

Laboral

Subrogación laboral sin sucesión empresarial supone ausencia de responsabilidad: una cuestión de prueba

El requerimiento de aceptar la subrogación de la plantilla por imposición convencional sin responsabilidad solidaria de la empresa entrante sigue generando problemas interpretativos, resueltos afirmativamente por la jurisprudencia social. La determinación de la prueba por parte del demandante y la fijación de la actividad sobre la mano de obra o la asunción de una parte relevante de la plantilla se mantienen como criterios de referencia.

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Las consecuencias de la subrogación en la plantilla por parte de la empresa entrante ha sido siempre una cuestión polémica, acrecentada por el interés de eludir el régimen legal de la sucesión de empresas en la sucesión de contratas. Aunque el cambio de criterio del Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619, parecía claro entendiendo que, en caso de sucesión de empresas y de subrogación laboral impuesta por un convenio colectivo, el régimen aplicable debe ser el del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (LET) y no el contenido en el convenio (en el que, por regla general, se exime a la empresa entrante de las deudas laborales y de Seguridad Social

de la saliente), los conflictos siguen sucediéndose a juzgar por pronunciamientos como el contenido en sendas sentencias de la misma fecha, en este caso, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre del 2021, Jur. 301761 y 305022.

Y ello porque, en estos casos, la empresa plantea que la mera subrogación convencional de la plantilla no resulta suficiente para aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que exista la secuencia propia de dicho precepto para su aplicación, esto es, la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Sólo en los supuestos en que la plantilla sea la unidad que se transmite y,

por ende, sea el objeto de la transmisión entre empresas, se aceptaría la equiparación entre subrogación laboral y sucesión empresarial porque, de lo contrario, a juzgar por lo expuesto, habrá subrogación laboral, pero no sucesión empresarial en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por lo tanto, este último no resultará aplicable.

Ésta parece ser la tesis que se extrae desde la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619, pero que no siguen ni el Juzgado de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia que resuelve en suplicación en el supuesto que aquí se analiza. Tanto uno como otro, si bien con base en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre del 2018, Ar. 5324, interpretan que el hecho de que exista una obligación convencional de subrogación laboral impone la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en su plenitud y, en consecuencia, también el régimen de responsabilidad solidaria entre empresas. Además, se considera que la subrogación laboral convencional pone de manifiesto que la actividad se basa en la mano de obra y no en la transmisión de bienes materiales porque, aun cuando en el caso concreto se trate de contratas de ambulancias para el traslado de los pacientes, se estima que no sólo se requieren los vehículos de transporte para desarrollar la actividad, sino que el personal de conducción es relevante, tal y como se deriva de la cláusula que obliga a la empresa entrante a subrogarse en la plantilla de la empresa saliente.

Pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre del 2021, Jur. 301761 —se considerará ésta como referencia, siendo la otra de idéntica factura—, no estima acreditado que la empresa entrante haya

asumido una «parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de la contrata, ni tampoco de los elementos materiales», en los términos exigidos en su día por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619 (FJ 8), y reproducidos ahora por esta nueva decisión (FJ 4). En consecuencia, si no se demuestra la existencia de una transmisión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, tampoco podrá derivarse una responsabilidad solidaria para la empresa entrante, aceptando que existe una subrogación laboral sin sucesión empresarial.

2. Pareciendo clara, pues, la doctrina de la Sala de lo Social, ¿por qué siguen los tribunales del orden social aplicando el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando se produce una subrogación convencional? Quizá porque la secuencia judicial en el orden social presente aún algunas dudas, aunque la conclusión —como se ha expuesto— resulte evidente.

Si ante una subrogación convencional se exige, para la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que además exista transmisión de empresas —en cuanto transmisión que «afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio»—, ¿para qué se necesita una subrogación convencional? Porque, si de lo que se trata es de exigir que, además de la subrogación, se den los requisitos propios de la sucesión de empresas contenidos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, entonces el convenio colectivo no añade nada. Si hay transmisión de empresas, hay subrogación laboral y, por ende, el mencionado

artículo 44 se aplicará en todos sus términos. Lo que parece añadir el convenio colectivo al imponer una subrogación laboral es precisamente que, aunque no se cumplan los requisitos propios de la transmisión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se imponen sus consecuencias. El régimen convencional mejora el régimen legal y permite que se aplique la garantía legal aun cuando en el supuesto convencional no se aprecien los requisitos propios de la transmisión de empresas porque, de apreciarse, la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resultaría ineludible.

Antes de que la Sala de lo Social modificara su criterio en torno a esta cuestión, sus pronunciamientos (por todos, STS de 7 de abril del 2016, Ar. 1702) venían considerando que, en caso de subrogación convencional, no debía operar la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que se hubiera producido una transmisión de activos patrimoniales o una sucesión de plantillas en los sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra [«por tanto, la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del convenio colectivo, lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa» (FJ 4)]. En consecuencia, la subrogación debía producirse en virtud y en los términos previstos en el convenio colectivo aplicable, rigiéndose por el régimen convencional y no por el legal, toda vez que la decisión empresarial no respondía a su voluntad, sino a una obligación del convenio aplicable.

Mas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 julio del 2018, asunto Somoza, C-60/17, originó el cambio de doctrina recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619. También la primera cuestionaba la concurrencia entre el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y un precepto del convenio colectivo que obligaba a la empresa entrante a subrogarse en los contratos a partir de la sucesión, esto es, eximiendo a aquélla de cualquier obligación surgida con anterioridad. Y, como ya había expresado previamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero del 2002, asunto Temco, C-51/00, el tribunal entendería que el hecho de que la subrogación viniera impuesta por el convenio colectivo no suponía una limitación de la responsabilidad de la empresa en cuanto a las obligaciones derivadas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores porque la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo), relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, también debía aplicarse en estos supuestos. Ahora la situación es idéntica: el convenio reconoce la subrogación laboral, pero eximiendo a la empresa entrante de cualquier responsabilidad por deudas anteriores. Y la solución se asemeja mucho a la anterior.

3. Obviamente, cuando se considera que la actividad de la empresa recae sobre la plantilla y, por tanto, la «entidad económica» susceptible de transmisión es precisamente la mano de obra, la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se impone, independientemente de lo que establezca el convenio colectivo. No en vano, así lo precisaron estos pronunciamientos de la justicia europea al interpretar que la plantilla puede ser una entidad económica

susceptible de transmisión [«De ello se deduce que la identidad de una entidad económica como la controvertida en el litigio principal, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puede mantenerse si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de esa entidad» (apdo. 37, STJUE de 11 julio del 2018, as. Somoza, C-60/17)]. Es cierto que, tras los diferentes pronunciamientos de la justicia europea en este sentido, han sido los convenios de los sectores cuya actividad se basa principalmente en la mano de obra los que han optado por recoger esta obligación, en cierta medida para evitar que la mera selección de trabajadores (el *quantum*) por parte de la empresa entrante permitiera eludir la aplicación del régimen de sucesión de empresas ante una subrogación laboral. Este régimen, por cierto, también ha sido interpretado de manera laxa por la justicia europea en su comprensión de la definición de *transmisión de empresas* (SSTJUE de 19 de octubre del 2017, as. Securitas, C-200/16, de 26 de noviembre del 2015, as. Aira Pascual, C-509/14, de 20 de enero del 2011, as. CLECE, C-463/09, entre otras).

Mas lo único que hacen estos convenios es testar e identificar que la mano de obra constituye un elemento esencial para la continuidad de la actividad porque, de lo contrario, el empleador —parte del convenio— no limitaría su libertad empresarial con la obligación de subrogarse en la plantilla de otra empresa. Si el convenio opta por la subrogación de la plantilla es porque convierte a ésta en una «entidad» susceptible de transmisión que mantiene su «identidad» y, precisamente por eso, el empleador se subroga y se aplica el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Antes podría defenderse que no se aplicara este artículo 44 y sí el régimen recogido

en el propio convenio —normalmente con la exoneración de la responsabilidad de la empresa entrante—, pero ahora no. Efectivamente, y como señaló el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619, esta interpretación puede tener el efecto perverso de que los convenios no impongan la subrogación, la plantilla no continúe, no se garantice la estabilidad y los trabajadores pierdan sus puestos de trabajo. Una consecuencia más que probable. Pero cuando el convenio sectorial opta por la subrogación de la plantilla, la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores parece inevitable por cuanto, de exigirse la transmisión de elementos patrimoniales, la determinación convencional deviene innecesaria.

En el ámbito laboral, la mera transmisión de la empresa no tiene ninguna significación, si no es por las consecuencias subrogatorias que conlleva. Se podrá producir o no una subrogación (una sustitución de la figura del empleador en el contrato de trabajo), pero, si se produce, los efectos que plantea el legislador son los derivados del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Ésa es la finalidad a la que responde este precepto trasladando el requerimiento europeo de la Directiva 2001/23. Porque admitir que se efectúa una subrogación (sustitución del empleador) sin más, significaría aplicar lo dispuesto en el artículo 1210 del Código Civil sin otra consecuencia que la sustitución del anterior en derechos y obligaciones sobre el contrato a partir de la fecha de la subrogación. Mas no es ésa la pretensión de la legislación laboral que, en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, dispone un régimen jurídico propio para la subrogación de un empleador en la posición de otro. No en vano, en el ámbito laboral, si se cambia la figura del trabajador en el

contrato de trabajo, no sirve el mismo contrato, hay que firmar otro distinto —el de interinidad, por ejemplo—, pero con el nuevo trabajador y sin utilizar el del trabajador sustituido. Pero si se sustituye la figura del empleador, entonces opera el régimen jurídico del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores con todas sus consecuencias (reconocimiento de antigüedad, mantenimiento del convenio aplicable, aceptación de mejoras voluntarias y también la responsabilidad solidaria de las empresas por incumplimientos laborales o de Seguridad Social). Cosa distinta es que se concluya que no existe sustitución de una empresa por otra, sino que hay una nueva empresa, nueva contratación, nuevas condiciones. Ahora bien, si se efectúa la subrogación del empleador, entonces la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se impone. Y, en principio, con plenitud de efectos, sin que sea posible decidir que la subrogación lo es sólo en parte: sí para la antigüedad, pero no para el convenio aplicable; sí para el salario, pero no para las mejoras; sí para los representantes de los trabajadores, pero no para la jornada, etc. Por eso, aceptar su aplicación sin el régimen de responsabilidad empresarial podría cuestionar su encaje en la legislación europea.

No en vano, esa obligación de subrogación adoptada en el seno de la negociación colectiva en que se halla representada la empresa constituye ya un elemento de transacción o transmisión entre la entrante y la saliente pues, de lo contrario, la entrante podría operar o con sus propios trabajadores o con trabajadores de nueva contratación y con nuevas condiciones, pero no lo hace porque no puede hacerlo, dado que ha decidido obligarse, en el ejercicio del derecho de su autonomía colectiva —y, por tanto, voluntariamente— a asumir la plantilla

de la empresa saliente. Una tesis distinta que admitiera que la subrogación convencional de la plantilla constituye un mero requisito formal que implicara aceptar a los trabajadores sin ninguna responsabilidad empresarial más allá de la propiamente contractual desde que se produjera la subrogación supondría vaciar de contenido el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores e incluso generaría dudas sobre el cumplimiento de la legislación europea (en los términos expuestos) pues, si lo que se pretende es evitar la responsabilidad solidaria en obligaciones laborales o de Seguridad Social, pero existe una obligación convencional de subrogarse en la plantilla, bastará con no aceptar medios materiales de la empresa saliente y reponerlos por los propios o por nuevos adquiridos por la empresa entrante. Así, en el supuesto que nos ocupa, si lo determinante para la Sala de lo Social son las ambulancias que trasladan a los enfermos, la entrante podrá adquirir nuevas ambulancias —incluso subcontratarlas—, evitando con ello fácilmente la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Y, en la hipótesis de que la saliente «obligara» a la entrante a quedarse con el activo como condicionante de la transmisión, bastaría con que la entrante capitalizara el coste de esta «obligación», se lo abonara a la saliente y sustituyera los medios materiales. Así, la empresa entrante eludiría cualquier responsabilidad solidaria, pese a la subrogación laboral de la plantilla de la empresa saliente.

4. No es ésta la interpretación seguida por la Sala de lo Social, al menos no en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre del 2021, Jur. 301761 y 305022, y en su referente, la Sentencia del mismo tribunal de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619. Se reafirma así la Sala en las conclusiones

de esta última, a saber: a) hay 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 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; c) cuando (como en el caso) 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 (FJ 8).

Dejando al margen el primero y el último de los apartados —con una consecuencia lógica, esto es, que, si se transmite una entidad económica, existe una transmisión de empresas—, los dos centrales merecen una consideración especial. Y es que ambos precisan la necesidad de asumir una «parte relevante» de la plantilla. Es previsible que, cuando se impone una subrogación en el ámbito convencional —también si se hace en términos contractuales, salvo que se permita la selección de trabajadores—, se establezca para la totalidad de la plantilla de la empresa saliente (en el caso de autos y de acuerdo con el convenio aplicable, «la nueva empresa adjudicataria o contratista estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese servicio»). De ahí que la «parte relevante» del personal adscrito a la contrata será todo el personal, pues precisamente para eso se incluye en el

convenio la obligación de subrogación de la empresa entrante. Ahora bien, si no se cumple, si la empresa entrante considera que no está afectada por el convenio, si el convenio admite un margen de maniobra o cualquier otra vicisitud, entonces sí podrá acudir a la tesis que cuantifica el número de los trabajadores que asume la empresa entrante para determinar si existe o no sucesión empresarial por subrogación.

Por eso interesa destacar la relevancia del elemento probatorio en cualquier asunto, pero especialmente en el que nos ocupa. Porque, en anteriores ocasiones (STS de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619, o STS de 25 de octubre del 2018, Ar. 5324), la condena por responsabilidad solidaria vino motivada al no haberse afirmado nada «respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes, etc.) [por lo que] hemos de operar en el entendido de que lo esencial del caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza». Porque, salvo prueba en contrario, la empresa «ha asumido, de acuerdo con el convenio, una parte significativa de la plantilla adscrita a la contrata de que venimos hablando» (STS de 27 de septiembre del 2018, Ar. 4619, FJ 8). Y, ahora, la exención de dicha responsabilidad solidaria, pese a la existencia de una subrogación laboral, se impone porque el trabajador «basó genéricamente su pretensión en lo dispuesto en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, sin concretar en su demanda si la actividad de la empresa, dedicada al transporte de enfermos o accidentados en ambulancia, requería necesariamente medios materiales y, de ser así, si los medios de la empresa saliente

fueron transmitidos a la entrante. Tampoco alegó que la actividad de la empresa pivotaba esencialmente sobre medios personales y, de ser así, si se subrogó o no en la mayor parte de la plantilla. En la ratificación de su demanda no aclaró ninguno de esos extremos, ni intentó probarlos de ningún modo» (FJ 5).

En consecuencia, la subrogación laboral convencional no conllevará responsabilidad de la empresa entrante, con independencia de los términos en que se desarrolle

el régimen jurídico de ésta en el convenio colectivo —o en el acuerdo de transmisión empresarial—, si se prueba —en principio, por el demandante, aunque sería aconsejable que la demandada lo incluyera en su defensa— que la actividad no recae en la mano de obra —incluso si la empresa entrante se halla obligada por convenio a subrogarse en la plantilla— «y» (o, tal vez, «o») se demuestra que no se ha producido la transmisión de ningún elemento esencial para la continuidad de la actividad manteniendo su identidad.