

Subrogación laboral legal, convencional y contractual: diferentes consecuencias de una misma realidad

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho Laboral de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Sobre las distintas formas de subrogación laboral y sus respectivas consecuencias. Extracto de la ponencia defendida en el Encuentro del Consejo General del Poder Judicial. Magistrados del Tribunal Supremo. Santander, 22 de mayo del 2018.

1. Subrogación legal: el marco legal de referencia en la sucesión empresarial

- 1.1. En principio, y siguiendo la evolución de la jurisprudencia principalmente europea, la normativa aplicable abarca todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa. Y, así, con carácter preliminar, el criterio determinante para decidir si la entidad traspasada mantiene su identidad o no es principalmente que la explotación permanezca o se reanude. Para ello es necesario analizar todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada (tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades o la transmisión de un elemento indispensable para el ejercicio de una actividad como puede

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.

ser, por ejemplo, una licencia). Tales aspectos, por lo demás, no deberán ser apreciados de forma aislada y habrán de ser valorados en función de la actividad ejercida e, incluso, según los métodos de producción o de explotación utilizados en la unidad transmitida. Hasta tal punto es así que no se considera imprescindible para garantizar la continuidad de la actividad (empresarial, industrial, comercial) de la empresa la conservación de la identidad de la unidad que se transmite. Será el vínculo funcional de interdependencia y complementariedad lo que determinará el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida.

Especial atención merece la tesis derivada también básicamente de los pronunciamientos jurisprudenciales europeos que permite aplicar la sucesión empresarial cuando se produce una sucesión en la plantilla, sin necesidad de transmisión de ningún otro elemento material. El volumen de la plantilla integrada constituye un factor relevante, recayendo en un concepto indeterminado como es el de la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior. Por lo tanto, una interpretación como la expuesta deja en manos de la empresa entrante, según decida asumir o no el todo o la mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria. Asimismo, la jurisprudencia europea ha indicado que el ámbito de aplicación de las garantías normativas abarca todo tipo de transmisión sin que la inexistencia de un vínculo contractual entre el cedente y el cesionario revista una importancia decisiva a este respecto, admitiendo la intervención de terceros.

- 1.2. El trabajador subrogado aspira a conservar sus mismos derechos en la empresa entrante, principalmente, el respeto de la antigüedad que, a su vez, se reflejará en los derechos económicos derivados de su prestación laboral (salariales, prestacionales o indemnizatorios). Sin embargo, la Directiva 2001/23, que garantiza el mantenimiento de los derechos laborales en tales situaciones, permite a los Estados miembros limitar al periodo de un año el mantenimiento de los derechos «traspasados» con la transmisión. Cuestión distinta es la traslación que estos periodos tengan a los derechos pecuniarios de los trabajadores tanto en el ámbito remuneratorio como prestacional o indemnizatorio que, en principio, deberán ser conservados sin perjuicio de las vicisitudes posteriores por las que atraviese la relación laboral del trabajador con la empresa entrante porque, lógicamente, dicha garantía no puede impedir que el empresario recurra a los instrumentos que la norma laboral le otorga para modificar, en supuestos justificados, las condiciones de trabajo de los trabajadores en los que se subroga. Sin embargo, circunstancias como haber ideado dichas modificaciones con anterioridad a la transmisión —aun cuando se ejecuten con posterioridad a ella—, no haber integrado en las negociaciones a los representantes de los trabajadores subrogados o no haber respetado un «mínimo cronológico indispensable» para afianzar la relación de estos trabajadores con la nueva empresa pueden conducir a la nulidad de dichas modificaciones.

Por su parte, la empresa entrante manifiesta su inquietud ante las responsabilidades que asume. Una de las principales, la del alcance de una posible responsabilidad solidaria en

sus obligaciones laborales o de Seguridad Social. Y especialmente en lo que se refiere a esta última. Pese a la pendencia de desarrollo reglamentario exigido en las normas de aplicación (arts. 142.1 y 168.1 de la Ley General de la Seguridad Social, particularmente), la Administración de la Seguridad Social expide certificados cuando las empresas quieren transmitir o comprar, a petición de éstas. Ocurre, sin embargo, que en dichos certificados se precisan, habitualmente, dos aspectos; uno, que la empresa «no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social» y otro, que dicha certificación no origina «derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad o prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto». Pese a todo, dichos certificados se utilizan, con distintos resultados, en los procesos de transmisión. Tal inquietud empresarial se acrecienta con la obligada asunción de las deudas por recargo de prestaciones, ahora también transmisibles dado su carácter híbrido (sancionador y prestacional) o ante la situación procesal de la empresa entrante. En muchas ocasiones, la subrogación atraviesa diferentes fases y pudiera ocurrir que una empresa fuera condenada en una instancia y absuelta en otra. Del mismo modo, la empresa entrante puede encontrarse privada del acceso al recurso si las reclamaciones individuales de cada trabajador no superan la cuantía establecida para recurrir en suplicación o en casación.

2. Subrogación convencional: la plena «sustitución» de la ley por el Convenio Colectivo

- 2.1. Es por todos conocida la tesis jurisprudencial mayoritaria que señala que, cuando se impone la sucesión convencional, el régimen aplicable es el del Convenio Colectivo que la establece y no el de la norma legal que la regula. En este caso, la empresa que asume la actividad se hace cargo del personal en cumplimiento de las previsiones convencionalmente establecidas y no por voluntad propia, por lo que no se trata de una sucesión de empresas, sino de los efectos del cumplimiento de una obligación convencional. De hecho, la empresa entrante podría haber empleado a su propio personal o contratar otro nuevo, pero, en aplicación de lo establecido convencionalmente, adquiere la obligación de hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía.

Sólo la inexistencia de los elementos que imponen la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores permitirá avalar la aplicación de estas cláusulas subrogatorias convencionalmente establecidas. La autonomía colectiva decide, en sectores en los que existe rotación en la prestación de servicios (contratas, normalmente) y con poca inversión material, establecer la continuidad en la relación laboral pese al cambio de empresa. El alcance de la obligación lo determinará el propio contenido del Convenio, exigiendo incorporar la totalidad o un porcentaje de la plantilla, con condiciones de antigüedad, previsiblemente, entre otras cosas, para impedir que la empresa saliente contrate a última hora a efectos de traspasar los trabajadores en el momento de la transmisión; e incluso

recogiendo los términos de la subrogación —mantenimiento o no de condiciones laborales o salariales, exoneración de deudas laborales o de la Seguridad Social, respeto o no de las mejoras establecidas por la empresa saliente, compensación en caso de no poder ser integradas en la empresa entrante, etcétera—.

Posiblemente, el hecho de que la empresa entrante quede obligada a incorporar a buena parte de la plantilla de la saliente debería conducir a la aplicación del régimen de sucesión de plantilla (si se transmite una parte «sustancial» de ella) y, por ende, a la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, en la interpretación jurisprudencial, prevalece la fuente de establecimiento obligacional, por lo que primará el régimen establecido en el Convenio Colectivo aplicable. El supuesto tipo suele cumplir con los cánones de la sucesión laboral por sucesión de plantilla, por lo que debería regirse por lo dispuesto, como esta última, en el Estatuto de los Trabajadores (en este sentido, se han planteado cuestiones prejudiciales; por todas, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de enero del 2018, recurso de suplicación 661/2017).

- 2.2. Mas, al margen de esta consideración general, el problema surge cuando, ante una determinada controversia, el Convenio Colectivo aplicable no aporta solución. Cuando esto sucede, debería acudir a las reglas legales de la sucesión laboral —ausentes en la negociación colectiva aplicable, pero presentes en la ley— o eximir del cumplimiento de la obligación a la empresa entrante, toda vez que la fuente de aquélla, a saber, el Convenio Colectivo, no establece su alcance. En coherencia con todo lo expuesto, si se considera que no existe sucesión empresarial por carecer de los requisitos propios del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o porque no se aplique la tesis sobre la sucesión de plantillas, procederá la última solución ante la ausencia de concreción en las cláusulas subrogatorias convencionales.

Con todo, el principal efecto en la subrogación convencional es la previsión de una exoneración de responsabilidad sobre deudas salariales o de la Seguridad Social para la empresa entrante. Si el mandato contenido en el Convenio Colectivo es el que prevalece, esta exoneración alcanzará plenos efectos y la empresa entrante quedará relevada de la responsabilidad en relación con estas deudas, que permanecerán en la saliente. Aunque no es ésta la finalidad de la norma legal ni tampoco del derecho europeo, la opción por priorizar la fuente de la obligación sobre la obligación misma impone el respeto a los términos del Convenio Colectivo que así lo establece. Pero, para alcanzar esta conclusión, se exige salvar algunas líneas jurisprudenciales ya marcadas en la jurisprudencia comunitaria, principalmente. Primero, porque se suele admitir que la Directiva 2001/23 resulta asimismo aplicable cuando la subrogación es convencional, por lo que debería desplegar los mismos efectos que en la subrogación legal. Y, si bien es cierto que se alega que el Convenio Colectivo mejora la regulación en situaciones en las que no sería aplicable la sucesión de empresas al no reunir los requisitos propios de esta última, la mera aceptación de la aplicación de la directiva obligaría a asumir las garantías impuestas en las nor-

mas, esto es, que existe una responsabilidad solidaria entre empresas. Segundo, porque no parece razonable que se asuma la aplicación de las garantías de la norma comunitaria cuando de una subrogación convencional se trata para, después, decidir en dicha negociación que no existe una responsabilidad solidaria entre empresa entrante y saliente, objetivo claro —en ocasiones, único— de la protección dispensada. Y, por último, porque la directiva aludida precisa expresamente aquellos supuestos en los que admite que los Estados miembros modulen, neutralicen o anulen las consecuencias de su aplicación, no encontrándose entre ellos la subrogación convencional y sí, como se comprobará a continuación, la situación concursal de la empresa.

3. Subrogación contractual: acuerdos o adhesiones a las condiciones de sucesión empresarial

- 3.1. Constituye el ámbito concursal, en efecto, un entorno especialmente delicado en la aplicación de las normas y principios sobre los efectos laborales de la transmisión de empresas. Las remisiones de los artículos 146 bis y 149.4 de la Ley Concursal al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para aplicar el régimen de la sucesión de empresa y de éste, a su vez, a la regulación en materia de responsabilidad solidaria respecto de las deudas de Seguridad Social en los artículos 142.1 y 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente, han generado numerosas controversias entre los jueces de lo mercantil y los jueces del orden social, no sólo competenciales sino también sustantivas y procesales, controversias aún subsistentes. Aunque, tras numerosas vicisitudes, parecería admitirse que deberá ser la jurisdicción social la que tenga competencia para decidir sobre la existencia de una sucesión empresarial y, por ende, sobre la subrogación o no de la empresa adquirente de la unidad productiva en materia laboral y de la Seguridad Social, la cuestión no parece definitivamente resuelta, toda vez que los juzgados de lo mercantil siguen defendiendo su competencia. Puesto que el artículo 149.4 de la Ley Concursal no limita la competencia objetiva del juez del concurso, éste deberá pronunciarse sobre los efectos derivados de la venta.

Dicha tesis se cuestiona en el ámbito social, en el que se impide anteponer lo dispuesto en el plan —pactado— de liquidación del artículo 148 de la Ley Concursal sobre las reglas —legales— de liquidación del artículo 149.4. Se deberá rechazar, así, toda oferta de adquisición de unidad productiva en sede concursal con exoneración íntegra de deudas laborales y de la Seguridad Social tras asumir a la totalidad o a parte de la plantilla de la empresa adquirida. De esta forma, el alcance del carácter vinculante del auto dictado en liquidación sólo podrá alcanzar a aquello que permite el citado precepto, a saber, la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones asumida por el Fondo de Garantía Salarial. Amén de la necesidad de diferenciar si lo que se enajena es un «todo» o una «parte». Y, así, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 149.4, cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere este precepto, una entidad económica mantenga su identidad —entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio—, se considerará, a los efectos laborales y

de la Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. Sin embargo, el artículo 149.5 establece que el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados, ya sea de forma separada, ya sea por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial. Ello significa que, cuando la venta productiva implique adjudicar un «todo», deberá aplicarse el artículo 149.4, que impide exonerar deuda alguna, pero, cuando se transmite sólo «una parte», no se trata de una transmisión empresarial, tal y como indica el artículo 149.5, que sí acepta la cancelación de deudas en tal supuesto.

- 3.2. Las dificultades mencionadas se reproducen en el ámbito público, algunas con el mismo cariz que se ha expuesto y otras, con dimensión distinta. Especial significación tiene, en esta línea, el proceso de reversión de los servicios públicos. Por una parte, puede considerarse que no se produce, en tal caso, la transmisión de los sustanciales elementos productivos para el desarrollo de la actividad empresarial. No existe transmisión del conjunto sustancial de elementos productivos que permita observar la actividad como unidad organizada autónoma y susceptible, sin complemento, de desarrollo independiente. Tampoco se aprecia continuidad en la organización del trabajo de las personas que atienden el servicio en tanto en cuanto no se efectúa la contratación de trabajadores *ad hoc*, sino que la principal organiza el servicio con medios personales propios. Pero nada impediría, con los términos expuestos sobre la interpretación efectuada por los tribunales tanto de la normativa europea como de la nacional, aplicar las reglas laborales sobre transmisión de empresas.

En la jurisprudencia del orden social existen una serie de elementos básicos que permiten obtener una aproximación pese a la dimensión casuística de estos supuestos. Por una parte, cuando la empresa que llevaba a cabo la actividad de un servicio mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas decide asumir aquélla y realizarla por sí misma —sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista—, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa. En esta misma línea, la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa conllevará la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Pero mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas cuando ni siquiera se reanudan los servicios propios de la actividad, pues esta circunstancia, como es lógico, constituye un obstáculo para que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial. Y, por último y sólo a efectos ilustrativos, tampoco cabe aplicar la regla subrogatoria cuando revierte un servicio a la Administración, ésta lo desarrolla con sus propios medios materiales y humanos y, con posterioridad, efectúa una nueva adjudicación por cuanto la empresa entrante no podrá subrogarse en los contratos de los empleados públicos.

A estas vicisitudes ahora se añade la interpretación del nuevo artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, que exime a la nueva empresa contratista de las deudas salariales devengadas y no satisfechas a los trabajadores por la anterior, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas de aquéllas, deudas todas ellas que deberán ser abonadas por la empresa contratista saliente, bien es cierto que, todo ello, «sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores», no pudiendo eludir el legislador en su reforma los efectos laborales en la sucesión laboral en la contratación del sector público. El precepto podría introducir, con esta dicción, dos regímenes de responsabilidad diversos, el interno y el externo: este último, derivado de la responsabilidad solidaria que la norma laboral impone en la sucesión de empresas; aquél, como régimen de repercusión interno entre ambos contratistas según el cual el nuevo —en caso de abonar la deuda— exigirá su pago al anterior y, de no satisfacerla éste, la Administración procederá a la retención de las cantidades correspondientes y a la no devolución de la garantía definitiva. Con todo, el alcance de este precepto parece limitado, toda vez que sólo resultará de aplicación cuando no se den las circunstancias descritas en relación con la subrogación legal o convencional, ya que, de ser así, prevalecerá todo lo expuesto anteriormente.

Por el momento, además, las limitaciones presupuestarias impiden incorporar a los trabajadores objeto de subrogación en el ámbito público, ex disposición adicional 26.^a de la Ley de Presupuestos Generales del 2017. La contradicción que supone admitir las reglas de la sucesión laboral pero impedir la incorporación de estos trabajadores en el ámbito público obliga a posibilitar distintas interpretaciones; así, considerar el mantenimiento de las garantías laborales en la empresa saliente; aceptar que, en tales casos, se aplique la categoría de «personal a extinguir»; valorar la integración de dichos trabajadores subrogados en sociedades públicas —existentes o creadas *ad hoc*—, o, en fin, elaborar una nueva categoría, la del trabajador subrogado no empleado público —señálese que lo que la norma inadmite es que los trabajadores provenientes de las contrataciones o de las concesiones «se consideren» o «se incorporen» como empleados públicos, pero no prohíbe que se incorporen al sector público—.

4. Conclusión

En la teoría clásica de los conceptos se defiende que la mayoría de los conceptos tienen una estructura *definicional*. Esto significa que la mayor parte de los conceptos contienen las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Pero existe una vertiente de esta tesis denominada *criteriológica* que afirma que el significado de las palabras remite a un conjunto mínimo de criterios que determinan la extensión de los conceptos. No será necesario que concurren todos y cada uno de los criterios, sino que bastará con aquellos que se estimen mínimos para su precisión. A todo ello se suma la tesis *paradigmática* en la que se entiende que es preciso que exista un acuerdo, no tanto en la aplicación de los conceptos como en la identificación y caracterización de un grupo paradigmático de casos a los que resulte aplicable el concepto. Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, nada de esto ocurre en relación con la sucesión

empresarial en el ámbito laboral. Es difícil precisar cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación; no es posible identificar los criterios mínimos para su determinación, y la reunión de diferentes casos —expuestos aquí por la fuente legal, convencional o contractual de la obligación— no constituye paradigma alguno. Eso no significa que no exista un concepto, sino que, probablemente y pese a todo su desarrollo histórico, aún esté por construir.