

Criterios de aplicación cuando la subrogación convencional afecta sólo a una parte proporcional de la plantilla de la empresa saliente

Lourdes López Cumbre

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

La subrogación laboral convencional impone la obligación a la empresa entrante de mantener los derechos y obligaciones de los trabajadores de la empresa saliente. Cuando dicha obligación no afecta a la totalidad de la plantilla, sino a una parte de ella, se procede a aplicar criterios de selección. La configuración y aplicación de dichos criterios puede provocar distorsiones en el proceso de selección e incluso conducir a la condena por despido improcedente o nulo a la empresa saliente, a la entrante o a ambas de forma solidaria.

1. Algunos sectores productivos optan, como es sabido, por establecer la subrogación laboral en la negociación colectiva. En ocasiones, los criterios aparecen claramente definidos y, en otras, o no existen o generan serios problemas interpretativos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo del 2018, Ar. 973, resuelve uno de estos supuestos en los que, como consecuencia de una subrogación convencional, la empresa entrante se halla obligada a mantener a un porcentaje de la plantilla de la saliente. Para hacerlo, establece libremente los criterios de selección de los trabajadores que ha de subrogar, indicando que la antigüedad en la empresa saliente podría llegar a alcanzar un máximo de cincuenta puntos sobre un total de cien, si bien se reconocerá la puntuación máxima por ese factor a todos los trabajadores que acrediten más de tres meses de antigüedad en la empresa saliente. Ante la demanda por despido improcedente de los trabajadores no seleccionados, el Tribunal de Justicia presenta decisiones aparentemente

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.

contradictorias, optando en unos casos por declarar responsable a la empresa saliente y, en otros, por imputar la responsabilidad a la empresa entrante.

Con todo, uno de los elementos de debate gira en torno al parámetro de antigüedad empleado en el proceso de selección. En relación con este factor, la sentencia dictada en suplicación sobre la que se pronuncia ahora el Tribunal Supremo reconoce que la empresa entrante ha definido «de manera arbitraria» los criterios de selección, pero considera que tal conducta no se puede valorar como constitutiva de un despido, pues la empresa había aplicado el mismo criterio a todos los trabajadores por igual, contratando a la proporción a la que estaba obligada. En este sentido, subraya que un trabajador no tiene derecho a ocupar una plaza si no se ha superado el proceso selectivo, por lo que no puede aceptarse que se haya producido un despido. Por el contrario, las sentencias de contraste estiman que la forma en que se configuró el elemento de la antigüedad convirtió a este último en un criterio inocuo, con infracción de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación, debiendo calificarse la conducta empresarial de fraudulenta y abusiva y, efectivamente, constitutiva de un despido improcedente. En el supuesto analizado prevalece en suplicación la primera tesis, absolviendo a la empresa entrante y condenando a la empresa saliente por despido improcedente con abono de los salarios de tramitación hasta que la readmisión se produzca, si opta por ella, o al pago de una indemnización, si prevalece esta opción.

2. Existen dos motivos de recurso que merecen ser subrayados. En el primero, la empresa recurrente considera vulnerado el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores por estimar que se ha producido una sucesión de empresas de las reguladas en dicho precepto como consecuencia del cambio en la explotación de la contrata, motivo que es rechazado básicamente por dos razones. En primer lugar, porque nada indicó la empresa al respecto en el escrito de preparación del recurso de casación en el que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 221.2a de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se deben exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, exigencia que no puede considerarse cumplida con la mera cita genérica y amalgamada del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores sin ulterior desarrollo. Y, en segundo lugar, porque la sentencia de contraste no aplica el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para imputar a la empresa codemandada la responsabilidad por el despido del actor, sino el Convenio Colectivo de aplicación, argumentando que éste «habla de subrogación respetando los derechos, lo que no puede olvidar ni dejar de cumplir la recurrente», sin que conste que haya mediado transmisión patrimonial alguna.

En el segundo motivo del recurso, la empresa considera vulnerados los artículos 209 y 305 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el artículo 1278 del Código Civil, en la medida en que la propia empresa recurrida, en la oferta para adjudicarse el servicio de gestión y bajo el apartado «subrogación del personal», se «obliga a dar continuidad al 90 % de los trabajadores que la actual empresa adjudicataria del servicio tuviese adscritos al servicio objeto de contratación subrogándose en todos los derechos y

condiciones que tuvieran contratadas con ella». Pero, en este punto, no aprecia la sentencia la contradicción necesaria para decidir sobre el fondo del asunto, toda vez que la sentencia recurrida no aborda la cuestión que ahora se suscita y la *ratio decidendi* de la referencial no reside en el contenido del pliego de condiciones y de la oferta realizada por la nueva adjudicataria de hacerse cargo de los trabajadores, sino en la forma en que delimitó el factor controvertido y en el deber de subrogación consagrado en el Convenio Colectivo sectorial. El compromiso asumido por la empresa entrante no es otro que «dar continuidad al 90 % de los trabajadores» de la actual empresa adjudicataria del servicio objeto de contratación, subrogándose la nueva empresa «en todos los derechos y obligaciones que tuvieran contraídos con ellos» (FJ 2).

Pues bien, de esta declaración extrae el Tribunal Supremo una doble conclusión, a saber: a) que la empresa ahora recurrida no se obligó a hacerse cargo automáticamente de todo el personal adscrito a la contrata, sino a incorporarlo al proceso de selección para la formación de la plantilla garantizando que un porcentaje de ella estaría formado con trabajadores de la anterior adjudicataria de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación; y b) que a los trabajadores elegidos conforme a lo previsto en dicho precepto no se les contrataría como personal de nuevo ingreso, sino que se les garantizarían todos sus derechos, subrogándose así la empresa entrante en la posición de empresario, yendo más allá de lo estipulado en la norma convencional que se limita a asegurar el mantenimiento de determinadas condiciones.

3. Mas la cuestión controvertida radica realmente en precisar si los criterios empleados por la entrante para la selección se ajustan o no a la legalidad vigente. Como señala la empresa recurrente y admite sin oposición la recurrida, varios de los trabajadores seleccionados por la empresa entrante tenían una antigüedad sensiblemente inferior a la de los trabajadores excluidos del proceso, de forma que, si la empresa hubiese aplicado ese factor de selección en atención al «tiempo de prestación de servicios en la campaña» —que son los términos empleados por la norma convencional—, el trabajador demandante habría resultado seleccionado dado el peso que tiene este criterio en la puntuación final. Junto con esta premisa debe tenerse también en cuenta que, además, la empresa entrante adquirió el compromiso de subrogarse en los derechos y obligaciones del personal de la saliente que resultase elegido, por lo que el proceso de selección no lo fue para llevar a cabo un determinado número de contrataciones *ex novo*, desvinculadas de la previas, sino para formalizar una efectiva subrogación de los trabajadores afectos al servicio en el porcentaje marcado, con independencia de cuál fuese la actuación posterior de la nueva adjudicataria.

En este contexto, la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la configuración del factor «antigüedad» aplicado al proceso de selección contraviniendo la norma sectorial aplicable adquiere connotaciones singulares. Para apreciarlas, el Tribunal Supremo recuerda lo consignado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio del 2013, Ar. 6760, y de 22 de septiembre del 2016, Ar. 4753, en las que también hubo de interpretar este mismo Convenio Colectivo de sector, y lo hizo en el sentido de entender que dicha norma no impone la obligación de subrogación de los trabajadores de la anterior contratista por la nueva empresa que

asume el servicio, sino que esta última se obliga a darles ocupación previa celebración de un proceso selectivo sujeto a unos determinados criterios de baremación. En efecto, «el problema planteado adquiere una dimensión peculiar y más compleja cuando, como sucede en el presente caso, el incumplimiento por la empresa entrante de los criterios por los que debe regirse la selección del personal de la empresa saliente es expresión de una actuación que entraña un manifiesto fraude de ley tendente a perjudicar a los trabajadores de superior antigüedad en el servicio y determina una injustificada pérdida del derecho que les asiste a conservar su puesto de trabajo y ser subrogados por la nueva adjudicataria en todos sus derechos y obligaciones, incluida la antigüedad adquirida a todos los efectos, conforme al compromiso expreso asumido por la misma. En la situación descrita, la única forma de garantizar eficazmente de un lado la consecución de la finalidad perseguida por el Convenio Colectivo sectorial, la vigencia de los principios objetivos de selección que consagra, y el principio de estabilidad en el empleo ínsito en el derecho al trabajo consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución española (SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 192/2003, de 27 de octubre)» (STS de 1 de marzo del 2018, Ar. 973, FJ 3).

Tal solución es necesaria, en la interpretación del Tribunal Supremo, para impedir el fraude de ley que se produciría si se exonerase a la empresa entrante de toda responsabilidad por la pérdida por parte del trabajador demandante de un puesto de trabajo que habría conservado con todos sus derechos si la empresa hubiese actuado correctamente. Y el único modo de garantizar la tutela efectiva que los tribunales deben dispensar pasa por el entendimiento de que, en estas circunstancias, la no contratación y la consiguiente no subrogación del actor por parte de la empresa entrante como consecuencia de su fraudulento proceder constituye un despido carente de justificación cuyas consecuencias legales debe asumir en exclusiva, procediendo la condena por despido improcedente de la empresa entrante y no de la saliente.

4. La antedicha es una solución condicionada por la situación fáctica en la que la concreción de los criterios de aplicación y la conformación del elemento de la antigüedad puede conducir a la exclusión injustificada de algunos trabajadores. Sin embargo, si la precisión hubiera sido mayor y se hubiera efectuado en el ámbito negocial, la solución podría haber sido bien distinta, toda vez que la antigüedad no siempre determina que la persona con más años en la empresa obtenga la mejor puntuación, pues puede ser objeto de concreción: antigüedad en el puesto, en la categoría, en la campaña, en la actividad, en el sector, etcétera, constituyendo todas ellas precisiones válidas para configurar un criterio selectivo.