

Subrogación laboral convencional. Cambio de criterio y equiparación con la subrogación laboral legal

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

La Sala de lo Social decide dar un giro radical a su criterio: si el Convenio Colectivo impone la subrogación de la plantilla, las empresas entrante y saliente responderán solidariamente de las deudas pendientes sin que el Convenio pueda exonerar de ellas ni a la entrante ni a la saliente.

1 . En una época de giros jurisprudenciales inesperados por parte del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social también ha efectuado uno de gran trascendencia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre del 2018, Ar. 285132, y en relación con los efectos de la subrogación laboral convencional. A pesar de su cuestionamiento, la Sala venía considerando que, cuando la subrogación laboral se imponía por Convenio Colectivo, el régimen aplicable a éste era el contenido en dicho Convenio, sin necesidad de recurrir al establecido en la norma legal. De esta forma, resultaba frecuente que determinados sectores basados principalmente en mano de obra y no en medios materiales (limpieza, seguridad, etcétera) y en los que se recogía esta subrogación convencional, exoneraran de responsabilidad a la empresa entrante en cuanto a deudas salariales o de Seguridad Social pendientes con anterioridad a la transmisión. Pero, ahora, la Sala de lo Social imprime un giro radical a su tesis y entiende —amparándose en la necesidad de ajustar su doctrina a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio del 2018, asunto C-60/17, *Somoza*— que no debe seguir «abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

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» (FJ 7). Concluye después algo que ya se venía advirtiendo con anterioridad, y es que, si existe subrogación laboral, entonces las consecuencias son las que imponen tanto el Derecho europeo como la norma nacional. Esto supone, entre otras consecuencias, que la subrogación convencional no podrá impedir la responsabilidad solidaria de las empresas entrante y saliente contenida en la norma legal, especialmente en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (LET).

La sentencia, impecable en su factura expositiva, se enfrenta a la lógica dificultad de justificar un cambio de criterio sobre un asunto siempre controvertido. La «excusa» actual es el pronunciamiento de la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio del 2018, asunto *Somoza*, pero, como bien recoge la nueva decisión del Tribunal Supremo, la decisión europea se hallaba ya contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero del 2002, asunto C-51/00, *Temco*, aunque la Sala de lo Social decidiera mantener su tesis como hasta ahora, cuando opta por modificarla. Antes la Sala admitiría que el hecho de que la mayoría de los trabajadores permanecieran al servicio de la nueva empresa provocaba una «sucesión de plantilla» que, en términos de la jurisprudencia europea, significa una sucesión de empresas. Ahora bien, como dicha sucesión no se produce por voluntad propia del empleador, sino por imposición del Convenio Colectivo, será éste el que establezca el régimen aplicable. No en vano, si no existiera el mandato del Convenio, tampoco habría subrogación empresarial, por lo que la regulación convencional opera como una mejora tanto de la norma comunitaria como de la regulación nacional. Es algo que habría de modificarse si existiera transmisión de medios materiales o infraestructura productiva, lo que obligaría necesariamente a aplicar el régimen de la subrogación legal.

2. Aunque la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio del 2018, asunto C-60/17, *Somoza*, no indica en lo esencial nada distinto con relación a la subrogación convencional, la Sala de lo Social la señala como determinante de su cambio de doctrina. Recuérdese como en ella se reitera que, en ciertas actividades, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica; no obstante, es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate; así será si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de esa entidad. Sin embargo, que la asunción de personal venga impuesta por el Convenio Colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiera a una entidad económica y, en fin, el objetivo perseguido por el Convenio Colectivo en estos casos es el mismo que el de la Directiva 2001/23. En estos términos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE debe interpretarse en el sentido de que esta directiva se aplica a situaciones como las descritas en las que se celebra un contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un Convenio Colectivo, de una parte esencial del personal destinado por la primera empresa a la ejecución de la prestación, «siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas». Lo que define —siempre siguiendo la exposición de la Sala de lo Social— su cambio de criterio

es que la citada Sentencia de 11 julio del 2018 señale expresamente que, en estos casos, los Convenios persiguen «el mismo objetivo que la Directiva 2001/23». De ahí que, ahora y «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 modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica» (FJ 7). La sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial «siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio del 2018)» (FJ 7). En consecuencia, en estos casos, «lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la “entidad económica” recién aludida» (FJ 7). Eso significa, «claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda» (FJ 7). Por consiguiente, «el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente)» (FJ 8).

Para evitar dudas, la propia sentencia reconoce en su fundamento jurídico octavo que, tras el giro que supone este nuevo pronunciamiento, la subrogación convencional deberá basarse en estas premisas: *a)* existe transmisión de empresa encuadrable en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante; *b)* 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 de dicho artículo 44; *c)* cuando, como ocurre en el supuesto enjuiciado, lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura), la subrogación sólo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal, y *d)* 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.

La sentencia contiene un voto particular de sumo interés que, al margen de cuestiones técnicas y de enjuiciamiento destacables, denuncia el efecto perverso que puede llegar a alcanzar esta sentencia conduciendo a una consecuencia contraria a la pretendida por la norma europea, la norma legal y el interés de los agentes sociales. Bastará con que ahora los Convenios Colectivos no impongan la subrogación para que la plantilla no continúe en sus puestos, no se garantice la estabilidad y los trabajadores vean extinguidos sus contratos con cada contrata.

3. Quizá la clave se halle en que esta cuestión puede no quedar ya al alcance de los sujetos negociadores. Puede seguir defendiéndose que la sucesión de contrata no implica transmisión de empresas salvo que exista traslación de medios materiales o infraestructuras propias para la continuidad de la producción o servicio. Pero hace ya tiempo que el Tribunal de Justicia venía identificando la «plantilla» con la «entidad económica» a la que aluden las normas legales cuando la razón de la empresa se sustenta, si no únicamente, sí esencialmente en la mano de obra. Porque la clave en estos casos es qué necesita la empresa entrante para continuar con la producción o el servicio. Si requiere de medios materiales que ella misma aporta, entonces no se produce transmisión de empresas en los términos expuestos. Por supuesto, en todo caso exigirá tener personal, puesto que estamos en el ámbito de la subrogación laboral, mas, si los medios materiales son los de la empresa saliente, la entrante queda obligada a subrogarse en la plantilla de aquélla, pero, si son sus propios medios, no existirá tal obligación.

Habría que considerar, en puridad, que, si lo único o lo que principalmente requieren ambas es el personal —porque la importancia de los medios materiales no es significativa en el desarrollo de la producción o del servicio—, entonces cada una de ellas debería decidir qué personal necesita, si el que tiene la saliente asignado a la ejecución del servicio o el que aporta la entrante para mantener dicho servicio. Mas son estos casos sobre los que la jurisprudencia europea se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acuñando la expresión de «sucesión de plantilla» para designar la necesidad de que la entrante quede obligada a subrogarse en la plantilla cuando lo que se transmite es esencialmente una producción o servicio basado en la mano de obra. En consecuencia, está por ver que, si la consecuencia de esta sentencia es que en estos sectores desaparecen las cláusulas convencionales imponiendo la subrogación, no se imponga igualmente la subrogación legal en los términos expuestos. Con todo, y por el momento, no procede alcanzar esta conclusión con este nuevo giro jurisprudencial, toda vez que la Sala de lo Social se ha pronunciado sobre hechos consumados, esto es, la nueva adjudicataria ha mantenido a una parte esencial de la plantilla de la empresa saliente porque así lo exigía el Convenio aplicable y, con estos hechos, el Tribunal Supremo decide que se apliquen las reglas de la subrogación legal. Queda pendiente cuál será su decisión si, en la sucesión de contrataciones basadas principalmente en mano de obra sin obligación convencional de subrogación, la entrante no asume los trabajadores de la saliente. ¿Será la «plantilla» la «entidad económica» que imponga la subrogación legal o, por el contrario, al no requerir a esos trabajadores porque la entrante opera con los propios deberá descartarse la aplicación de las reglas básicas de la transmisión empresarial?