

Sucesión de contratas y transmisión de empresa: determinación de la empleadora que debe hacerse cargo de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *En un supuesto de sucesión de contratas, no constitutivo de transmisión de empresa con arreglo a la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 ET, donde la empresa saliente es un centro especial de empleo y la entrante una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio, sin que exista convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad objeto de la contrata, la subrogación empresarial no puede imponerse por el convenio colectivo de centros especiales de empleo a la empresa entrante, al no estar incluida en su ámbito funcional, por lo que es la empresa saliente la que debe hacerse cargo de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido.*

Palabras clave: *Sucesión de contratas. Transmisión de empresa. Centros especiales de empleo. Empresas multiservicio. Convenio colectivo.*

Abstract: *In a case of succession of contracts, that is not a transfer of undertaking according Directive 2001/23/EC and art. 44 ET, where the outgoing company is a special employment center and the incoming company is a multi-service company without own collective agreement, and there isn't any sectoral collective agreement applicable to the activity that is the subject of the contract, business subrogation cannot be imposed by the collective agreement for special employment centers to the incoming company because it is not included in its functional scope.*

Keywords: *Succession of contracts. Transfer of undertaking. Special employment centers. Multi-service company. Collective agreement.*

I. Introducción

Nuestra jurisprudencia viene manteniendo desde hace tiempo, en consonancia con doctrina reiterada del TJUE, que la sucesión de empresa procede, no solo cuando existe transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos de continuidad en la actividad empresarial en los que el nuevo adjudicatario del servicio asume una parte significativa de la plantilla de la empresa saliente (sucesión de plantillas)^[1]; pero si no hay transmisión patrimonial –hecho frecuente en actividades que no precisan para su desenvolvimiento una infraestructura importante- y la nueva contratista tampoco se hace cargo de los trabajadores de la anterior, la sucesión ex art. 44 ET es inexistente^[2]. También se ha precisado que en aquellas actividades que no descansan fundamentalmente en mano de obra, la mera asunción por la nueva adjudicataria de un número relevante de personas que vinieran trabajando para la anterior no basta para apreciar la existencia de sucesión empresarial, siendo necesaria la transmisión de activos (materiales o inmateriales)^[3].

En el supuesto ahora considerado por la Sala Cuarta del TS, lo que procede determinar es si ha existido subrogación, no por imperativo legal (cosa que se descarta), sino por imposición de algún convenio colectivo (sucesión convencional). La clave estriba entonces en identificar cuál sea, si es que existe, ese convenio colectivo, en un caso en el que la empresa saliente es un centro especial de empleo, pero la entrante es una empresa multiservicios que no reviste tal condición jurídica. La cuestión es relevante porque, si se entiende que la empresa entrante no está obligada a subrogarse, será la saliente la que tenga asumir las consecuencias de la extinción improcedente de los contratos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social

Número de resolución judicial y fecha: 286/2022, de 30 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: rcud. núm. 2375/2020.

ECLI: ES:TS:2022:1246

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema litigioso que se dirime en la sentencia objeto de este comentario consiste en determinar si existe o no sucesión de empresas cuando en un relevo de contratistas en el sector público se dan las siguientes circunstancias: a) la empresa saliente es un centro especial de empleo, b) la empresa entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio, y c) no existe convenio sectorial aplicable a la actividad objeto de la contrata (las trabajadoras demandantes fueron contratadas para trabajar en un centro de trabajo de la empresa principal, el CSIC, como porteras-recepcionistas).

Cuando se produce el cambio de adjudicataria, la empresa saliente, un centro especial de empleo adscrito al XIV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, proporciona a la entrante la documentación prevista en el art. 27 del referido convenio, a fin de que la misma pueda subrogarse en los contratos del personal que venía desarrollando el servicio de portería-recepción en el marco de la contrata.

La empresa entrante rechaza subrogarse en la relación laboral que la empresa saliente mantenía con las personas trabajadoras que venían prestando sus servicios en el centro objeto de la adjudicación, aduciendo que: a) carece de la calificación de centro especial de empleo, pues se trata de una empresa multiservicios; b) no existe convenio colectivo sectorial que imponga el deber de subrogación; c) no estamos ante el supuesto de transmisión legal del art. 44 ET.

El Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid dicta sentencia estimando parcialmente la demanda por despido interpuesta por cuatro empleadas de la primera contratista contra su empleadora, contra la empresa principal y frente a la nueva adjudicataria del servicio, condenando a la última a pasar por las consecuencias de declaración de improcedencia de los despidos al no haberse subrogado en los contratos, con absolución de las otras dos codemandadas.

Este pronunciamiento fue recurrido en suplicación, dictándose por el TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sentencia de fecha 22 de mayo de 2020, que absuelve a la empresa entrante, confirma el pronunciamiento absolutorio respecto de la empresa principal y condena a la empresa saliente a estar y pasar por las consecuencias de la

declaración de improcedencia del despido establecidas en la sentencia de instancia. Argumenta el Tribunal que la nueva adjudicataria es una empresa multiservicios en la que no consta cuál es la actividad preponderante, que no ha tenido lugar una sucesión legal amparada en el art. 44 ET, y que tampoco existe previsión convencional aplicable en este caso que imponga la subrogación.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa saliente.

IV. Posición de las partes

1. Posición de la parte recurrente

El centro especial de empleo recurrente formula un único motivo de recurso en el que denuncia la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 27 del XIV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y con el art. 130.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, alegando que la empresa entrante debe subrogarse en las relaciones laborales de las demandantes.

2. Posición de la parte recurrida

El Abogado del Estado y la nueva contratista presentaron escritos de impugnación del recurso, negando que concurra el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial, y argumentando que la sentencia impugnada no vulnera las normas invocadas por la parte recurrente.

3. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal informa en el sentido de que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción o, subsidiariamente, declarado improcedente.

4. La existencia de contradicción

La parte recurrente aporta como sentencia de contraste una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, de 22 de junio de 2017.

Tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se enjuicia el despido de empleados de un centro especial de empleo que estaban prestando servicios de portería en virtud de una contrata. La nueva contratista era una empresa multiservicios, que se negó a subrogarse en sus relaciones laborales. Los trabajadores formularon demanda de despido contra el centro especial de empleo y la empresa multiservicios. La sentencia recurrida niega que se haya producido sucesión empresarial, por lo que condena al centro especial de empleo; mientras que la sentencia referencial sí que considera que existió una sucesión empresarial, condenando a la empresa multiservicios y absolviendo al centro especial de empleo. Se observa que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales la sentencia recurrida y la de contraste llegan a pronunciamientos distintos que deben ser unificados.

V. Normativa aplicable al caso

- Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

- Art. 44 ET.

- Art. 27 del XIV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 04.07.2019), que establece, como mecanismo de estabilidad en el empleo, la obligación, para quienes sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, de subrogarse en los contratos de trabajo de las personas

trabajadoras que estuvieran adscritas a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en dicho artículo.

- Se descarta la aplicación al supuesto enjuiciado del art. 130.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por haberse producido el cambio de contratista antes de su entrada en vigor.

VI. Doctrina básica

La doctrina jurisprudencial sostiene que, cuando se produce una sucesión en una contrata, pública o privada, en la que la empresa saliente tiene la condición de centro especial de empleo y la empresa entrante no, actúa la subrogación contractual cuando así lo disponga el convenio colectivo sectorial que rige la actividad objeto de la contrata, en cuyo caso la empresa entrante deberá asumir a las personas trabajadoras con discapacidad de la empresa saliente, que sí ostenta la referida condición^[4]. Y lo mismo sucede en el caso contrario: si una empresa reconocida como centro especial de empleo concurre a una contrata de limpieza, actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, por lo que se le aplica la cláusula de subrogación por sucesión de contratas prevista en el convenio colectivo de esa actividad, aunque ello implique la asunción de trabajadores sin discapacidad de la empresa saliente que no tiene la condición de centro especial de empleo^[5].

En el supuesto enjuiciado por la STS 286/2022, se da la circunstancia de que la empresa entrante es una empresa multiservicios que no dispone de convenio colectivo propio, teniendo la contrata como objeto el servicio de portería-recepción de un centro dependiente del CSIC al que no resulta aplicable, conforme a las reglas establecidas en el Título III del ET, ningún convenio colectivo sectorial.

En el contexto descrito, no opera el mecanismo subrogatorio. De un lado, no puede declararse la existencia de sucesión legal, al amparo del artículo 44 del ET (que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/23/CE) al no haberse acreditado la transmisión de una unidad productiva autónoma entre la empresa saliente y la entrante (no ha operado la sucesión de plantillas, pues, tratándose de una actividad “desmaterializada”, la nueva contratista no se ha hecho cargo de una parte significativa del personal que venía atendiendo el servicio). De igual forma, aunque se solicite la aplicación de la subrogación contractual al amparo del artículo 27 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, esta pretensión no puede atenderse, ya que dicha norma colectiva se aplica a los centros especiales de empleo, condición que no reviste la empresa entrante (una empresa multiservicios); y no existe ningún otro convenio sectorial que pueda aplicarse a la actividad objeto de la contrata, por lo que tampoco opera en este supuesto la sucesión convencional, y es la empresa saliente (el CEE) la que debe hacerse cargo de las consecuencias inherentes a la declaración de improcedencia de los despidos de las trabajadoras demandantes.

VII. Parte dispositiva

En la sentencia objeto de este comentario, la Sala Cuarta acuerda:

“1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados, Centro Especial de Empleo SL, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de mayo de 2020, recurso 1317/2019.

2.- Con imposición de costas a la parte vencida en la cuantía de 1.500 euros por cada una de las impugnaciones verificadas. Se acuerda la pérdida de los depósitos y el mantenimiento de las consignaciones para recurrir, a los que se dará el destino legal.”

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos medulares que determinan la decisión del recurso se contienen en el apartado 4 del FJ 3 de la sentencia que se comenta. Son:

- “En el supuesto enjuiciado, la empresa entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio. La contrata tenía como objeto el servicio de portería-recepción de un centro de física. Su objeto no consistía en la prestación de servicios de limpieza, ni de jardinería, ni de seguridad privada, por lo que no resulta aplicable ningún convenio colectivo sectorial.”

- “La parte recurrente solicita que se declare la aplicación de la subrogación contractual al amparo del art. 27 del XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Pero dicha norma colectiva se aplica a los centros especiales de empleo, condición que no tiene la empresa entrante, por lo que no opera la sucesión convencional.

- “Tampoco puede declararse la existencia de sucesión legal, al amparo del art. 44 del ET, al no haberse acreditado la transmisión de una unidad productiva autónoma entre la empresa saliente y la entrante.”

IX. Comentario

No operando la sucesión en los contratos de trabajo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE y en el art. 44 ET, que constituye vía preferente e indisponible, habrá de estarse a lo previsto en el convenio colectivo que resulte de aplicación, el cual puede imponer a las empresas incluidas en su ámbito funcional (pero no a otras) la obligación de subrogarse en las relaciones laborales de las personas trabajadoras que vinieran realizando el servicio para la contratista saliente, en los términos y condiciones que la propia regulación convencional establezca.

La clave reside, por tanto, una vez descartada la existencia de sucesión de empresa *ope legis*, en determinar si, subsidiariamente, dicha subrogación ha actuado por vía contractual o convencional, problema que la Sala Cuarta afronta y resuelve de forma certera en esta sentencia.

A este respecto, se indica que el art. 1.1 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, vigente en la fecha de autos, delimitaba su ámbito funcional expresándose en los siguientes términos:

“El presente convenio regula las condiciones de trabajo entre las empresas y los trabajadores y trabajadoras de los centros de trabajo, de titularidad privada, y de los servicios de atención a personas con discapacidad que tienen por objeto la atención, diagnóstico, rehabilitación, formación, educación, promoción e integración laboral de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, independientemente de la fórmula de financiación de las plazas disponibles (concertadas, subvencionadas, totalmente privadas o mixtas) así como las asociaciones e instituciones constituidas con esa finalidad.”

Por otro lado, en su art. 27, el citado convenio disponía lo siguiente en materia de subrogación empresarial:

“Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.”

La empresa que releva al CEE en la prestación del servicio de portería-recepción es una empresa multiservicios, no incluida en el ámbito de aplicación del XIV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, por lo que acierta de lleno la Sala Cuarta al concluir que no queda vinculada por el compromiso de subrogación que establece dicho convenio. El hecho de que la empresa saliente sí se hubiera subrogado en su momento en los contratos del personal de la anterior empresa encargada de gestionar el servicio, por aplicación del citado art. 27, no implica que la nueva empresa deba hacer lo mismo, toda vez que no reviste la condición de CEE.

Pero podría ocurrir que el deber de subrogación contractual viniera impuesto en otro convenio sectorial o de empresa que sí resultase de aplicación a la empresa entrante. Sin embargo, tampoco por esta vía se habría activado el mecanismo subrogatorio.

En primer término, porque la empresa multiservicio carece de un convenio propio que recoja dicha obligación.

Y, en segundo lugar, porque si bien la empresa multiservicios tiene un objeto social plural, que podría determinar su adscripción a diversos convenios sectoriales (tantos como contrata con objetos sociales diversos concierte: limpieza, jardinería, vigilancia...), los cuales sí pueden haber previsto la sucesión, lo cierto es que ninguno de ellos resulta de aplicación en el presente caso, pues no existe ningún convenio cuyo ámbito funcional y territorial comprenda la actividad de portería-recepción que llevaban a cabo las accionantes en el marco de la contrata.

A este respecto, como nos recuerda la Sala Cuarta, el TS siempre ha mostrado una especial preocupación por garantizar la aplicación de, como mínimo, un convenio sectorial a las personas trabajadoras de las empresas multiservicios, sea recurriendo al criterio de la actividad principal o preponderante de la empresa contratista, en un supuesto en que no existía convenio sectorial específico para la actividad (auxiliar de información) objeto de la contrata (STS de 17 marzo 2015, rcud. 1464/2014); sea aplicando, como ha sostenido más recientemente la jurisprudencia, el convenio sectorial correspondiente a la real y verdadera actividad desarrollada por la empresa multiservicios para la empresa cliente en el marco de la contrata, aunque el resultado sea tener que aplicar en la misma empresa una pluralidad de convenios colectivos sectoriales (STS de 11 junio 2020, rcud. 9/2019), y sin que las empresas contratistas o subcontratistas estén obligadas legalmente a aplicar las condiciones previstas en el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de dicha empresa (SSTS de 12 febrero 2021, rcud. 2839/2019, y 11 noviembre 2021, rcud. 3330/2019). Este criterio delimitador del convenio colectivo aplicable en las contrata y subcontrata es el que finalmente ha integrado el RDL 32/2021 en la nueva redacción del apartado 6 del art. 42 ET (con la consiguiente reordenación del resto de apartados del precepto), para indicar que el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas –con la salvedad de los centros especiales de empleo - “será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica”, esto es, tanto si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio como si se trata de una empresa multiservicios. Esta regla conoce dos excepciones: a) que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III (pasaje críptico, que probablemente esté pensando en la aprobación de un futuro, aunque improbable, convenio sectorial específico para las empresas auxiliares y multiservicio); b) cuando la empresa contratista cuente con un convenio propio, que se aplicará en los términos que resulten del también reformado art. 84 ET.

X. Apunte final

La subrogación convencional es un instrumento favorecedor de la estabilidad en el empleo al que recurren muchos convenios colectivos del sector servicios (limpieza, vigilancia...), cuando por las características de la actividad y el modo en que se

produce el cambio en la titularidad de la contrata, no se desencadenan los efectos laborales propios de la transmisión de empresa al amparo de la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 ET. Pero presupuesto inexcusable para que la sucesión convencional actúe es que la empresa entrante quede vinculada por el convenio que impone la subrogación.

Es importante señalar que la sentencia recurrida mantiene como hecho probado que no consta acreditada la actividad preponderante a la que se dedicaba la nueva empresa adjudicataria del servicio, pues de lo contrario, en defecto de convenio sectorial correspondiente a la actividad objeto de la contrata, y no siéndole de aplicación el convenio específico de los centros especiales de empleo, podría haberse reflexionado sobre la eventual aplicación del convenio sectorial en que se incardina dicha actividad principal (a no ser que se entienda definitivamente superada la doctrina contenida en la STS de 17 marzo 2015) y comprobar si dicho convenio colectivo impone algún compromiso de subrogación en los casos de relevo en las contratas.

Por último, interesa recordar que, tras el cambio doctrinal realizado por la STS 983/2017, de 12 de diciembre, junto con la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los pliegos de condiciones de los contratos ya no pueden imponer al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. El art. 130 de la nueva LCSP solo impone a la Administración pública contratante la obligación de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, siendo necesario para que opere la sucesión que concurren los requisitos (objetivos y subjetivos) descritos en el art. 44 del ET, o bien que lo imponga un convenio colectivo.

Referencias:

1. ^ *Por todas, SSTS de 20 octubre 2004, rcud. 4424/2003; 31 enero 2005, rcud. 6025/2003; 12 julio 2010, rcud. 2300/2009; 28 febrero 2013, rcud. 542/2012; 5 marzo 2013, rcud. 3984/2011.*
2. ^ *STS de 4 abril 2005, rcud. 2423/2003.*
3. ^ *SSTS de 28 abril 2009, rcud. 4614/2007; 23 octubre 2009, rcud. 2684/2008 y 7 diciembre 2009, rcud. 2686/2008.*
4. ^ *SSTS de 17 de abril de 2013, rcud. 710/2012, y 22 de abril de 2013, rcud. 748/2012.*
5. ^ *Por todas, SSTS de 4 de octubre de 2011, rcud. 4597/2010; 7 de febrero de 2012, rcud. 1096/2011; y 9 de abril de 2013, rcud. 304/2012.*