

El tratamiento de las contratatas y subcontratatas en la jurisprudencia reciente

Ángel Blasco Pellicer

Magistrado del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SE)

Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 42 ET. 2. EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD 3. CONTRATAS Y CESIÓN ILEGAL: LA CONTINUIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y ALGUNA MATIZACIÓN. 4. EL PROBLEMA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN CONTRATAS Y LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO. 5. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: EL MANTENIMIENTO DE LOS CRITERIOS GENERALES Y LOS NUEVOS PROBLEMAS. 5.1. Reversión de contratatas en las administraciones públicas: efectos sobre los trabajadores.

RESUMEN: En el presente artículo se pretende realizar un estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de las contratatas y subcontratatas. Al efecto, una vez identificados los principales problemas técnicos jurídicos que plantea la regulación del artículo 42 ET, se abordará la jurisprudencia de los dos últimos años sobre el concepto de propia actividad; sobre la adecuada distinción entre una verdadera subcontratación de obras y servicios o una mera cesión de mano de obra; sobre el convenio aplicable a la actividad laboral en contratatas y, finalmente, sobre los efectos laborales de la sucesión de contratistas en una misma actividad.

Palabras clave: Contratatas y subcontratatas. Convenio Colectivo. Propia actividad. Cesión ilegal. Transmisión de contratatas.

ABSTRACT: This article intends to carry out a study on the jurisprudential treatment of contracts and subcontractors. For this purpose, once the main legal technical problems posed by the regulation of article 42 ET have been identified, the jurisprudence of the last two years on the concept of own activity will be addressed; on the proper distinction between a true subcontracting of works and services or a mere transfer of labor; on the agreement applicable to the labor activity in contracts and, finally, on the labor effects of the succession of contractors in the same activity.

Key words: Contracts and subcontracts. Collective agreement. Own activity. Illegal assignment. Transmission of contracts.

1. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 42 ET

El artículo 42 ET desde su primera versión hasta la actualidad trata de regular los efectos jurídicos que para las relaciones laborales se derivan de la denominada actividad de descentralización productiva; esto es, la situación en la que un empresario, principal o comitente, encarga a otro, auxiliar, la realización de una actividad —una obra o un servicio— que resulta necesario para el desarrollo de su objeto empresarial. Se trata, sin duda, de un precepto complicado que, por un lado, presenta múltiples problemas derivados de la compleja situación que pretende regular y del uso de conceptos y categorías jurídicas ajenas al propio ordenamiento laboral. Por otro lado, su contenido no agota la regulación de la materia que tiene que complementarse con la normativa sobre seguridad social y sobre prevención de riesgos laborales por citar sólo las cuestiones de la rama social del derecho, sin olvidar la regulación contenida en la Ley de contratos del sector público y demás concordante de aplicación cuando la entidad comitente es una administración o un ente público o cualquier organismo contemplado en el artículo 3 de la indicada ley, a quienes también se aplica el precepto del Estatuto de los Trabajadores que nos ocupa.

No es momento ahora de elaborar un estudio que comprenda un elenco completo de las cuestiones problemáticas sobre las consecuencias laborales de la descentralización productiva; el propósito es más simple y se refiere, en primer lugar a la identificación de los principales problemas que la redacción del artículo 42 ET ha venido planteando históricamente y que, sólo de manera muy concreta y parcial, han sido abordados por la reciente reforma laboral, a pesar de que muchos de ellos siguen creando una grave inseguridad jurídica debido a la doble dificultad que el texto normativo plantea tanto en su correcta interpretación como en su aplicación práctica. Me refiero a dos problemas que han condicionado históricamente la delimitación del convenio colectivo en las contrata y subcontratas de obras y servicios: la delimitación del concepto de propia actividad y la dificultad constante para distinguir supuestos de descentralización productiva real de aquellos otros que son una mera interposición de mano de obra. Y, finalmente, un número importante de cuestiones conflictivas ligadas a la transmisión de contrata o subcontratas. Por ello parece oportuno reseñar los principales pronunciamientos que el Tribunal Supremo ha realizado en los últimos dos años sobre aquellas cuestiones problemáticas que anteriormente se han identificado. Todo ello puede permitir una visión real y actual sobre el régimen jurídico de las implicaciones laborales derivadas de la contrata y subcontrata de obras y servicios.

2. EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD Y SU RECIENTE APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El régimen jurídico laboral de las contrata descansa en primer lugar sobre una distinción entre contrata que son de propia actividad de aquéllas que no lo son. La aludida diferencia determina el régimen jurídico aplicable a unas y otras. El concepto

de propia actividad constituye una cuestión nuclear que ha sido objeto de múltiples interpretaciones y pronunciamientos judiciales y que, a fecha de hoy, sigue sin ser un concepto cuya adecuada comprensión resulte pacífica y sea capaz de delimitar con nitidez unas contrataciones de otras y, por tanto, las consecuencias jurídicas que la ley anuda según el tipo de contrataciones de que se trate. Tampoco resulta claro que alguna previsión del propio precepto resulte de aplicación a las contrataciones que no sean de propia actividad. Es más, el propio Tribunal Supremo ha alertado de que estamos ante una cuestión ciertamente compleja cuya delimitación, aparte ser compleja, sólo puede abordarse de manera casuística en la que se examinen detenidamente los distintos factores que concurren en cada caso concreto¹.

El supuesto de hecho que constituye la base aplicativa del artículo 42 ET, al menos en sus dos primeros apartados, está delimitado por la expresión “empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos”. Es por ello que lo que deba entenderse por “propia actividad” constituye elemento básico de la aplicación del precepto que ha dado lugar a múltiples resoluciones y teorías que, a la vez que han resuelto el caso concreto, han pretendido establecer criterios que pudieran servir de general aplicación. En este sentido, la jurisprudencia desde la STS de 18 de enero de 1995² ha venido señalando que el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado. El fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata³. Por tanto, ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiendo, de acuerdo con la sentencia referida que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial⁴.

Así, como recordó la STS de 9 de mayo de 2018⁵, la imprecisión de lo que encierra el concepto de propia actividad ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente. El fundamento

1 STS de 5 de diciembre de 2011, Rcd. 4197/2010.

2 Rcd. 150/1994.

3 STS de 29 de octubre de 1998, Rcd. 1213/1998.

4 STS de 24 de noviembre de 1998, Rcd. 517/1998.

5 Rcd. 3535/2016.

de esta interpretación, en el contexto del artículo 42 ET, estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata. En definitiva, sobre el concepto de “propia actividad”, lo relevante a los efectos del art 42.1 ET es determinar si los servicios prestados por la empresa adjudicataria del contrato se incorporan al ciclo productivo o son escindibles del mismo, y si deben de articularse o pueden, sin más, superponerse o desarrollarse con autonomía.

En ese sentido, las recientes SSTs de 7 de junio de 2022 y de 8 de junio de 2022⁶ consideran, a efectos de la responsabilidad solidaria en deudas salariales ex art. 42.2 ET, que constituye propia actividad del Ayuntamiento demandando y del Patronato del mismo dependiente, la actividad externalizada consistente en prestar atención al público destinatario de la programación cultural (información, control de aforos, taquillaje, portería, organización de comienzo y fin de actividades, medidas de seguridad, planes de evacuación, etc.) lo que llevó a condenar solidariamente al Ayuntamiento y al Patronato Sociocultural, junto con la empleadora, empresa auxiliar. Ambas sentencias argumentan que el Ayuntamiento, a través del Patronato Sociocultural, venía prestando los servicios de promoción de la cultura y equipamientos culturales que habían sido asumidos como propios por parte del Ayuntamiento, para llevarlos a cabo y ofrecerlos a la ciudadanía a través de esa institución. La prestación del servicio de atención al público, complementario del programa cultural del Ayuntamiento, concertado con la mercantil empleadora, constituye servicio de la propia actividad del consistorio, que efectúa a través del Patronato. De no haberse concertado la contrata, tales servicios tendrían que realizarse por el propio Patronato, so pena de perjudicar sensiblemente la actividad cultural del Ayuntamiento. Por otra parte, ninguna duda cabe que las tareas realizadas por el personal de la empresa subcontratada se incorporan directamente y de manera inescindible al resultado final del servicio que constituye la única finalidad del Patronato, y que no es otro que el ofrecer al público las obras, espectáculos y actividades culturales que justifican su propia existencia. La actividad del Patronato no se entiende sin la imprescindible intervención de los trabajadores que llevan a cabo las tareas y funciones que constituyen el objeto de la contrata.

Por otro lado, la STS de 27 de mayo de 2022⁷, con relación a la subcontratación de los servicios de conserjería de una comunidad de propietarios, llegó a la conclusión de que estábamos ante un supuesto de propia actividad ya que la comunidad de propietarios participa de la condición de agente económico, con una actividad de esa naturaleza mediante la cual, con los medios materiales y humanos, ya los sean de

6 RCuds. 674/2021 y 677/2021.

7 Rcul. 3307/2020.

directa contratación o por medio de terceros, participa en la producción de servicios. Y esto es lo que permite entender que la actividad que ha externalizado se identifica como propia actividad a los efectos del art. 42 del ET, en coherencia con lo que esta Sala ha entendido al interpretar su contenido. La prestación de los servicios que puedan llevar a cabo una comunidad de propietarios puede realizarse mediante la contratación directa por aquella de un trabajador por cuenta ajena que los atienda, bajo su ámbito de dirección y organización. También, puede concertar con una empresa la prestación de esos servicios. La interpretación del art. 42 ET, en relación con la propia actividad, aunque es restrictiva, se identifica con la contratación de servicios integrados en un ciclo productivo, enmarcándose en este caso la comunidad en ese concepto que implica la de ofrecer aquellos que la comunidad haya podido establecer para quienes conviven en las fincas que la integran, no solo los propietarios sino otros ocupantes que por virtud de arrendamientos puedan tener allí establecido su domicilio.

Es cierto que los servicios comunes existentes en la finca urbana a la que pertenece la comunidad de propietarios los son, en principio pero no de forma excluyente, para el solo uso y disfrute compartido de quienes, por su condición de copropietarios, la componen pero ello no significa que esos servicios no encajen en lo que puede calificarse como ciclo productivo, a los efectos del art. 42 del ET, en tanto que la actividad se pone a disposición de quienes tienen el uso y disfrute de las viviendas o locales de forma que aquella actividad se incorpora a lo que sería el resultado final respecto de una las competencias que la Comunidad debe atender, que es la de acordar las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común, lo que se puede llevar a cabo bien directamente asumiendo ella el servicio o encargándose a otra empresa, cubriéndose con ello la finalidad del artículo 42 ET cuando establece la responsabilidad de la empresa comitente respecto de los salarios de los empleados de la contrata. Todo ello sin plantearse que, acaso, cabría haber identificado a una comunidad de propietarios con las excepciones del último párrafo del artículo 42.2 ET según las que no habrá responsabilidad por los actos de la contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda, así como cuando el propietario o propietaria de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. CONTRATAS Y CESIÓN ILEGAL: LA CONTINUIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y ALGUNA MATIZACIÓN

Tampoco la ley aborda con la nitidez y claridad deseable la debida diferenciación entre una encomienda de realización de bienes o prestación de servicios entre la empresa comitente y la empresa contratista del mero fenómeno de interposición laboral conocido como cesión ilegal de trabajadores. En muchas ocasiones se reviste bajo el paraguas de una lícita descentralización productiva lo que en realidad es una mera

cesión de mano de obra. En este caso, el artículo 43.2 ET realiza un esfuerzo notable de identificación de los supuestos de cesión ilegal al determinar que, en todo caso, existe cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Probablemente en esa concreta redacción el legislador aprovechó para llevar a la letra de la ley una reiterada jurisprudencia que había ido identificando a lo largo del tiempo los principales matices técnico-jurídicos presentes en supuestos en los que se comprobaba una real cesión ilícita de trabajadores bajo la apariencia de una fórmula de descentralización productiva mediante la que se encargaba la realización de una obra o la prestación de un servicio. Por ello, el análisis que realizaremos de la última jurisprudencia será reiterativo en relación con la consolidada línea jurisprudencial incorporada al texto de la ley y, en cuanto a las novedades, el examen se verá limitado a algunos problemas interpretativos derivados de la calificación de supuestas contrataciones como fenómenos de cesión de mano de obra. En todo caso, no hay que olvidar que, mientras que si nos encontramos en presencia de una lícita descentralización productiva el problema de la aplicación del convenio debe solucionarse mediante la aplicación de lo dispuesto en el nuevo apartado 6 del artículo 42 ET; cuando, por el contrario, estemos en presencia de una cesión ilegal de trabajadores, el convenio de aplicación no puede ser otro que el aplicable en la empresa principal, siempre que sea más beneficioso para el trabajador ilegalmente puesto a disposición.

La reciente STS de 12 de enero de 2022⁸ compendia la doctrina jurisprudencial sobre la delimitación entre lícita descentralización productiva e ilícita cesión ilegal de mano de obra. Se trata de un supuesto que se ha reiterado en varias ocasiones ante la sala cuarta del alto tribunal y se refiere a los monitores de educación especial en centros docentes de la Junta de Andalucía. En la mayoría de los casos, la sala no llegó a entrar por inexistencia de la preceptiva contradicción que hubiera permitido al Tribunal unificar doctrina. En el caso que examina la sentencia, se pudo conocer sobre el fondo del asunto y se desestimó la existencia de cesión ilegal con la argumentación común de que se trataba de un supuesto de válida descentralización productiva a través de una contrata en el que la empresa contratista posee suficiente infraestructura organizativa, mantiene la organización, dirección y control de la actividad laboral, asumiendo las funciones inherentes a su condición de empresario. La sentencia comienza recordando que para apreciar si concurre o no cesión ilegal habrá que tener en cuenta, en primer lugar, si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral; el control de la actividad de los trabajadores

8 Rcu. 1903/2020.

debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad. En segundo lugar, resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, en tercer lugar, el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal.

La doctrina jurisprudencial caracteriza la cesión ilegal afirmando que el fenómeno de interposición supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal⁹. Asimismo, hemos destacado que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia¹⁰. De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

La transcrita doctrina se aplica con normalidad y permite resolver la mayoría de las cuestiones que al respecto se pueden plantear desde la perspectiva de que su aplicación requiere que en la apreciación de la cesión ilegal resulte necesario, imprescindible, ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica¹¹.

El estado de la cuestión resulta ser, por tanto, bastante pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina judicial dada la unanimidad aplicativa de un precepto cabalmente construido; por ello, las cuestiones problemáticas se refieren a cuestiones que en nada afectan a la propia existencia o no de cesión ilegal, cuya influencia en la

9 STS de 11 de febrero de 2016, Rcu. 98/2015.

10 SSTS de 19 de junio de 2012, Rcu. 2200/2011; y de 11 de julio de 2012, Rcu. 1591/11.

11 STS/4ª/Pleno de 26 de octubre de 2016, Rcu. 2913/14

determinación del convenio colectivo resulta innegable; al contrario las cuestiones problemáticas se centran en los efectos que puede producir la constatación de una cesión ilegal respecto de los derechos de los trabajadores afectados, pero no en relación con los que pudieran derivar del convenio que resulte de aplicación, sino de las que derivan de las consecuencias que la propia ley establece para el tráfico ilícito de mano de obra que se realiza bajo la falsa apariencia de una contrata o subcontrata de obra o servicios¹².

4. EL PROBLEMA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN CONTRATAS Y LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Ninguna regla al respecto se contenía en el Estatuto de los Trabajadores con anterioridad a la reforma operada por el RDL 32/2011. El silencio del artículo 42 debía ser suplido, por lo que a la determinación del convenio aplicable se refiere, con las reglas del Título III del ET relativas a la negociación colectiva, las cuales, no cabe duda, resultaban notoriamente insuficientes para la resolución de una cuestión en sí mismo compleja. A salvo aquellas empresas que tuvieran convenio propio o convenio sectorial aplicable o aquéllas otras pertenecientes al mismo sector o actividad de la empresa principal, resultaba ciertamente complicado determinar el convenio de aplicación, especialmente cuando la actividad desarrollada no estaba comprendida en el convenio sectorial aplicable a la empresa comitente en aquellas empresas que realizaban múltiples actividades. La dificultad de la solución al problema resulta evidente al analizar las diferentes posturas adoptadas por el Tribunal Supremo.

En efecto, en la jurisprudencia es posible reconocer una amplia línea doctrinal consistente en considerar que en los reseñados supuestos de contratas, resulta de aplicación al personal destinado en la contrata en del convenio colectivo aplicable a la actividad preponderante de la empresa contratista que presta servicios en la comitente. Así, la STS de 17 de marzo de 2015¹³, considera que resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, a pesar de que la actividad de los trabajadores a que se refería el proceso no era la limpieza sino la de diversas actividades auxiliares ajenas por completo a las de limpieza, con el argumento de que lo trascendente es la actividad económica principal que desarrolla la empresa. Se sigue, de esta forma, la corriente jurisprudencial ya plasmada en las SSTS de 31 de enero de 2008¹⁴, relativa a la aplicación del Convenio

12 Véase, al respecto, la STS de 8 de febrero de 2022, Rcd. 5070/2018, que precisa que la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre empleadores del sector público no genera la fijeza contemplada en el artículo 43 ET sino la peculiar estabilidad derivada de la condición de personal indefinido no fijo. También, la STS de 23 de febrero de 2022, Rcd. 3248/2019, sobre responsabilidad solidaria entre empresa cedente y cesionaria en un supuesto de despido, respecto de las obligaciones económicas derivadas de dicho despido, con independencia de la elección de fijeza efectuada por el trabajador.

13 Rcd. 1464/2014.

14 Rcd. 2604/2007.

Colectivo Provincial para el Comercio del Metal de la Provincia de Cádiz en una empresa dedicada a la aleación y montaje de bisutería para su posterior comercialización; de 10 de julio de 2000¹⁵ en la que se recalca que lo determinante —dentro de la múltiple realidad del objeto social escriturado— para determinar el Convenio estatal o provincial aplicable, será la actividad real preponderante de la empresa que presta los servicios, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa.

Finalmente, probablemente de manera más llamativa, las SSTS de 29 de enero de 2002¹⁶, y de 17 de julio de 2002¹⁷ en sendos conflictos relativos al convenio aplicable a una empresa dedicada a la explotación y comercialización de carburantes en estaciones de servicio de alta calidad en la que existen también “tiendas de conveniencia”, respecto de los trabajadores de las mismas, se dejó sentado que el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa, a la vista de los hechos probados, conforme a los cuales aparece con la suficiente claridad que la actividad preponderante consiste en gestionar la comercialización de carburantes en una red de estaciones de servicio de alta calidad, con “tiendas de conveniencia” que cumplen la función de atender a una demanda específica de los consumidores, ofreciéndoles una gran variedad de artículos en venta, y también determinados servicios, tales como pequeñas cafeterías, lavado automático de vehículos, máquinas de aspirado, teléfono público, fotocopias, fax, Internet, envío de flores, etc., pero predominando claramente la actividad y los ingresos obtenidos por la venta de carburantes sobre los relativos a las tiendas.

Un segundo criterio interpretativo se deduce claramente de la STS de 11 de junio de 2020¹⁸. En ella la cuestión sujeta a discusión era el convenio colectivo aplicable a una empresa multiservicios respecto de los trabajadores que prestaban servicios en una contrata, cuyo comitente era el Principado de Asturias, y que tenía por objeto los servicios de alimentación, comedor y cafetería en establecimientos de la Consejería de Bienestar Social. Ante la inexistencia de convenio propio de empresa, la cuestión discutida consistía en decidir si el convenio aplicable era el de la actividad desarrollada en la contrata o el preponderante en la empresa adjudicataria. La sentencia establece que, ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata yal como ha quedado configurada en los hechos probados.

15 Rjud. 4315/1999

16 Rjud. 1068/2001,

17 Rjud. 4859/2000.

18 Rec. 9/2019. Criterio novedoso, pero que se aplica siguiendo el camino abierto por la STS de 22 de febrero de 2019, Rec. 237/2017.

En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores. En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores con relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Además, se añade que con esta solución no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

Sin embargo, el anterior criterio no ha sido uniformemente seguido en pronunciamientos posteriores. Así, la STS de 11 de noviembre de 2021¹⁹ ha entendido que a las trabajadoras que prestan servicios para una empresa de limpieza, como camareras de piso en un hotel, debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, con el argumento de que la actividad realizada en la contrata es propiamente la de limpieza y no es otra distinta, aunque como tal estuviera contemplada en el convenio de referencia en la empresa principal, advirtiendo, además que el artículo 42 ET, en su redacción entonces vigente, no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal. Anticipando que el art. 42 ET no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar a sus trabajadores el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de esa empresa principal, la STS de 12 de febrero de 2021²⁰ estableció que, por tanto, tratándose de una empresa que se dedica a la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina «departamento de pisos», el convenio aplicable es el de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla y no el del sector de la hostelería, apartándose del criterio apuntado según el cual lo relevante sería el convenio aplicable a la actividad realmente ejercida por los trabajadores adscritos a la contrata, al ser el más garantista dado que su aplicación determina la aplicación del mismo convenio con independencia de que la obra o el servicio fueran o no externalizadas.

19 Rrud. 11 de noviembre de 2021, Rrud. 3330/2019.

20 Rrud. 2839/2019, con Voto Particular discrepante.

5. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: EL MANTENIMIENTO DE LOS CRITERIOS GENERALES Y LOS NUEVOS PROBLEMAS

Una vez finalizada la encomienda de una obra o un servicio por parte de la empresa comitente a la empresa auxiliar, pueden producirse diversas situaciones: la primera, la renovación del encargo; la segunda su modificación objetiva; y, la tercera, su modificación subjetiva: esto es, que la misma contrata se encargue a un tercero que asume los mismos cometidos que hasta la fecha venía realizando el anterior contratista. En este tercer caso, podemos estar en presencia de una transmisión de empresa por efecto del artículo 44 Et que, en nuestro ordenamiento ha traspuesto la Directiva 2001/23/CE sobre transmisión de empresas.

En la actualidad, tanto de la doctrina emanada del TJUE, como de la que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contamos con un cuerpo sólido de doctrina interpretativa de las normas anteriormente citadas que pueden permitir discernir cuando existe o no transmisión de empresas en los supuestos de sucesión de contratatas. Así podríamos distinguir diversas situaciones:

En primer lugar, los supuestos en los que la nueva contratista se hace cargo de los elementos patrimoniales afectos a la actividad de la contrata transmitida. En estos casos hay transmisión de empresa con independencia de que aquéllos elementos fueran propiedad de la empresa principal o de la contratista inicial; y, con independencia de que intervenga un ente público o, incluso de que estemos ante una reversión de contratatas, supuesto en el que la actividad encargada pasa a ser, posteriormente, desempeñada por la propia comitente (SSTS de 7 de marzo de 2019; de 20 de abril de 2018; de 26 de marzo de 2019; de 12 de marzo de 2020; de 25 de noviembre de 2020 y de 10 de junio de 2021)²¹.

El segundo supuesto se refiere a aquellas situaciones en las que la nueva contratista o contratista entrante no asume los elementos patrimoniales afectos a la actividad transmitida, que resultan relevantes para el desarrollo de la encomienda. En estos casos no resulta de aplicación el artículo 44 ET, ya que el supuesto está fuera de su ámbito de aplicación y del propio que diseña la Directiva reseñada. Así se desprende de la STJUE de 25 de enero de 2001²² Y del contenido, entre otras, de las SSTS de 26 de octubre de 2018²³ y de 4 de septiembre de 2020²⁴.

En tercer lugar, agrupamos los supuestos en los que la actividad inherente a la contrata transmitida descansa básicamente sobre la mano de obra ya que los elementos patrimoniales o son inexistentes o tienen escaso valor o trascendencia para la realización de la obra o servicio contratado. En estos casos, la jurisprudencia, si-

21 Rcds. 1825/2017, 2764/2016, 1916/2017, 684/2018 y 4926/2018, respectivamente.

22 Asunto C-172/1999.

23 Rcd. 2118/2016.

24 Rcd. 300/2018.

guiendo la consolidada y reiterada doctrina del TJUE²⁵ entiende que hay transmisión de empresa cuando la contratista entrante se hace cargo de la mayor parte de los trabajadores que prestaban servicios en la actividad transmitida o de aquéllos que resultan básicos o imprescindibles para el adecuado desarrollo de dicha actividad²⁶. Por el contrario, no la habrá si no hay la aludida asunción de plantilla en los términos examinados.

Por último, en cuarto lugar, la jurisprudencia, al enfrentarse a supuestos en los que la asunción de plantillas viene impuesta por el convenio colectivo, a partir de la STJUE de 11 de julio de 2018²⁷, rectificó doctrina anterior para concluir que en contra de lo que se había venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subroge en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica. Por tanto, el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente). En consecuencia, 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 ET. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Y 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 doctrina²⁸.

En aplicación de la doctrina contenida en los analizados puntos anteriores, recientemente, la jurisprudencia ha rechazado que existiera transmisión de empresas en la STS de 8 de junio de 2021²⁹ que contempló el hecho relativo a un servicio de limpieza de habitaciones anteriormente subcontratado, que pasa a ser realizado directamente por el hotel, con su propio personal. Con apoyo en STJUE 20-1-2011 (C-463/09), y la doctrina sobre la limpieza como actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, razona que, dado que el “nuevo empresario” no se ha hecho cargo de la plantilla, la entidad económica no mantiene su identidad, y no se produce la transmi-

25 STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95, Süzen. En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otro, entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior.

26 Véanse SSTs de 7 de diciembre de 2011, Rcd. 4665/2010; de 28 de febrero de 2012, Rcd. 1885/2011 y de 27 de febrero de 2012, Rec. 202/2010; entre muchas otras.

27 Asunto C-60/17, Somoza Hermo

28 STS de 27 de septiembre de 2018, Rcd. 2747/2016.

29 Rcd.3004/2018.

sión de empresa. En igual sentido, la STS de 18 de enero de 2022³⁰ en un supuesto en el que el servicio fue contratado por el Ayuntamiento de Madrid para sus centros culturales se negó la existencia de transmisión pues no constaba transmisión alguna de medios materiales ni que el personal transmitido (3 de 9 trabajadores) fuera relevante.

Esa misma respuesta refractaria a la constatación de transmisión, se ha dado —en aplicación de la misma doctrina que analizamos— en supuestos de reversión de contrataciones por parte de administraciones públicas; en concreto de entidades locales. En un supuesto de reversión del servicio de limpieza viaria antes externalizado por Ayuntamiento, pues al ser una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, sería necesario que la nueva empresa asumiera los trabajadores adscritos al servicio, lo que no ha ocurrido. No resulta aplicable el art. 130 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) por razones temporales ni la Disposición Adicional 26ª LPGE 2017 (declarada en parte inconstitucional por la STC 122/2018)³¹. En el supuesto contemplado en la STS de 23 de marzo de 2022³², en un asunto sobre reversión del servicio de limpieza viaria, entendió que no procedía aplicar el artículo 44 ET y, en consecuencia, no había lugar a la asunción de la plantilla por el Ayuntamiento que recuperó el servicio, al tratarse de una actividad que descansa básicamente sobre mano de obra y no haber asunción de ningún miembro de la plantilla por parte de la entidad local demandada.

Por el contrario, el TS en jurisprudencia reciente ha admitido la existencia de transmisión de empresa en la STS de 20 de mayo de 2021³³ que entendió existente sucesión empresarial al haberse transmitido los elementos materiales e inmateriales esenciales, sin los cuales resultaba imposible la prestación del servicio de mantenimiento integral de la estación de aguas residuales de la UAM, siendo esos elementos propiedad de la Universidad y puestos a disposición de las sucesivas contratistas para la prestación del servicio público. Se transmitió una unidad productiva autónoma, por lo que la nueva contratista debió haberse subrogado en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la anterior.

En el mismo sentido favorable a la constatación de transmisión de empresas, la STS de 15 de diciembre de 2021³⁴ sostuvo la existencia de sucesión cuando se trata de actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial se produce cuando la empresa entrante asume una parte relevante del personal adscrito a la contrata en términos cuantitativos o cualitativos debiendo estar a la entidad o competencia en el desempeño de los servicios. Se aprecia su concurrencia en el caso de sucesión de contrataciones de servicios auxiliares a comunidad de propietarios por existir continuidad en la actividad en la que es esencial el personal que conforma la entidad económica objeto de sucesión, habiendo subrogado la empresa entrante al 40% de la plantilla.

30 Rcd. 3876/2019.

31 STS de 8 de junio de 2021, Rcd. 3004/2018.

32 Rec. 108/2020.

33 Rec. 145/2020.

34 Rcd. 4236/2019.

Y, también se ha constatado la existencia de transmisión cuando la empresa entrante asume una parte significativa de la plantilla de la unidad productiva autónoma en actividad principalmente basada en mano de obra, con independencia de otros factores, incluido el convenio aplicable³⁵, resulta destacable que la no subrogación de una parte de la plantilla determine la existencia de un despido colectivo por superarse los umbrales legalmente establecidos, lo que implica que el mismo sea considerado nulo por no haberse seguido el procedimiento establecido en el art. 51 ET, debiendo responder de sus consecuencias la empresa entrante.

En la sucesión de contratas entre dos empresas auxiliares, en alguna ocasión se ha pretendido que las consecuencias sean asumidas por la empresa principal. En la STS de 22 de abril de 2021³⁶ se trataba del servicio de cafetería-comedor del centro laboral del INSST: la falta de asunción de la totalidad de la plantilla por la nueva adjudicataria, constituye un despido tácito, que se califica como despido colectivo nulo, al haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido; de las consecuencias derivadas del mismo responden solidariamente las empresas saliente y entrante, sin que la misma alcance al INSST al no haberse hecho cargo del servicio, en ningún momento.

La STS de 24 de mayo de 2021³⁷ ante un supuesto de sucesión de contratas en el servicio de cafetería del complejo La Moncloa, entendió que la reducción del servicio de comedor y cafetería y su posterior adjudicación a una nueva empresa con carácter temporal, en modo alguno permitía sostener la responsabilidad de la empresa principal y consideró que la única responsable solidaria era la empresa saliente.

La STS de 11 de enero de 2022³⁸ determinó que en sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial, existe transmisión de empresa ya se entiende que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivale a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. En el caso procede la subrogación dado que correspondía a la empresa entrante acreditar que no se ha producido una asunción suficiente de mano de obra, y al no haberlo hecho, se entiende que se transmitió una unidad productiva autónoma.

5.1. Reversión de contratas en las administraciones públicas: efectos sobre los trabajadores

Recientemente, la Sala cuarta del TS ha tenido que enfrentarse a un problema singular derivado directamente de la reversión de una contrata por parte de un ente público, concretamente de un Ayuntamiento. En concreto, la cuestión, suscitada en

35 STS de 22 de septiembre de 2021, Rec. 106/2021.

36 STS de 22 de abril de 2021, Rec. 148/2020.

37 Rec. 155/2020.

38 Rjud. 2365/2018.

un recurso de casación unificadora, se limitaba a determinar si el personal fijo que está afecto al servicio que ha revertido en la Administración Pública demandada deben mantener tal condición, al existir obligación de subrogación; o, por el contrario, la, administración los asume como personal indefinido no fijo. La cuestión se planteó como consecuencia de la reversión del servicio de atención domiciliaria de un determinado Ayuntamiento. Y llega a casación únicamente el carácter o naturaleza de la relación laboral del personal que estaba vinculado a la empresa concesionaria cuando es asumido por la entidad local con motivo de la reversión del servicio en favor de la misma. No hay, por tanto, discusión en torno a la concurrencia o no de transmisión, lo que se asume y no se discute; siendo el único problema decidir si la incorporación del personal afectado por la transmisión se produce, o no, manteniendo la naturaleza indefinida del contrato que tenían en la empresa concesionaria.

Las SSTs de 31 de enero de 2022³⁹ fijaron doctrina en el sentido de considerar que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo fijo debe mantenerse esa condición (al menos por referencia a la unidad productiva transmitida). Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de PINF, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE y su interpretación jurisprudencial.

Sostienen las referidas sentencias que, con relación con la figura de la sucesión empresarial, hay que partir de un determinado marco normativo, como la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo 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, de la que trae causa el art. 44 del ET. En este entorno normativo, las sentencias refieren la jurisprudencia que se ha ido elaborando sobre la figura de la sucesión de empresa no solo respecto a su conceptualización (por ejemplo, en relación con la sucesión de plantilla), para indicar que es un todo que no permite fragmentación “ni siquiera cuando la transmisión de la unidad productiva deriva de la norma que pretende parcelar esa regulación y aplicar solo una parte de la misma”, y, principalmente, su finalidad “favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior”, o lo que es lo mismo “una regulación cuya clara finalidad es que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador”, sino también en relación con la administración pública, como empleador, recordando, incluso con cita de la STC 25/2005, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que

39 Rcds. 3772/2020; 3775/2020; 3777/2020; 3779/2020 y 3781/2020.

el nuevo empleador sea un Ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa⁴⁰, incidiendo en que el objeto de la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión⁴¹.

Partiendo de esas premisas, la sentencia que estamos recogiendo, refiere la doctrina Correia Moreira⁴² de la que, tras referir el supuesto de hecho —trabajadora de empresa que es asumida por un Ayuntamiento y que la legislación exige que se someta a in procedimiento público de selección— destaca determinadas consideraciones que hace el Tribunal Europeo, como que el respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito.

En sus partes dispositivas concluyen que la Directiva 2001/23 (en relación con el artículo 4.2 TUE) se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario. De esta doctrina lo que se extrae es que las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva.

Por tanto, siguen diciendo estas sentencias, las razones que llevan a entender que no procede aplicar la figura del indefinido no fijo a quienes prestando servicios como fijos pasan a ser subrogados en la administración pública que asume la actividad son:

1. La categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras. Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF.
2. la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe ju-

40 STJUE 20 de julio de 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16

41 STJUE de 6 de abril de 2017, Unionen, C-336/15

42 STJUE 13 junio 2019 (C-317/18)

gar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

3. Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente.

Las sentencias terminan advirtiendo de dos aspectos complementarios, uno muy claro y el otro más críptico. El primero advierte que cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera.

La segunda advertencia, tras señalar que la solución dada pacifica el conflicto actualmente existente, añade que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar; en clara referencia, en mi opinión, a futuros supuestos en los que pudiera existir una nueva descentralización.