016 hasta hace bien poco– se ha resistido a dejar de reconocer virtualidad a las limitaciones de responsabilidad que pudieran haberse pactado en el correspondiente convenio colectivo, incluso en sectores y supuestos en los que operaba –y se reconocía indiscutidamente en las propias sentencias– la doctrina de la sucesión de plantilla.

Así, un importante bloque de sentencias, entre las que se encuentran las SSTS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014), 10 de mayo de 2016 (rec. 2957/2014), 1 de junio de 2016 (rec. 2468/2014), 25 de julio y 20 de diciembre de 2017 (recs. 2239/2016 y 335/2016), 10 de abril de 2018 (rec. 3684/2016), 3 de mayo de 2018 (rec. 2346/2016), 29 de mayo de 2018 (recs. 2748/2016 y 2481/2016) y 31 de mayo de 2018 (rec. 2586/2016), vinieron estableciendo una doctrina consolidada en favor de la aplicación del régimen limitado de responsabilidades que pudiera derivarse del convenio colectivo correspondiente, relegando la aplicación del régimen del artículo 44 del ET en supuestos en los que era aplicable la doctrina de la sucesión de plantilla solo a los casos de asunción voluntaria de plantilla.

Esta doctrina jurisprudencial, remontándose a las SSTS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), 10 de julio y 18 de septiembre de 2000 (recs. 923/1999 y 2281/1999), y con apoyo en las SSTS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002), 23 de mayo de 2005 (rec. 1674/2004), 20 de septiembre de 2006 (rec. 3671/2005), 10 de diciembre de 2008 (rec. 3837/2007), 21 de septiembre de 2012 (rec. 2247/2011) y 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012), establecía unos efectos diferentes para un mismo mecanismo, la sucesión de plantilla, en función de que la asunción del núcleo esencial de personas trabajadoras que la genera fuera consecuencia del cumplimiento del convenio colectivo precedente, en que sería aplicable el régimen de responsabilidades de este, o derivase de la asunción voluntaria del mismo por parte de la nueva empresa contratista, en que se activaría la aplicación del artículo 44 del ET y el régimen de responsabilidades previsto en dicho precepto legal.

En estos términos, no resulta extraño que se haya podido llegar a leer que la aplicación del artículo 44 del ET por sucesión de plantilla depende de la voluntad de la empresa contratista entrante («deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo

o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria»: STS de 22 de septiembre de 2016, rec. 1438/2014), y que –paradójicamente– resultara más oneroso para la misma este régimen que depende de su propia voluntad que el aplicable cuando la subrogación del personal le resulta obligatoria como consecuencia de lo estipulado en el convenio aplicable. Con lo cual, en la práctica, se estaba vaciando de contenido, de efectividad real, a la doctrina de la sucesión de plantilla, pues esta no operaba cuando la subrogación de las personas trabajadoras derivaba de obligación convencional y, cuando dicha obligación no existía, bastaba que la nueva contratista emplease a su propio personal en la contrata para que no actuase y evitar asumir las deudas de la anterior contratista.

Asimismo, las sentencias comentadas, se ocupaban de cohonestar su solución con la doctrina jurisprudencial comunitaria y, haciendo expresa referencia a la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco, se consideraba que era posible excluir la aplicación del artículo 44 del ET en supuestos en los que de acuerdo con la doctrina comunitaria de sucesión de plantilla se debía llamar a la aplicación de la sucesión de empresa, «porque tal previsión se refiere a los efectos derivados frontalmente de la directiva, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET», consagrando, de este modo, una desidentificación entre la sucesión de empresa de la directiva y la prevista en el artículo 44 del ET.

A mi juicio, el hecho de que el artículo 44 del ET mejore, incluso, las previsiones de la directiva comunitaria no modifica la naturaleza de la institución, que en ambos casos es sucesión o transmisión de empresa, con la única peculiaridad de que en nuestro ordenamiento jurídico interno su regulación es, en determinados aspectos, más generosa.

En este contexto, era habitual reiterar el texto de la Sentencia de 1 de junio de 2016 (rec. 2468/2014), cuando establecía que:

- a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente [...].
- b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una «sucesión de plantilla» y una ulterior «sucesión de empresa».
- c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.

La justificación de que a la sucesión de empresa por sucesión de plantilla originada por obligación de subrogación convencional no se le aplique el propio régimen de sucesión de empresa, que en nuestro país es el regulado en el artículo 44 del ET, sino en el previsto en el convenio colectivo, se efectuaba en la jurisprudencia indicada en los siguientes términos:

Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de cohonestar previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional), sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del derecho comunitario [...].

Ello no obstante, recientemente, dicha doctrina ha sido objeto de rectificación desde la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016) –seguida de otras como las SSTs de 24 y 25 de octubre de 2018 (recs. 2842/2016 y 4007/2016) y 8 de enero de 2019 (rec. 2833/2016)–, por influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo), que resolvió la petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia.

En el supuesto litigioso objeto de la cuestión al TJUE, un vigilante del Museo Compostelano de las Peregrinaciones reclamaba a la contratista entrante por virtud de una subrogación de origen convencional ciertas cantidades que la empresa saliente le adeudaba.

La citada sentencia del TJUE especificó que «la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica», si bien apuntaló esta afirmación con una argumentación adicional:

[...] el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23, [y concluye que la] 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.

Influida por lo anterior, la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016) procede al alineamiento de la doctrina del TS con la del TJUE, previo el intento de justificación del anterior criterio sobre la base de una pretendida mejora por los convenios colectivos estatutarios (con la amplia y reforzada legitimación y capacidad negocial de las partes firmantes de los mismos) de los términos de la regulación legal de sucesión de empresa que, la verdad, es que en la práctica totalidad de los casos objeto de aquella doctrina nunca se producía, dado que –como he comentado– los convenios colectivos suelen eximir de responsabilidad por deudas pendientes a las nuevas contratistas, amén de otras limitaciones⁵, si bien, más que en términos de contenido del régimen jurídico, parece que esta mejora aducida se basaría más en la ampliación del espectro de los supuestos incluidos legalmente en la obligación subrogatoria.

⁵ Dado que este análisis se circunscribe a cuestiones laborales, no hago referencia aquí, todavía, a las limitaciones y exclusiones que los convenios colectivos suelen establecer en cuanto a las responsabilidades en materia de seguridad social que se derivan del régimen legal previsto en los artículos 168.2 y 142.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS).

Esta sentencia del TS, finalmente, rectifica el criterio jurisprudencial precedente, en los siguientes términos:

En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta [...] al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica [y] el concepto de «entidad económica», de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios [...].

[...] 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 la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. [...] Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. [...] Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

[...] Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

Posteriormente, la STS de 8 de enero de 2019 (rec. 2833/2016) ha sintetizado el nuevo estado de cosas del siguiente modo:

[...] premisas:

Primera. Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratos va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda. En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo ET.

Tercera. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarta. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

Cabe destacar la importancia de esta rectificación de criterio por parte del TS, puesto que la aplicación del régimen legal de sucesión de empresa en los supuestos estudiados

comportará, con independencia de las limitaciones con que originariamente se hubiera acordado en convenio colectivo la subrogación correspondiente, que esta afecte a la totalidad del personal adscrito a la contrata, el mantenimiento de los derechos laborales de las personas trabajadoras y del convenio colectivo que les fuera aplicable y la responsabilidad solidaria por las deudas laborales y de seguridad social de la contratista anterior.

Desde luego, el impacto de este cambio de doctrina es previsible que sea grande en la negociación de nuevas cláusulas de subrogación convencional por parte de las empresas que, seguramente, se sentirán desincentivadas a la hora de formalizarlas y, cuando no sean directamente aplicables los supuestos de hecho comprendidos en el artículo 44 del ET, preferirán mantener su libertad para asumir al personal correspondiente, haciéndolo libremente cuando estimen que ello les compensa pese a llevar aparejada la aplicación del régimen legal de responsabilidades o, en otro caso, cubriendo sus necesidades de mano de obra con personal propio, nuevo o preexistente.

1.2. Obligatoriedad de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos para la contratista entrante

Como acabamos de ver, en sectores intensivos en mano de obra, la doctrina de la sucesión de plantilla puede dar lugar al régimen legal de sucesión de empresa, cuya aplicación resultará preceptiva, cuando a resultas de las cláusulas subrogatorias convencionales se produzca la asunción por la nueva contratista de un núcleo esencial de plantilla de la anterior, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias que evidencien la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad.

Por la gran trascendencia para este supuesto ya examinado, cabe preguntarse si el cumplimiento de tales cláusulas subrogatorias convencionales resulta obligatorio para la contratista entrante. Pero también es importante resolver esta cuestión por su carácter determinante en los casos en los que dicho mecanismo no se desencadena, como cuando el personal a asumir no constituya un núcleo esencial en términos de número o competencia identificable como entidad económica o si se trata de una subrogación en sectores que no descansan fundamentalmente en el uso de mano de obra y en los que, de acuerdo con el régimen del artículo 44 del ET, si no hubiera transmisión de elementos patrimoniales, no existiría obligación de subrogación. Así como en el primer caso ya estudiado, la obligación de subrogarse generaría, por sucesión de plantilla, la aplicación íntegra del régimen legal del artículo 44 del ET, en estos otros casos no incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 44 del ET que no dan lugar a sucesión de plantilla, tendría los efectos limitados por lo previsto en el convenio colectivo correspondiente en cuanto al personal afectado y responsabilidades a asumir, pero en ambos casos, sin que sin la obligatoriedad de la previsión convencional se generase ninguno de estos efectos al no ser aplicable, al menos de entrada o directamente, lo previsto en el artículo 44 del ET.

Por principio, a la vista de que estas cláusulas se suelen pactar en el seno de convenios colectivos estatutarios de ámbito sectorial, no deben apreciarse problemas a la hora de reconocer su obligatoriedad, dada la fuerza vinculante, carácter normativo y eficacia general de este tipo de convenios (arts. 37.1 Constitución española –CE– y 82.3 ET), que vienen respaldados por el cumplimiento de los requisitos exigidos en el ET a fin de garantizar una amplia legitimación y una capacidad negocial reforzada de las partes firmantes.

Como lógico correlato de lo anterior, la doctrina del TS ha venido reconociendo el carácter vinculante de estas cláusulas y, así, considerando su obligatoriedad se suelen citar (Vizcaino de Sas, 2011) las SSTs de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992), 14 de diciembre de 1994 (rec. 469/1994), 23 de enero y 9 de febrero de 1995, 29 de diciembre de 1997, 29 de abril de 1998 (rec. 1696/1997), 26 de abril de 1999 (rec. 1490/1998) y 6 de junio de 2001 (rec. 2847/2000). Si bien, si analizamos con detalle estas sentencias, el criterio determinante de la eficacia obligatoria de estas cláusulas se hace residir, en muchos casos, realmente más en la concurrencia de la transmisión de elementos de la estructura productiva exigidos para la subrogación legal del artículo 44 del ET que en el contenido de dichas cláusulas en sí mismas, lo cierto es que, a la postre, ha terminado prevaleciendo una doctrina favorable a otorgarles fuerza obligatoria independiente del cumplimiento de dicho requisito legal, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos previstos en los convenios colectivos correspondientes.

Es precisamente en los casos de sucesión de contratistas con ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 44 del ET (transmisión de elementos de activo o, en aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas, de un conjunto de personas trabajadoras que pueda considerarse una entidad) donde toman carta de naturaleza estas cláusulas convencionales con el fin de asegurar la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras allí donde la ley no llega. Es más, es la propia jurisprudencia la que, indirectamente, al rechazar la aplicación del artículo 44 del ET a estos supuestos, ha venido a fomentar la proliferación de estas cláusulas, al remitirse reiteradamente en la fundamentación de sus sentencias a la vía convencional como cauce para que opere la subrogación en estos casos, siempre que se observen las exigencias y con la extensión y límites previstos en el convenio colectivo que las establezca (Rodríguez Izquierdo, 2007).

Con lo cual, en sede judicial, es posible encontrarnos no solo con un reconocimiento del carácter vinculante de estas cláusulas, sino también con una especie de «invitación» para acudir a este mecanismo para completar la regulación legal allí donde esta no alcanza. Así, por ejemplo, cabe citar la STS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992) relativa a contratos de servicios públicos que, ininterrumpidamente o no, se suceden en las Administraciones públicas, la cual estableció que:

[...] no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad

productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión.

O también la STS de 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/1999), referida a un supuesto de sucesión de contratista del sector vigilancia y seguridad, y la STS de 29 de enero de 2002 (rec. 4749/2000), respecto a sucesiones de contratistas de limpieza. En este mismo sentido, las SSTS de 1 de diciembre de 1999 (rec. 1421/1999), 25 de febrero de 2000 (rec. 2892/1999) o, más recientemente, la STS de 27 de abril de 2016 (rec. 329/2015).

Sin embargo, es preciso subrayar que estas sentencias inciden siempre en sujetar la operatividad de estas cláusulas al cumplimiento de las condiciones exigidas en los propios convenios colectivos que las contemplan.

Con lo cual, en primer lugar, nos encontramos con un primer elemento a la hora de valorar la obligatoriedad de la subrogación correspondiente: el cumplimiento de los requisitos y procedimientos exigidos en el convenio. En este sentido, es habitual fijar en convenio obligaciones de traslado de información a la empresa contratista entrante por parte de la saliente o sujetar la subrogación de la persona trabajadora en cuestión a que esta reúna una antigüedad mínima en el puesto de trabajo. Así, por ejemplo, el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad exige para los servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, transporte de explosivos, protección personal y guarderío rural, en su artículo 15, una antigüedad real mínima en el servicio o cliente objeto de subrogación de 7 meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, o inferior cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida. Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio. En su artículo 16, para los servicios de transporte de fondos, se establece que la empresa cesante determinará el número de personas trabajadoras objeto de subrogación de entre las que tengan una antigüedad real mínima en la empresa de 7 meses. Entre otras muchas, las SSTS de 10 de diciembre de 2008 (rec. 3837/2007) y 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014) han validado la exigencia de este requisito de antigüedad por parte de dicho convenio.

Consiguientemente, se plantea la cuestión de los efectos que genera, en estos casos, sobre la obligación de subrogación, el eventual incumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos a tal efecto en la norma convencional, normalmente consistentes en obligaciones formales y de procedimiento que suelen concretarse en la entrega por parte de la empresa cedente a la nueva contratista de información relativa al estado de pagos con la Seguridad Social y detalle e historial de las relaciones laborales de las personas trabajadoras que van a ser subrogadas. En este sentido, por ejemplo, cabe referirse a las obligaciones de traspaso de documentación del artículo 17.2 del convenio de empresas de seguridad antes citado. Sobre este particular se aprecia cierto giro jurisprudencial que partiendo de la doctrina contenida en un bloque de sentencias que limita la obligatoriedad de asumir la subrogación por la contratista entrante al cumplimiento por la saliente de los términos y condiciones impuestos por la propia fuente convencional que fije la obligación de subrogación (SSTS de 10 de

diciembre de 1997, rec. 164/1997⁶; 9 de febrero de 1998, rec. 167/1997; 31 de marzo y 8 de junio de 1998; 26 de abril y 30 de septiembre de 1999, rec. 3983/1998; 29 de enero de 2002, rec. 4749/2000; y 28 de julio de 2003, rec. 2618/2002) y pasando por cierta suavización de ese criterio, según la cual los incumplimientos de escasa entidad no impedirían el surgimiento de dicha obligación siempre que se constatará la entrega de una documentación que pudiera considerarse suficiente o imprescindible (STS de 11 de marzo de 2003, rec. 2252/2002), llega hasta un grupo de sentencias, como las SSTS de 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2007 (reces. 3671/2005 y 381/2006), en las cuales se afirma que la falta de cumplimiento de estos requisitos por parte de la empresa saliente no puede perjudicar el derecho de las personas trabajadoras a instar su incorporación a la plantilla de la empresa entrante. Ello no obstante, cabe referirse a un nuevo grupo de sentencias del TS, dictadas en años posteriores, en las que la no facilitación de la documentación establecida en convenio colectivo por parte de la contratista saliente vuelve a considerarse un impedimento a la subrogación de la entrante. Estas son, entre otras, las SSTS de 17 y 19 de septiembre de 2012 (reces. 2693/2011 y 3056/2011), 20 y 26 de noviembre de 2012 (reces. 3900/2011 y 4054/2011), 18 de diciembre de 2012 (rec. 4040/2011), 5 de febrero de 2013 (rec. 238/2012), 12 y 13 de febrero de 2013 (reces. 4379/2011 y 4285/2011), 16 de abril de 2013 (rec. 1375/2012), 10 de junio de 2013 (rec. 2208/2012), 4 de julio de 2013 (rec. 366/2012) y 15 de julio de 2013 (rec. 2209/2012).

En segundo lugar, cabe referirse a las limitaciones que, en cuanto a la eficacia obligatoria de estas cláusulas, se derivan de la tipología del convenio (estatutario o extraestatutario) y del propio ámbito de aplicación del mismo. Pues, lógicamente, estas subrogaciones convencionales solo podrán imponerse a las contratistas entrantes que queden vinculadas por el convenio colectivo que las prevea, y no ocurrirá así cuando, por ejemplo, tratándose de convenios extraestatutarios –los cuales tienen eficacia personal limitada–, el empresario/a contratista entrante no esté afiliado a la asociación empresarial firmante, o bien cuando, cualquiera que sea la naturaleza del convenio de que se trate, el ámbito territorial o funcional del convenio no vincule al nuevo/a contratista.

En efecto –como es sabido– frente a la generalidad por antonomasia de las normas legales –y, por ende, del ET y de su art. 44–, los convenios colectivos, aun si son estatutarios que gozan de eficacia personal general o *erga omnes*, vienen limitados por su ámbito funcional, personal y territorial de aplicación y, además, si fueran extraestatutarios, la obligatoriedad de sus cláusulas quedaría reducida a quienes estén afiliados a las organizaciones empresariales firmantes del convenio (Sala Franco, 2005)⁷. Pero incluso tratándose de convenios estatutarios

⁶ Por ejemplo, en este caso, el TS se remite al artículo 34 del –entonces vigente– Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Burgos, a cuyos presupuestos, extensión y límites otorga relevancia y, partiendo del incumplimiento por parte de la empresa saliente de sus esenciales obligaciones de información a la entrante necesarias para que se produjera la subrogación, concluye negando la existencia de la subrogación pretendida.

⁷ Para este autor, en el caso de que la subrogación empresarial tuviera carácter mixto, esto es, cuando se tratara, simultáneamente, de un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del

y de sucesiones de contratistas correspondientes a la misma actividad en las que lo normal sería que fueran aplicables las cláusulas de un mismo convenio sectorial tanto a la contratista saliente como a la entrante, lo cierto es que la casuística que arroja la realidad empresarial pone de manifiesto que no siempre es tan habitual que el convenio en el que están integradas la empresa contratista y sus personas trabajadoras coincida con el de la empresa contratista entrante y, por tanto, no en todo caso las contratistas entrantes de una misma actividad se vendrán obligadas por las cláusulas del convenio que vinculaba a la contratista anterior imponiendo la subrogación obligatoria en las relaciones laborales que esta mantenía.

Es el caso del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, cuyo ámbito funcional viene integrado por todas las empresas que desarrollen la actividad de limpieza de edificios y locales, aun no siendo esta su actividad principal, lo cual la jurisprudencia interpreta que no implica que todas las empresas que asumen por sí mismas, con medios y personal propio, la limpieza de sus centros de trabajo, pero que se dedican a otras actividades, puedan considerarse empresas de limpieza a efectos de la aplicación del convenio. Así, la STS de 10 de diciembre de 2008 (rec. 2731/2007) entendió que este convenio se refiere, al especificar que no es necesario que las tareas de limpieza sean su actividad principal, a las conocidas como «empresas multiservicios», pero no a la generalidad de las empresas con ciclos productivos para los que la limpieza es tarea complementaria y no inherente al mismo, que si desarrollan tales tareas con personas trabajadoras propias, incluso de nueva contratación, no se convierten por ello en empresas dedicadas a la «actividad de limpieza de edificios y locales» ajenos, ni se las obliga a asumir personas trabajadoras de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaba esa actividad, pues no las vinculan las previsiones del convenio colectivo de dicho sector, y son libres, por tanto, de contratar a las personas trabajadoras que estimen convenientes.

Curiosamente, la aplicabilidad del convenio lleva al TS, en este caso, a una solución totalmente contraria a aquella a la que llegó el TJCE, exactamente 10 años antes, en su Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal), según la cual:

[...] la circunstancia de que la actividad de limpieza solo constituya, para la empresa que decide efectuarla en adelante por sí misma, una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la directiva (véanse las Sentencias de 12 de noviembre de 1992, *Watson Rask y Christensen*, C-209/91, [...] apartado 17, y *Schmidt*, [...] apartado 14).

ET y al que le fueran aplicables, además, cláusulas subrogatorias de un convenio colectivo, habría que entender que estamos ante mínimos imperativos mejorables, de modo que solo serían aplicables tales cláusulas convencionales en aquello que mejoren la regulación legal, pero no cuando impongan requisitos o condicionantes a la subrogación adicionales a los previstos legalmente.

Asimismo, es muy significativo, en este sentido, el caso de sucesiones de contratistas en las que, como contratistas salientes o entrantes, aparecen centros especiales de empleo, en los que se plantea como problema principal la coexistencia de los convenios sectoriales correspondientes a la actividad de que se trate con el aplicable a estos centros: el Convenio de atención a personas con discapacidad. Ello ha generado una controversia jurisprudencial de la que se ocupan numerosas sentencias, que se ha concretado, principalmente, en la negativa de los centros especiales de empleo –cuando actúan como contratistas entrantes– a asumir a las personas trabajadoras de las empresas ordinarias salientes, fundamentalmente, por el perjuicio que ello les ocasiona en orden al cumplimiento del requisito de tener en plantilla un mínimo de un 70 % de personas trabajadoras con discapacidad (arts. 42 derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, o 43.2 actual RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), así como también, inversamente, por las reticencias de las empresas ordinarias a aceptar la subrogación de las personas trabajadoras discapacitadas de los centros especiales de empleo, cuando estos actúan como contratistas salientes, al considerar que estas relaciones laborales de carácter especial solo pueden tener lugar en tales centros especiales y que, por tanto, no es posible la subrogación en ellas de empresas ordinarias. En cualquier caso, en ambos supuestos, se argumenta por sendos tipos de empresas, con base en el artículo 84 del ET y con el fin de evitar la subrogación, que el convenio aplicable a las personas trabajadoras de la empresa contratista saliente no vincula a la contratista entrante.

El TS, tal y como resume en su Sentencia de 23 de septiembre de 2014 (rec. 50/2013), ha establecido que la subrogación debe aplicarse en ambos casos:

a) [Cuando el nuevo contratista] sea un centro especial de trabajo que se rija por convenio colectivo propio, pues este consiente a tales empresas cualquier actividad «en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado», con el objeto de «integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella», de forma que «si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a la que figura en el ámbito funcional de su específico convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo [...]».

En este mismo sentido, también se pronuncian las SSTS de 21 de octubre de 2010 (rec. 806/2010), 4 de octubre de 2011 (rec. 4597/2010), 7 de febrero de 2012 (rec. 1096/2011), 4 de octubre de 2012 (rec. 3163/2011), 20 de febrero de 2013 (rec. 3081/2011) y 9 de abril de 2013 (rec. 304/2012).

b) [Y también] en el supuesto contrario, de que la nueva adjudicataria sea una empresa ordinaria de limpieza y la anterior un CET [centro especial de trabajo], «pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del convenio colectivo rector del

centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse sí constituiría un supuesto discriminatorio».

Asimismo, cabe citar con este mismo criterio las SSTs de 9 de octubre de 2012 (rec. 3667/2011), 10 de octubre de 2012 (rec. 4016/2011), 10 de octubre de 2012 (rec. 3803/2011), 12 de diciembre de 2012 (rec. 750/2012), 18 de diciembre de 2012 (rec. 414/2012) y 17 y 22 de abril de 2013 (recs. 710/2012 y 748/2012). No obstante, esta no es una postura del todo pacífica, como muestran los habituales votos particulares formulados en un porcentaje considerable de las sentencias que contienen esta doctrina. Con posterioridad, las SSTs de 24 de noviembre y 9 de diciembre de 2015 (recs. 136/2014 y 135/2014) matizaron que, si bien la aplicabilidad del convenio de limpieza puede determinar la aplicación de los mecanismos subrogatorios previstos en este convenio a las personas trabajadoras discapacitadas de un centro especial de trabajo, esta aplicación no afecta al resto de condiciones de trabajo de las personas trabajadoras discapacitadas que seguirán rigiéndose por el convenio de origen, sin que ello pueda considerarse discriminatorio.

La inaplicabilidad del convenio de la contratista anterior, aun con continuidad de la misma actividad, es muy habitual también cuando se trata de la recuperación de actividades descentralizadas por entidades públicas que pasan a encargarse directamente de la prestación del servicio. Si bien la materia de la reversión de servicios públicos previamente externalizados merecería un estudio específico en profundidad, es posible sintetizar, a los efectos que ahora nos ocupan, la existencia de un grupo de sentencias del TS (SSTs de 17 de junio de 2011, rec. 2855/2010; 11 de julio de 2011, rec. 2861/2010; y 26 de julio de 2012, rec. 3627/2011), las cuales tienen como denominador común tratarse de supuestos de reasunción de servicios de limpieza pública por parte de Ayuntamientos que, con anterioridad, prestaban tales servicios, indirectamente, a través de contratistas, en las que el TS declaró la inaplicabilidad de las cláusulas subrogatorias a aquellos.

Junto a los anteriores problemas de aplicabilidad, se han planteado también supuestos controvertidos muy concretos, en casos en los que la efectividad de la subrogación de origen convencional daba lugar a la consolidación de situaciones contrarias a la ley. Esto ocurre en el supuesto objeto de las SSTs de 28 de septiembre de 2011 (rec. 4376/2010), 27 de junio de 2012 (rec. 3196/2011), 2 de julio de 2012 (rec. 2626/2011), 16 de julio de 2013 (rec. 2239/2012) y 25 de febrero de 2014 (rec. 4374/2011), en las que la cuestión a dilucidar versaba en torno a la admisibilidad de la subrogación cuando el trabajador afectado, vigilante de seguridad, no disponía de la habilitación administrativa exigida por la Ley 23/1992 para el ejercicio de esta función. Con anterioridad, los tribunales habían decidido sobre la cuestión en el sentido de que la subrogación debía operar en cualquier caso, con argumentos tales como que lo que se transmite es un centro de trabajo en su integridad y ello hace innecesario atender a las circunstancias de cada persona trabajadora concreta, e imputando

a la contratista entrante la responsabilidad de las eventuales decisiones extintivas, si bien facilitando a esta la vía del artículo 52 a) del ET (por ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad) o también la posibilidad de instar la nulidad del contrato, acreditando actuación maliciosa. Sin embargo, a partir de las sentencias citadas, se unifica la doctrina en sentido contrario. Pues en ellas se especifica que no estamos ante un problema de incumplimiento de las obligaciones formales de información por parte de la empresa cesante, el cual no podría perjudicar a la persona trabajadora (tal y como se desprende de las SSTs más arriba citadas de 20 de septiembre de 2006 y 26 de julio de 2007, recs. 3671/2005 y 381/2006), sino que se trata de la exigencia de «un título habilitante que constituye un elemento esencial en la contratación del trabajador cuya subrogación se pretende», es decir, de una exigencia que deriva de las normas estatales sobre la ordenación de la actividad de seguridad privada, que (STS de 16 de enero de 2008, rec. 49/2006) se imponen por su carácter imperativo sobre la regulación convencional y los acuerdos de las partes. Como el TS subraya, la carencia de esa autorización administrativa es, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre persona trabajadora y empresa, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con personas trabajadoras carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad; circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un *modus operandi* carente de acomodo legal. Es más, la norma convencional tiene, como en ella se afirma, la finalidad de garantizar la estabilidad del empleo; finalidad que no puede cumplirse respecto a un empleo que, por tener un vicio de ilegalidad, no puede tener una pretensión de permanencia (Perea Montes, 2012)⁸.

De otro lado, algunos convenios colectivos que no obligan a la subrogación de la totalidad de la plantilla, sino solo de una parte de las personas trabajadoras de la empresa saliente, plantean la cuestión relativa a la eventual concurrencia de una discriminación de las personas trabajadoras no seleccionadas. Este problema se ha resuelto jurisprudencialmente mediante la aplicación de la doctrina comunitaria de la sucesión en la plantilla a estos casos. En efecto, ya desde la Sentencia de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002), el TS pensó en utilizar esta doctrina como criterio para proteger la no discriminación y evitar la selección arbitraria de personas trabajadoras, eludiendo el reemplazo parcial por parte de las nuevas adjudicatarias de las contratadas por el que dotaran de continuidad solo a unos contratos. Así, se ha venido

⁸ La autora muestra sus dudas sobre el acierto del criterio adoptado por el TS y considera que, de modo similar a la subrogación que la doctrina consolidada del Alto Tribunal entiende aplicable en relación con los casos de contratación temporal efectuada en fraude de ley, tras la cual la empresa entrante queda obligada a convertir el contrato en indefinido, también en este caso debería operar la subrogación. A mi juicio, sin embargo, esta posición no es sostenible, por la mera razón de que en aquel caso la subrogación y posterior conversión de un contrato temporal fraudulento en indefinido se produce, con apoyo legal expreso en el artículo 15.3 del ET, para forzar la transformación de una situación fraudulenta en una legal, mientras que en el caso de la falta de habilitación administrativa la subrogación no haría sino mantener y consolidar, sin apoyo legal, una situación irregular desde el inicio.

aplicando (STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/2009) a los casos en los que este reemplazo parcial deriva de lo estipulado en convenio, ya que también, en este caso, el resultado final es que, en sectores con especial protagonismo de la mano de obra, la contratista entrante termina quedándose con una parte importante, en términos de número y competencia, de la plantilla anterior. De este modo, la obligación de subrogación parcial de origen convencional en supuestos en los que no sea directamente aplicable el artículo 44 del ET, por no concurrir los requisitos exigidos en el mismo (como, por ejemplo, por falta de transmisión de elementos de activo), puede derivar también, indirectamente, por aplicación de esta doctrina comunitaria, en la consideración de la existencia de sucesión legal de empresa y en la consiguiente obligación de subrogarse en las relaciones laborales de todas las personas trabajadoras de la empresa saliente, evitándose, por esta vía, la postergación de las personas trabajadoras excluidas por el convenio y aprovechándose, de esta manera, la doctrina comunitaria de la sucesión en la plantilla para la aplicación efectiva del principio de no discriminación en estas situaciones.

2. Reflexiones al hilo de la subrogación convencional con miras en algunas proposiciones generales *de lege ferenda*

2.1. Principales problemas asociados a la subrogación convencional

Como ya ha sido comentado, las cláusulas de subrogación convencional buscan complementar la regulación legal del artículo 44 del ET, tratando de dar cobertura a supuestos de hecho no contemplados por el mismo, pero diferenciándose también en cuanto al alcance de sus efectos, los cuales normalmente son más limitados que los previstos en el citado precepto legal.

Así, es habitual que en tales instrumentos se trate de asegurar la continuidad de la relación laboral con la nueva empresa, así como la de las condiciones que la regían con la precedente, pero sin que sea usual que se transmita la responsabilidad de la cedente en cuanto a las deudas pendientes en el momento de la subrogación y sin que, normalmente, se haga referencia en tales cláusulas a lo referente a la responsabilidad en materia de seguridad social.

En cuanto a estas últimas responsabilidades de seguridad social, en efecto, lo habitual es la ausencia de previsiones al respecto en la normativa convencional. Ello no obstante, la jurisdicción contencioso-administrativa (SSTS, Sala 3.^a, de 20 de febrero y 25 de mayo de 1998, recs. 6681/1992 y 6137/1992) ha considerado que estas cláusulas de subrogación convencional pueden ser objeto de complementación con la regulación del artículo 44 del ET y ha extendido a estos supuestos la responsabilidad solidaria en materia de liquidación de cuotas de la Seguridad Social en los mismos términos en que el artículo 168.2 de la LGSS resulta aplicable a los casos comprendidos en el precepto legal.

Sin embargo, por parte de la doctrina (Álvarez Alcolea, 2003) se han argumentado serias objeciones a la extensión a estos supuestos de la responsabilidad solidaria por deudas con la Seguridad Social sobre la base de la consideración de que las cláusulas de subrogación convencional no son subsumibles dentro del artículo 44 del ET, ni existe entre ellas relación de complementariedad; con apoyo en el artículo 1.137 del Código Civil (CC), que exige carácter expreso y no presunto para este tipo de responsabilidad; y atendiendo a la interpretación literal del texto de los artículos 44 del ET y 168.2 de la LGSS, los cuales conducen a supuestos de cambios de titularidad en la explotación, industria o negocio por actos *inter vivos* o *mortis causa* en los que, asimismo, la referencia a «un adquirente» excluye su aplicación al caso de las contratas y concesiones en que no exista transmisión de empresa. Finalmente, se aduce que esta doctrina jurisprudencial propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y aplicable en materia de liquidación de cuotas de seguridad social no tiene su reproducción en el orden social en lo referido a las prestaciones.

Si bien, apriorísticamente, desde la perspectiva de los intereses de las personas trabajadoras, el establecimiento por la negociación colectiva de cláusulas de subrogación obligatoria para los casos de sucesión de contratistas, incluyendo más supuestos y con menores exigencias de las previstas legalmente al efecto por el artículo 44 del ET (transmisión de elementos patrimoniales o también, tras la STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/2002, de, al menos, un equipo clave de personas trabajadoras, en aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla, para determinados sectores de actividad), podría valorarse favorablemente si se considerara –como hacía la doctrina del TS hasta la STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/2016– el contenido de dicho precepto legal como norma mínima que es objeto de mejora por la regulación convencional, lo cierto es que, si se reflexiona detenidamente, la conclusión puede ser justamente la contraria.

En efecto –bien mirado– tratar de asegurar la continuidad de la relación laboral y, concretamente, imponer la subrogación de la contratista entrante en la posición de la empresa anterior sin necesidad de reunir los requisitos previstos legalmente no siempre conlleva un beneficio para la persona trabajadora, pues en muchos de estos casos, con ello, lo que realmente se puede estar favoreciendo es cierto tráfico de mano de obra y la pérdida de garantías para las personas trabajadoras. Este es el sentido de alguna de las argumentaciones de la STS de 20 de octubre de 2004 (rec. 4424/2003), cuando recordaba que⁹ lo que se trata de asegurar con la exigencia de transmisión de una estructura organizativa

⁹ Aunque realmente dicha sentencia se refiere a esta cuestión en orden a poner de manifiesto las dificultades para la asunción de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla, lo cierto es que el dato relevante, a estos efectos, es que, en todo caso, lo que pretende garantizarse es que, a resultas del traspaso, las personas trabajadoras no se encuentren en una situación sustancialmente peor en cuanto a la expectativa de continuidad en el empleo, sino que, por el contrario, permanezcan al servicio de empresas que, por recibir los elementos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad según el sector de que se trate, ofrezcan perspectivas de viabilidad futura, de estabilidad para las personas trabajadoras traspasadas y de cumplimiento de sus obligaciones con las personas trabajadoras.

por el artículo 44 del ET es que el traspaso de personas trabajadoras en los casos de sucesión de empresas se realice hacia empresas reales y con cierta viabilidad futura y no hacia empresas aparentes que, carentes de estructura empresarial o solvencia económico-financiera, dificulten la continuidad de la actividad y el cobro de los derechos económicos que corresponden a las personas trabajadoras traspasadas. Si aquella transmisión no se produce, hay que entender que la ley impide la subrogación para procurar que se mantenga como empresa quien retiene dicha estructura o conjunto de medios organizados. En definitiva, la exigencia del artículo 44 del ET se configuraría, así, como complementaria de la regulación prevista en el artículo 43 que lo precede en aras de evitar, *de facto*, que la vía de la sucesión de empresas –y de contratistas en especial– pueda conducir a consolidar situaciones constitutivas de cesión ilegal de mano de obra. De ahí la preocupación de la legislación por establecer, incluso en el caso de transmisión de elementos patrimoniales junto con la actividad, la responsabilidad solidaria de la cedente respecto de las obligaciones laborales anteriores a la transmisión durante los 3 años subsiguientes a la misma o, incluso, posteriores en caso de delito.

El mero hecho –como ha advertido la doctrina (Sala Franco, 2005)– de que la alternativa, en caso de no aplicarse la subrogación, sea normalmente la extinción del contrato por parte de la empresa contratista saliente, no puede llevar a concluir que necesariamente la continuidad de la relación laboral sea siempre lo más favorable a los intereses de las personas trabajadoras, pues –precisamente en los casos que denuncio– si las eventuales empresas «aparentes» deciden, finalmente, llevar a cabo también la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa extintiva que implique el abono de indemnizaciones, es posible afirmar casi con toda seguridad que, ante un mismo resultado final de pérdida de empleo, sería más conveniente para la persona trabajadora, acreedora de la indemnización (así como en cuanto a las cotizaciones sociales y demás haberes a que pueda tener derecho), tener frente una empresa cedente solvente en lugar de tener como deudora a una cesionaria sin estructura empresarial y menor solidez económica. Y lo mismo puede decirse, en sentido inverso, respecto de las obligaciones salariales pendientes (o de seguridad social) por la contratista anterior, si, como suele ocurrir en el caso de las subrogaciones convencionales, no se establece una responsabilidad solidaria entre ambas, y al no existir un traspaso de responsabilidades a la contratista entrante queda, en este supuesto, como única deudora la contratista anterior que ya no es titular de la actividad, del negocio, y de la consiguiente fuente de ingresos que posibilita en mayor medida el cumplimiento de tales obligaciones.

En los casos de creación artificiosa de unidades productivas autónomas a las que se adscriban las personas trabajadoras que se pretenda subrogar a aparentes empresas contratistas entrantes en fraude de los derechos de las personas trabajadoras, aquellas de estas que pretendan que se les reconozca el derecho a permanecer en la empresa cedente podrían apoyarse en la STJUE de 6 de marzo de 2014 (asunto C-458/12, Amatori), que exige, para que exista sucesión de empresas, que la unidad productiva autónoma debe «preexistir a la transmisión» (no ser creada *ad hoc*) y debe tener «una autonomía funcional suficiente» (Madrigal Esteban y Martínez Saldaña, 2015).

En definitiva, la subrogación de una nueva empresa en las relaciones laborales, si no viene acompañada de la eventual exigencia de responsabilidad solidaria, puede suponer un riesgo bidireccional, en relación con las obligaciones pendientes anteriores que pueden quedar, exclusivamente, en manos de una empresa que ya no es titular de la actividad y también respecto a las nuevas obligaciones posteriores que, en el caso de estrategias descentralizadoras fraudulentas, pueden tener como resultado que la nueva empleadora carezca de la solvencia y estructura de negocio necesaria para responder adecuadamente ante las personas trabajadoras.

Cabe incluso una reflexión adicional en relación con la posición de ventaja en que, por esta vía de subrogación convencional, se sitúa a estas empresas contratistas respecto de otras empresas que sí que responden solidariamente, según el régimen legal del artículo 44 del ET, de las deudas pendientes por obligaciones de tipo laboral durante 3 años, así como, ex artículo 168.2 de la LGSS, del pago de las prestaciones de seguridad social causadas con anterioridad a la transmisión, también con carácter solidario.

Así, a la vista de estas particularidades de la cuestión, no creo que sea posible concluir que la regulación convencional en esta materia pueda calificarse por principio, con carácter de generalidad, como una regulación más favorable que la legal, sin atender a las circunstancias concretas de cada caso. Y, por ello, dado que la casuística puede ser inabarcable, desde esta perspectiva, la posibilidad de otorgar el carácter de norma mínima al artículo 44 del ET se diluye y cobra fuerza su configuración como norma de derecho necesario absoluto cuya compatibilidad con estas cláusulas convencionales queda en entredicho (arts. 3 y 85.1 ET).

2.2. Una caracterización alternativa tímidamente sugerida por cierta jurisprudencia

Parte de la jurisprudencia consideró, en su momento, que, ante la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 44 del ET, no podemos hablar de sucesión de empresa ni de subrogación legal, sino que nos encontramos ante una novación civil de la parte deudora del contrato que, de acuerdo con el artículo 1.205 del CC, requiere del consentimiento de la parte acreedora (la persona trabajadora) y no necesariamente de la deudora (la empresa entrante incluida dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo)¹⁰.

Se trata, en su mayor parte, de un cuerpo de sentencias relativas a empresas de *handling*, relacionadas con el denominado «caso Aena»¹¹, las cuales, si bien no vienen referidas a

¹⁰ El artículo 1.205 del CC establece: «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor».

¹¹ SSTS de 29 de febrero de 2000 (rec. 4949/1998) –reiterada por otras, como las de 11 de abril de 2000 (rec. 2846/1999), 6 de febrero (rec. 1206/2001), 30 de abril (rec. 3007/2000), 17 de mayo y 13, 18, 21

casos subrogación convencional, sino de una cesión de contratos por un acuerdo entre empresas en el marco de un concurso de adjudicación de una concesión, vienen a establecer que todos los casos de ausencia de los requisitos legales para la subrogación por sucesión de empresa (transmisión de elementos patrimoniales o doctrina de sucesión de plantilla) deben ser reconducidos a la novación civil del contrato y a su régimen jurídico previsto en el artículo 1.205 del CC.

Concretamente, la STS de 30 de abril de 2002 (rec. 3007/2000) afirma que solo en el supuesto de subrogación legal por transmisión de empresa del artículo 44 del ET está previsto en el ordenamiento español el efecto de cambio automático de la persona empleadora; y que el consentimiento individual de cada persona trabajadora «no puede ser sustituido por un mero acuerdo colectivo sobre el «método» de subrogación de personal» (FJ 5.º).

En efecto, si atendemos al derecho común de obligaciones y contratos, no existe una facultad empresarial de modificación subjetiva unilateral (o bilateral interempresarial) de la relación laboral. Parece que más allá de los supuestos previstos en el artículo 44 del ET se cierra toda posibilidad de novación de la parte empleadora del contrato que no cuente con el consentimiento de la acreedora, esto es, de la persona trabajadora (STS de 29 de febrero de 2000, rec. 4949/1998 –FJ 2.º–).

Sobre esta base se podría tratar de construir una tesis que configurase la subrogación convencional como obligatoria para la contratista entrante incluida en el ámbito de aplicación del convenio, pero opcional para las personas trabajadoras que estarían facultadas, ante la ausencia de la garantía de responsabilidad solidaria, al menos para elegir la empresa que más les conviniese, evitando los riesgos antes advertidos.

Sobre esta cuestión se ha afirmado (Cuenca Alarcón, 2003) –con inspiración en la solución aplicada por la jurisprudencia francesa– que podría decirse que la garantía de empleo del artículo 44 del ET puede ser extendida a situaciones diferentes de las previstas en él, en tanto que presenta carácter de derecho necesario relativo, pero los efectos de esa garantía (automatismo) presentan carácter de derecho necesario absoluto, pues –como se ha señalado anteriormente– estos regímenes convencionales no pueden ser objeto de comparación, necesariamente, en términos de mayor favorabilidad respecto del régimen legal.

Así, este autor acepta la intervención colectiva en este terreno, con apoyo en la doctrina constitucional que reconoce la inexistencia de límites generales que sustraigan a la negociación colectiva la regulación de las relaciones laborales y del ejercicio de derechos

(rec. 1448/2001) y 26 de junio, 9 de octubre, 13 de noviembre de 2002, y 18 de marzo y 8 de abril de 2003–, 18 de septiembre de 2002 (rec. 48/2001) y 20 de octubre de 2004 (rec. 4424/2003), así como las SSTS de 12 de marzo y 27 de diciembre de 1997 (recs. 2639/1996 y 1727/1997), 5 de abril de 1993 (rec. 702/1992) y 23 de febrero de 1994 (rec. 1065/1993).

fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril, y 95/1985, de 29 de julio), así como la ausencia de una prohibición o reserva estatutaria expresa e incondicional de la regulación de la cesión o subrogación de la relación laboral fuera de los supuestos previstos en el ET. Pero plantea, asimismo, que la configuración de la sucesión como un efecto legal imperativo, dirigido a salvaguardar la estabilidad en el empleo, no tiene por qué ser incompatible con el derecho de oposición de la persona trabajadora, puesto que podría delimitarse el juego del automatismo sucesorio en relación exclusivamente con las empresas, cedente y cesionaria. E incluso para la normativa estatal, como ocurre en la comunitaria, podrían aceptarse hipotéticas regulaciones que vengan a:

[...] reconocer un derecho o facultad de subingreso a favor del trabajador en situaciones en que la satisfacción de su crédito puede verse comprometida, o en situaciones en que se estima que tal satisfacción debe verse legalmente reforzada, como acontece o puede acontecer en casos en que se transmite la unidad productiva, el centro o la empresa donde aquel presta sus servicios.

Sin embargo, lo cierto es que la mayor parte de las sentencias citadas que determinan la aplicación del régimen civil de obligaciones fuera del supuesto del artículo 44 del ET están referidas a casos de cambio de empresa en el marco de los pliegos de condiciones de los contratos y concesiones administrativas (concretamente el caso Aena), pero no a las cláusulas de subrogación impuestas por la autonomía colectiva. Y de lo que se trata aquí es de determinar si el efecto subrogatorio automático previsto por el artículo 44 del ET, en su vertiente exoneradora del consentimiento individual de cada persona trabajadora, puede derivarse también, más allá del ámbito de aplicación de dicho precepto, de otras fuentes incorporadas al ordenamiento jurídico como son los convenios colectivos.

En realidad, en general, es posible afirmar que nuestros tribunales no se han mostrado tradicionalmente reacios al juego automático del régimen convencional y suelen aceptar este como una vía de «imposición» de la subrogación, que cuenta con base legal suficiente en la eficacia normativa y general de los convenios colectivos (art. 82.3 ET), e incluso constitucional, en la fuerza vinculante referida en el artículo 37.1 de la CE.

2.3. El doble filo de la nueva concepción jurisprudencial acerca de la aplicación de la sucesión de plantilla. Una propuesta de reforma legal

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, lo cierto es que la necesidad de búsqueda de soluciones, en este concreto momento, ha perdido su urgencia, en la medida en que, en la práctica, a corto plazo, la mayor parte de los problemas planteados encuentran solución mediante la rectificación de doctrina operada por la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016).

En efecto, en la situación actual, en que la mayor parte de los sectores en los que son habituales las contratatas y, especialmente, en los que predominan las llamadas actividades «desmaterializadas» cuentan con previsiones en los convenios colectivos correspondientes imponiendo la subrogación de la nueva contratista en las relaciones laborales de la anterior, la aplicación –indirecta, pero cuasi automática, bajo la nueva concepción jurisprudencial– de la responsabilidad solidaria del artículo 44 del ET por efecto de la doctrina de sucesión de plantilla dará solución inmediata a la gran mayoría de los casos planteados. Únicamente quedarán excluidos del régimen de responsabilidad solidaria los supuestos, muy excepcionales, en los que no exista aplicación del supuesto de hecho del artículo 44 del ET, ni previsión en convenio colectivo, salvo en caso de asunción voluntaria de un núcleo esencial de personas trabajadoras de la contratista anterior.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, es posible anticipar a medio/largo plazo mayores problemas. En efecto, previsiblemente, a la vista de la aplicación de este régimen más oneroso que llevará aparejado la negociación de cláusulas de subrogación en convenio colectivo, se puede generar cierta animadversión del lado empresarial, y conducir a la reducción de este tipo de acuerdos y, tal vez, a su paulatina desaparición.

Ante esta hipotética situación, parece conveniente ensayar un nuevo texto legal –o, más bien, una mejor definición del ya existente– que dé cabida a los supuestos problemáticos analizados y no haga depender de la voluntad de las partes negociadoras de los convenios colectivos la aplicación del necesario régimen legal de responsabilidad solidaria.

En efecto, en las contratatas relativas a actividades en las que los elementos patrimoniales no gozan de gran protagonismo (vigilancia, limpieza, etc.), si a las dificultades –que ya hemos ido viendo– para la aplicación del artículo 44 del ET en caso de no existir previsiones convencionales que den lugar a la doctrina de la sucesión de plantilla sumamos el hecho de que (salvo en el supuesto en que, excepcionalmente, la empresa arrendataria de los servicios contratados se dedique a estas mismas actividades) normalmente tampoco habrá lugar a responsabilidad solidaria de esta como consecuencia de la exigencia del requisito de propia actividad por el artículo 42 del ET, resulta todavía más patente que las personas trabajadoras adscritas a estas contratatas quedan en una situación de especial vulnerabilidad que requiere de un tratamiento legal de protección más específico. El agravio comparativo para las personas trabajadoras empleadas en estas contratatas es doble, puesto que, al hecho de no poder dirigirse directamente a la empresa comitente por no tratarse, por lo general, de contratatas correspondientes a su propia actividad, sino accesorias o no inherentes a su proceso productivo, se une el hecho de que las dificultades de aplicación del artículo 44 del ET, en caso de que no existieran cláusulas convencionales subrogatorias, derivaría, probablemente, en la pérdida de su empleo, salvo asunción voluntaria por la contratista entrante. Y en caso de que existieran tales cláusulas, pero no operasen conjuntamente con la doctrina de sucesión de plantilla (cabe recordar que el TS entiende que el traspaso de un núcleo esencial de personas trabajadoras puede no ser siempre suficiente si no va acompañado de ciertas «circunstancias concurrentes»), originaría que estas personas trabajadoras estarían –como suele

ser habitual– constantemente expuestas a cambios de empresa, pero sin poder dirigirse a la nueva empleadora para el cobro de las deudas pendientes de la anterior, la cual se mantiene como responsable, pero ya no es titular de la actividad, pudiendo producirse, de este modo, una especie de encadenamiento para la elusión de responsabilidades muy rayana con los efectos de la cesión ilegal de personas trabajadoras que se proscriben en el artículo 43 del ET.

En estas condiciones parece que una reforma que trate de dotar de una cobertura global a la situación de estas personas trabajadoras debería dar entrada –esta vez expresamente– en el artículo 44 del ET a todas las contrataciones en las que haya continuidad de mera actividad, si bien acompañada de ciertas circunstancias concurrentes que acrediten que se trata de un mismo negocio que ha sido transmitido entre las empresas cedente y cesionaria y garantizando, por ley, la responsabilidad solidaria de ambas. Esta medida podría venir acompañada de la exigencia de responsabilidad solidaria a quien sea contratista en cada momento y a la empresa arrendataria de los servicios, si –como ya se propone por parte de la doctrina– se eliminase del artículo 42 del ET la exigencia de que la contrata corresponda a la propia actividad principal de dicha comitente.

En síntesis, un régimen óptimo de garantías para las personas trabajadoras de estas contrataciones típicas de servicios auxiliares sería extender la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET para todo tipo de contrataciones (ya sean de propia actividad o accesorias) e incluir en el artículo 44 del ET una referencia a estas contrataciones –ahora llamadas «desmaterializadas»–, para las que seguiría siendo necesario el mantenimiento de una entidad económica que conserve su identidad entendida como continuidad de la misma actividad o análoga con unas circunstancias concurrentes que, en este caso, no existiendo elementos patrimoniales de consideración, tendrían que estar relacionadas con otro tipo de elementos de activo inmaterial (mantenimiento de la clientela, de la marca, organización y forma de presentar el producto o prestar el servicio, etc.). Pues si en las actividades «materializadas» es la transmisión de elementos patrimoniales de activo material la que constituye e identifica, principalmente, la empresa y su continuidad, en las «desmaterializadas» son las circunstancias concurrentes relacionadas con el desarrollo de la actividad en sí misma las que prueban la continuidad de la empresa.

Me parece esta una efectiva –pero sutil– solución, puesto que desde el punto de vista de economía legislativa solo requiere una leve modificación del texto de los artículos 42 y 44 del ET y, además, armoniza perfectamente con la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, y con su interpretación por la jurisprudencia comunitaria. Pues de este modo se aglutinan –pero ahora expresamente– las distintas doctrinas acuñadas por las sentencias del TJUE: la de los medios organizados, en especial para los supuestos clásicos de sucesión de empresa que se producen mediante la transmisión de elementos patrimoniales, a los que tradicionalmente se ha referido el artículo 44 del ET, pero también para los casos de sucesión de contrataciones en actividades desmaterializadas en que sería especialmente importante el protagonismo de la doctrina de la sucesión en la actividad, entendida a través de la del conjunto de medios organizados, como continuidad de la actividad identificable por la concurrencia

de determinadas circunstancias entre las que puede encontrarse la asunción de plantilla (sucesión de plantilla), pero no necesariamente.

En efecto, a diferencia de lo que concluye nuestro TS en las últimas sentencias comentadas en que existe una exigencia de asunción de un núcleo esencial de personas trabajadoras que puede necesitar venir acompañada de determinadas circunstancias concurrentes, a mi juicio, sería posible incorporar al texto de la ley una referencia a un conjunto de circunstancias determinantes entre las que podría encontrarse solo dicha asunción de personas trabajadoras, pero también otras y no solo ella, en coherencia con la jurisprudencia comunitaria europea¹².

Al fin y al cabo, no debe resultar extraño que incorporar los criterios del derecho comunitario pueda ser el cauce idóneo para tratar de dar un criterio legal más ajustado a las realidades que la contratatas demandan, que, simultáneamente, suavice la litigiosidad interna y también el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de nuestro país y las ulteriores rectificaciones de doctrina.

Así, acompañando la redacción actual del artículo 44 del ET pensada para los supuestos tradicionales de transmisión de empresa, cabe proponer una referencia expresa nueva a las contratatas que especifique que la entidad que mantenga su identidad puede estar basada en esa misma transmisión de elementos de activo material cuando se trate de contratatas materializadas (sin que ello implique excluir para estas la posibilidad de que exista sucesión incluso si la transmisión no afecta a dichos elementos, sino solo a intangibles como la clientela: véase la reciente STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-194/18, Dodič) y si se trata de actividades desmaterializadas en la continuidad de la actividad con transmisión de elementos de activo inmaterial que se probaría con la presencia de circunstancias concurrentes entre las que podría mencionarse la asunción de un núcleo esencial de personal u otras (clientela, marca, imagen de producto, forma de prestar u organizar el servicio, etc.), pero sin que la asunción de parte de la plantilla de la anterior sea siempre necesaria, sino con el simple valor de una más de las circunstancias que pueden probar el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida, pero no imprescindible.

¹² En definitiva, esto no sería sino incorporar a la ley lo que la jurisprudencia comunitaria europea viene ya indicando en sentencias tan antiguas como la STJCE de 18 de marzo de 1986 (asunto C-24/85, Spijkers) que se refería a una valoración global que tuviera en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizaban la operación, entre las cuales estarían, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad, que haya habido o no una transmisión de bienes inmateriales, que la nueva empresa se haga cargo o no de la mayoría de las personas trabajadoras, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin que sea necesario que existan relaciones contractuales directas entre empresa cedente y cesionaria, pudiendo también producirse la cesión a través de una tercera persona –por ejemplo, una propietaria o arrendadora– (Sentencias de 7 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94, Merckx y Neuhuys; 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen; y 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco), y sin que importe tampoco si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (Sentencias de 17 de diciembre de 1997, asunto C- 287/86, Ny Mølle Kro; y 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen).

Se evitaría por esta reforma, al actuar sobre el texto de la propia ley, que, a raíz de la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016), la eventual desaparición de cláusulas convencionales de subrogación perjudique la estabilidad en el empleo de estas personas trabajadoras, operando sin necesidad de convenio la continuidad de la plantilla, por el mismo mandato de la ley actual¹³, que quedaría ahora más particularizado y específico, y quedando excluidos solo los supuestos en los que no hay continuidad de la actividad (o cambios en su configuración producidos al tiempo del cambio de contrata que no permitan la identificación de la misma) o, cuando existiendo tal continuidad, esta no venga acompañada de la transmisión de elementos de activo material (en las contratas materializadas) o de circunstancias que acrediten la transmisión del activo inmaterial (clientes, marca, plantilla, etc.) en las restantes contratas. Fuera de estas excepciones, las personas trabajadoras conservarían su empleo, por ley, y quedarían dotadas de una vía múltiple para hacer efectivos sus derechos: la comitente y la contratista actual, por virtud de los cambios en el artículo 42 del ET, y las contratistas anteriores a la actual junto con esta, por la responsabilidad solidaria del artículo 44 del ET respecto de las deudas anteriores a cada nueva contrata¹⁴.

¹³ En este sentido existía ya una antigua doctrina jurisprudencial basada en la identificación de la empresa con la continuidad de la actividad (tracto sucesivo) con independencia del cambio de titularidad, auspiciadora de la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44 del ET a gran variedad de supuestos, entre los que podrían quedar incluidos –ya entonces– los de sucesiones de contratas, bajo sus distintas fórmulas jurídicas, de la que resulta sintética la STS (Sala 3.ª) de 20 de febrero de 1998 (rec. 6681/1992). La citada sentencia estableció que es posible concluir la existencia de una subrogación o sucesión empresarial contemplada en el artículo 44 del ET al producirse un tracto sucesivo entre la anterior empresa y la siguiente que explota una misma instalación, dedicándose a la misma actividad y con las mismas personas trabajadoras, y resume que:

A este respecto, resulta aplicable la doctrina de las Sentencias de esta misma sala de 18 de julio de 1995, 3 de marzo y 28 de noviembre de 1997, según las cuales son múltiples los mecanismos a través de los cuales puede producirse el cambio de titularidad de la empresa por «actos inter vivos», tanto «por cualquier tipo de convención, cesión, permuta –venta, etc.–, o por circunstancias impuestas –venta judicial, caducidad de servicios, etc.– que vienen a constituir la especie del cambio "trasparente", como por factores o circunstancias "de facto" –mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial– que, a su vez, integran el requisito del "tracto directo"... que constituyen los cambios no transparentes». Lo que supone, como ha señalado la Sentencia de la Sala Cuarta de este tribunal de 2 de febrero de 1988, que «la transmisión, de un titular a otro, de la empresa en el supuesto de que queden afectadas las relaciones, ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica y comprende tanto la directa como la indirecta».

¹⁴ Según la STS de 11 de mayo de 2017 (rec. 1921/2015), esta responsabilidad solidaria hay que entenderla no solo de la empresa contratista actual respecto de las deudas pendientes de la contratista anterior, sino que incluye también las deudas pendientes de las anteriores respecto de las que esta asumió responsabilidad, como una especie de responsabilidad solidaria en cadena:

[...] la concurrencia del fenómeno de la sucesión empresarial obliga a sostener que la empresa cesionaria ha de asumir las deudas salariales de la cedente, sin que pueda excluirse de tal obligación aquellas que, a su vez, hubieran sido adquiridas de una cedente anterior. Nada permite afirmar que la única responsabilidad sea la de la empleadora final.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Alcolea, Manuel. (2003). Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratadas. En Ángel Luis de Val Tena y Juan Rivero Lamas (Coords.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing»* (pp. 257-276). Aranzadi Thomson Reuters.
- Baz Rodríguez, Jesús. (2002). Transmisión y sucesión de empresa. En Luis Enrique de la Villa Gil (Dir.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.iustel.com/>.
- Cuenca Alarcón, Miguel. (2003). Autonomía colectiva y autonomía individual en los regímenes sucesorios contractuales. (Comentario a la STS de 30 de abril de 2002). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 775-786.
- Madrigal Esteban, María Jesús y Martínez Saldaña, David. (2015). La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 40, 33-51. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4745/documento/art03.pdf>.
- Perea Montes, Teresa. (2012). El impacto de la falta de habilitación administrativa en la subrogación convencional obligatoria. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28.
- Rodríguez Izquierdo, Raquel. (2007). Sucesión o subrogación empresarial entre dos empresas prestatarias de un servicio de limpieza de un centro médico de atención primaria de la salud. Comentario de la STSJ Cataluña, de 13 de enero de 2006 (AS 2007, 2301). *Aranzadi Social*, 3, 3.043-3.050.
- Sala Franco, Tomás. (2005). Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos. *Actualidad Laboral*, 1, 1.016-1.042.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2006). Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales. En Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (pp. 99-118). Tirant lo Blanch.
- Vizcaíno de Sas, Fernando. (18 de abril de 2011). La sucesión empresarial en el caso de las contratadas. Comentario de actualidad a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011. *DiarioJurídico.com*. <https://www.diariojuridico.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/la-sucesion-empresarial-en-el-caso-de-las-contratadas-comentario-de-actualidad-a-raiz-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-20-de-enero-de-2011.pdf>.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0