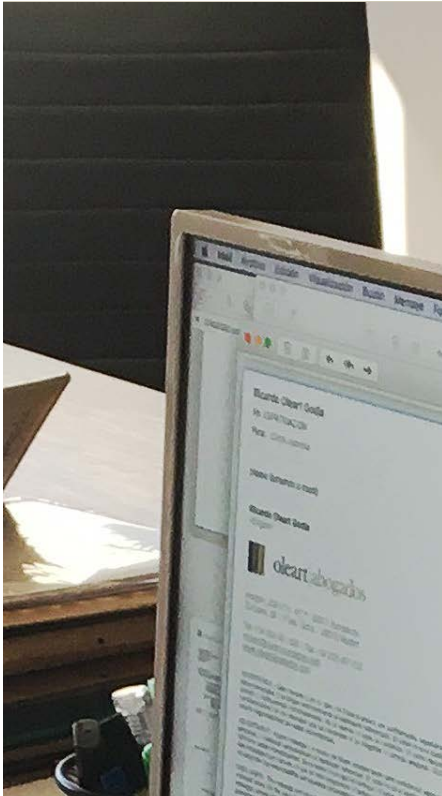


LA SUBROGACIÓN PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO Y LA DIRECTIVA SOBRE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS (A propósito de la STJUE de 11 de Julio de 2018)



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto recientemente la primera de las diversas cuestiones prejudiciales que tiene planteadas sobre la aplicabilidad de la Directiva 2001/23 CE, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y de las garantías en ella prevista a los supuestos de sucesión de contratistas en los que es el Convenio Colectivo aplicable el que prevé la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del anterior. Aunque en esta primera Sentencia no se resuelven todas las cuestiones que el asunto suscita, sí se sienta importante doctrina que conviene tener muy en cuenta, pues, entre otras cosas, muy probablemente obligará a modificar o cuando menos a matizar significativamente la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Los hechos que dan lugar al pronunciamiento europeo son, en síntesis, los siguientes:

- El demandante en el litigio principal trabajaba como vigilante de seguridad para una empresa adjudicataria del servicio de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela.
- En Octubre del 2012 este servicio se adjudicó a una nueva empresa, que a partir de esa fecha se subrogó en las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo de los trabajadores de la primera.
- Con ocasión de la subrogación, la segunda empresa adjudicataria del servicio advirtió al luego demandante que, de acuerdo con el Convenio de las empresas de seguridad, las diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias concedidas por la primera empresa durante los años 2010 a 2012 y pendientes de cobro debía abonarlas ésta última.

- Al negarse las dos empresas a abonar al trabajador las cantidades reclamadas, éste presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago. Este órgano jurisdiccional estimó parcialmente la demanda presentada y, sobre la base del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, condenó a las dos empresas al pago solidario de las deudas.

- La segunda empresa recurrió sin embargo la sentencia por entender que la disposición aplicable no era el art. 44 del Estatuto sino el art. 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad, que obliga a la empresa adjudicataria a subrogarse en los derechos y obligaciones de la sociedad cedente derivados de los contratos de trabajo, pero únicamente desde la fecha de la adjudicación, eximiendo al nuevo contratista de las obligaciones anteriores a ella.

Así las cosas, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a la vista de la doctrina dictada por el Tribunal Supremo sobre el particular, decide plantear una cuestión prejudicial. En efecto, el planteamiento de la cuestión bien mirado no versa tanto sobre el derecho comunitario o sobre el art. 44 del Estatuto sino sobre la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de estas normas. Por ello, previo al planteamiento de las cuestiones prejudiciales, el Tribunal expone la jurisprudencia española. En efecto, el Tribunal Supremo ha declarado en ST de 7 de abril de 2016 que en los supuestos de sucesión de contratistas, como las relativas a la prestación de servicios de seguridad privada, la subrogación no opera en virtud del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una sucesión de plantillas en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. En estos supuestos, la subrogación se produce en virtud del convenio colectivo aplicable. Aquí, en efecto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión de plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata, sino que es resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable, que le obliga a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata. Como último presupuesto al planteamiento de la cuestión prejudicial, el auto recuerda que el Tribunal Supremo ha considerado que la doctrina de la STJCE de 24 de enero del 2002 (caso TEMCO) no se opone a esta conclusión pues, a su juicio, la subrogación impuesta por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad no se deriva de una situación comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 o del art. 44.

Sobre la base de estos elementos, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Es de aplicación la Directiva a los supuestos de sucesión de contrata en los que “la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones) y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada a la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo (de las empresas de seguridad)?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a este interrogante, cuando la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen

su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones no se aplica cuando la subrogación vino impuesta por el convenio de sector y dicho convenio excluye la solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?

El Tribunal europeo se limita a responder en su sentencia a la primera cuestión planteada por entender, aceptando en este punto las alegaciones del Gobierno español, que la segunda versa sobre el examen de conformidad de una disposición de un convenio colectivo con una disposición legislativa nacional, lo que requiere valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el Derecho interno, que no es competencia del Tribunal de Justicia.

En realidad es la primera cuestión la verdaderamente relevante por cuanto atañe al concepto de sucesión de empresa de la Directiva y a su ámbito de aplicación y, de rebote, a los del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Para responder a la misma, como es habitual, el Tribunal empieza recordando su jurisprudencia previa, conforme a la cual:

- 1) La Directiva 2001/23 es aplicable en todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa. Por lo tanto, para que la Directiva se aplique no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero.
- 2) La inexistencia de vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha confiado sucesivamente la vigilancia de las instalaciones resulta irrelevante para determinar si la Directiva es aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal.
- 3) Para que la Directiva sea de aplicación, la transmisión debe tener por objeto una “entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”. Para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los 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, debiendo apreciarse estos elementos en el marco de una evaluación conjunta de las circunstancias del caso.
- 4) En particular, el Tribunal de Justicia ha considerado que, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, pues la importancia que debe atribuirse a los distintos elementos que determinan la existencia de una transmisión varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate.

5) El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos. En efecto, “en la medida en la que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, el Tribunal entiende que “una actividad de vigilancia de un museo, como la que es objeto del litigio principal, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate”. “A este respecto, en la resolución de remisión se indica que, para desempeñar las actividades de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela”, la nueva contratista “se hizo cargo de los trabajadores que” la primera “destinaba a estas actividades”. De lo que “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”.

La conclusión de todo este análisis es que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 “debe interpretarse en el sentido de que esta 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 esta 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”. Y ello aunque la segunda contratista se viera obligada por el Convenio de empresas de seguridad a hacerse cargo del personal de la primera pues “dicha circunstancia no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica”.

Hasta a aquí los términos de la sentencia, que merece algún comentario. En realidad, bien mirado, el contenido de la misma es escasamente innovador, pues en ella el Tribunal no hace sino reiterar su tradicional doctrina: en aquellos supuestos en los que la actividad empresarial descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, se transmite la actividad y el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial del personal adscrito a la actividad en cuestión, opera la sucesión de empresas y es de aplicación la Directiva. La novedad viene dada porque con su reiteración para un caso

de sucesión convencional de contratas, el Tribunal de Justicia viene a desautorizar la construcción del Tribunal Supremo que, aprovechando las contradicciones y fisuras de la doctrina europea, para la que la sucesión de plantillas es a la vez causa y consecuencia de la sucesión de empresas, venía afirmando que en estos supuestos la subrogación del nuevo empresario en los contratos laborales del anterior era fruto no de la Directiva ni del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores sino de la previsión del Convenio colectivo, al que reconocía márgenes para determinar un régimen de responsabilidades propio. Pues bien, en adelante si se dan los dos presupuestos, preponderancia de la mano de obra en la actividad y sucesión de plantilla, aunque la sucesión se produzca porque la prevé el convenio, queda claro que estamos ante un supuesto de sucesión de empresa de los regulados por la Directiva y van a ser de aplicación la Directiva y, en particular, la ley que la traspone en todos sus términos.

Obviamente esta doctrina no afecta para nada a aquellos sectores de actividad en los que la mano de obra no desempeña un papel preponderante, como es el caso, por ejemplo, de las empresas de transporte, respecto de las cuales el Tribunal ha dicho que no nos encontramos en un sector en el que la actividad económica descansa exclusiva o predominantemente sobre la mano de obra (STJCE de 25 de enero de 2001). En tales casos, si la sucesión de contratas no se acompaña de la transmisión de elementos patrimoniales que hagan reconocible la unidad productiva, no estaremos ante un supuesto de transmisión de empresa de los regulados por la Directiva y por el art. 44 del Estatuto. En estos casos, en los que no opera una subrogación ex lege, puede sin embargo el Convenio colectivo prever una subrogación convencional y seguir determinando con libertad su régimen jurídico, por ejemplo limitando las responsabilidades del segundo contratista a las contraídas con posterioridad a la subrogación. No obstante, a nadie se le escapa que la tendencia ya apreciable en la jurisprudencia de suplicación a aplicar en todos los supuestos de subrogación empresarial, legal o convencional, el art. 44 del Estatuto en su totalidad, puede verse fortalecida con esta decisión del Tribunal europeo, por lo que conviene pensarse dos veces cualquier nueva previsión convencional de subrogación para los supuestos de sucesión de contratas.

En efecto, la sentencia europea, que parece abundar en la protección de los trabajadores, puede tener un efecto boomerang, pues paradójicamente puede contribuir a reducir los supuestos en los que convencionalmente se prevea la subrogación del nuevo contratista en los derechos y obligaciones laborales del anterior respecto de los trabajadores adscritos a la contrata. No es difícil imaginar que en la negociación de convenios futuros y, específicamente, de la previsión en ellos de cláusulas de subrogación para los casos de sucesión de contratas, los riesgos que para las empresas derivan de esta sentencia van a estar muy presentes.

Esta comunicación es parte de una selección de las noticias y normativa que se han considerado relevantes sobre los temas de referencia y no pretende ser una recopilación exhaustiva de todas las novedades del período.

La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

En la confianza estos comentarios sean de utilidad, si tienen cualquier duda sobre la información aquí reflejada póngase en contacto con oleartabogados@oleartabogados.com y en breve nos pondremos en contacto con Vdes.