

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 873/2018 de 27 Sep. 2018, Rec. 2747/2016

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 147284/2018

ECLI: ES:TS:2018:3545

Cambia doctrina

Doctrina esencial

Responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social pendientes. Subrogación de plantilla establecida por convenio.

Alineamiento con la doctrina de la STJUE de 11 julio 2018. Que la empresa entrante se subrogue 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. Siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca. En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.

Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes, por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas. En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica". Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

SUCESIÓN DE CONTRATAS. Rectificación de doctrina en aplicación con la STJUE 11 julio 2018, C-60/17. Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET, cuando la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante; en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, se asume una parte relevante del personal adscrito a la contrata. En los casos en los que la mano de obra constituye un factor esencial, no la infraestructura, la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante del personal.
VOTO PARTICULAR.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Castilla y León que condenó solidariamente a las empresas codemandadas, concurriendo sucesión empresarial.

A Favor: TRABAJADOR.
En Contra: EMPRESA.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2747/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 873/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 27 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Clece, S.A., representada y asistida por la letrada D^a Esther Ortega Sánchez contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, en recurso de suplicación nº 762/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de León, en autos nº 122/2015, seguidos a instancia de D^a Estibaliz contra las mercantiles Cleanet Empresarial S.L. (Grupo Top Quark), Pricewaterhouse Coopers Auditores, S.L., Administrador Concursal de la empresa Cleanet Empresarial S.L., Clece, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) sobre reclamación de cantidad, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la mercantil Cleanet Empresarial S.L., representada por la procuradora D^a María Macarena Rodríguez Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 1 de León, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, previa desestimación de las alegaciones de falta de acción y de falta de legitimación pasiva formuladas por la Letrada de la empresa Clece, S.A., y ESTIMANDO la demanda formulada por Estibaliz, contra la EMPRESA CLEANET EMPRESARIAL, S.L. (GRUPO TOP QUARK) Y LA EMPRESA CLECE, S.A., sobre reclamación de

cantidades, debo de CONDENAR Y CONDENO a dichas empresas demandadas, con carácter solidario, a que abonen a la actora la cantidad de DOS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO EUROS Y CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.928,44 €), incrementada con el recargo de mora del 10%, en cómputo anual, exclusivamente sobre los conceptos salariales; y, de otra parte, debo de ABSOLVER Y ABSUELVO al codemandado Princewaterhouse Coopers Auditores, S.L., ADMINISTRADOR CONCURSAL DE LA EMPRESA CLEANET EMPRESARIAL, S.L.; al mismo tiempo, absuelvo al Fondo de Garantía Salarial de las pretensiones contra el mismo deducidas en este proceso, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria exigible al mismo, que en su día pudiera corresponderle».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La demandante, Estibaliz, prestaba servicios para la empresa demandada, Cleanet Empresarial, S.L. (Grupo Top Quark), encuadrada en el sector limpieza, en el centro de trabajo Aeródromo de la Virgen del Camino (León), desde el 5 de enero de 2009 al 29 de marzo de 2015, con la categoría profesional de limpiadora y con derecho a percibir el salario y demás condiciones establecidas en el Convenio Colectivo del expresado sector y ámbito territorial y temporal; a partir del día 30 de marzo de 2015 los servicios laborales les presta para la empresa codemandada Clece, S.A., que sucedió en la contrata de limpieza a la anterior empresa donde venía prestando sus servicios la actora, subrogándose en el--contrato de la misma (folios 89 y concordantes).

2º.- Como consecuencia de la expresada relación laboral, el actor reclama a la empresa demandada la cantidad de 2.928,44 euros, por los siguientes conceptos: retribuciones de septiembre, octubre, noviembre, diciembre 2014, enero y marzo 2015, conforme a Borrador de certificación de la Admon Concursal (folio 62).

3º.- La empresa demandada ha sido declarada en situación de concurso voluntario, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, mediante auto de febrero de 2015 (autos 32/2015).

4º.- Con fecha 14 de enero de 2015, se celebró ante la Oficina Territorial de Trabajo de León, integrada en la estructura administrativa de la Junta de Castilla y León, el preceptivo acto de conciliación, en virtud de papeleta presentada el 23 de diciembre de 2014, con el resultado de intentado sin efecto».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid), dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por CLECE, S.A., contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de León de fecha 30 de septiembre de 2015, recaída en autos 122/15 seguidos a virtud de demanda promovida por D^a Estibaliz contra referida recurrente, CLEAN ET EMPRESARIAL, S.L, ADMINISTRADOR CONCURSAL de la misma, PRINCEWATERHOUSE COOPERS AUDITORES, S.L y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre CANTIDAD, y, en consecuencia, confirmamos el fallo de instancia. Asimismo, decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, y ordenamos se dé el destino legal a las cantidades consignadas o a las garantías prestadas para el cumplimiento de la condena, lo cual habrá de tener lugar una vez sea firme esta sentencia».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la letrada Sra. Ortega Sánchez, en representación de la mercantil Clece, S.A., mediante escrito de 30 de junio de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia la Comunidad Valenciana, de fecha de 30 de abril de 2013. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 10 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de León y art. 44 ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del

mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- No habiéndose efectuado la impugnación del recurso, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 17 de julio actual. Por providencia de 17 de julio de 2018, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno. Para ello, se señala el día 19 de septiembre de 2018, convocándose a todos los Magistrado de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Surge el litigio al hilo de una subrogación empresarial por sucesión en contrata de limpieza operada por mandato convencional. Se debate si la empresa que se hace cargo del servicio y del personal encargado de su ejecución debe responder solidariamente con su antecesora de las deudas salariales contraídas por ésta con sus trabajadores. El convenio colectivo aplicable establece la responsabilidad exclusiva de la empresa saliente sobre las deudas salariales anteriores a la finalización de la contrata.

El tema debatido ha sido resuelto ya por esta Sala en casos similares, hasta el extremo de que eran parte las empresas codemandadas en este proceso y la recurrente -la nueva adjudicataria- invocaba la misma decisión de contraste. Aludimos a las SSTS 6 (dos) julio 2017 (rec. 1550/2016 y 1669/2016), 25 julio 2017 (rec. 2239/2016), 3 mayo 2018 (rec. 2346/2016), y 29 (dos) mayo 2018 (rec. 1481/2016 y 2748/2016), y 31 mayo 2018 (rec. 2586/2016), existiendo otras muchas emparentadas con la cuestión.

Sin embargo, no podemos limitarnos a realizar una aplicación de la referida doctrina en sus propios términos, sino que hemos de precisar en qué medida está afectada por la recogida en la STJUE de 11 julio 2018 a que luego aludiremos.

1. Supuesto litigioso.

Reproducidos en los antecedentes los escuetos hechos que el Juzgado de lo Social considera acreditados, inalterados en suplicación, interesa consignar ahora a modo de recordatorio las circunstancias relevantes a efectos tanto del juicio de contradicción como de la decisión a adoptar.

Desde enero de 2009 la actora viene prestando servicios como limpiadora en un aeródromo militar por cuenta de la empresa contratista (Cleanet Empresarial SA) hasta el 29 de marzo de 2015.

A partir de esa fecha la mercantil Clece SA se subroga en la posición de empleadora como nueva adjudicataria del servicio.

En la demanda origen de las actuaciones la trabajadora reclama el abono de los salarios de los meses de septiembre de 2014 a enero de 2015 y marzo de 2015, así como de la cantidad pendiente de abono de la mensualidad de enero de 2015, por importe total de 2.928,44 euros, a lo que se añade el interés por mora. Se dirige tanto frente a las dos empresas reseñadas (contratistas saliente y entrante) cuanto frente al administrador concursal de la primera y el Fondo de Garantía Salarial.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 687/2015, de 30 de septiembre, el Juzgado de lo Social nº 1 de León estima la demanda y condena solidariamente a las dos empresas al pago de la cantidad solicitada. Considera que el art. 10.5.c) del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de León no puede derogar el sistema de responsabilidades establecido en el art. 44.3 ET.

El precepto convencional establece que " *la empresa cesante será responsable de los salarios*

devengados por los trabajadores objeto de subrogación hasta el momento del cese",

La sentencia advierte que cabe recurso de suplicación porque la cuestión controvertida posee un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

B) La STSJ Castilla y León (Valladolid) de 2 de junio de 2016 (rec. 762/2016) desestima el recurso de suplicación interpuesto por Clece SA y confirma la sentencia de instancia por sus mismos argumentos.

3. Recurso de casación e informe del Ministerio Fiscal.

A) No conforme con la derivación de responsabilidad, Clece SA interpone recurso de casación unificadora el 1 de julio de 2016.

Alega que el pronunciamiento del que discrepa vulnera el art. 10 del convenio colectivo provincial de limpiezas de León y que aplica indebidamente el art. 44 ET.

Propone una sentencia para el contraste y solicita que casemos y anulemos la recurrida y la absolvamos de las pretensiones deducidas en su contra.

B) El 17 de julio de 2017 tiene entrada en este Tribunal el informe del Ministerio Fiscal.

No cuestiona la competencia funcional de la Sala para conocer del recurso y se manifiesta a favor de su estimación de conformidad con la doctrina unificada sentada en la STS 10 mayo 2016 (rec. 2957/2014).

SEGUNDO.- Examen de la competencia funcional.

La cantidad reclamada en la demanda no alcanza el umbral fijado en el art. 191.2.g) LRJS. La sentencia de instancia, sin embargo, admite la suplicación con base en la evidencia compartida de la afectación generalizada del problema debatido. Aunque la Sala de segundo grado no haya cuestionado tal decisión, y con independencia de la posición de las partes litigantes, debemos pronunciarnos con carácter previo en relación a este tema pues tal conformidad "no sustrae a los órganos jurisdiccionales del orden social, y en particular a esta Sala encargada de la unificación de la doctrina, el control sobre la concurrencia efectiva de la misma" (STS 21 enero 2009, rec. 4446/2009).

Consideramos que la cuestión controvertida, referida a la responsabilidad solidaria de la nueva empresa contratista en las deudas salariales contraídas por la saliente con sus trabajadores cuando la subrogación empresarial se produce por imperativo convencional, posee por sí misma un claro contenido de generalidad. Ese nivel de afectación resulta notorio para este Tribunal dado el elevado número de asuntos ya decididos, además de otros muchos que se tramitan actualmente; es asimismo notorio que las Tribunales Superiores se ocupan frecuentemente de esta cuestión.

Una vez afirmada la competencia funcional de esta Sala para conocer del asunto, corresponde abordar el análisis del requisito de la contradicción.

TERCERO.- Análisis de la contradicción.

1. Exigencia legal y jurisprudencial.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos

litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014). De modo que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Por otra parte, la identidad de las controversias debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación, atendiendo a las pretensiones y resistencia de las partes, en tanto que la igualdad sustancial requerida ha de producirse en el debate jurídico SSTS 08/10/2012 (R. 696/2012), 08/04/2013 (R. 1363/2012), 28/06/2013 (R. 2319/2012), 01/03/2016 (R. 1172/2014) y 14/06/2016 (R. 1571/2016).

2. Sentencia referencial.

La sentencia que se invoca para acreditar la contradicción con la recurrida, es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 30 abril 2013 (rec. 634/2013).

Enjuicia la reclamación formulada por una trabajadora adscrita al servicio de limpieza de un hospital de la que era adjudicataria la empresa Esabe Limpiezas Industriales SL que el 29 de febrero de 2012 cesó en su explotación. La nueva empresa contratista, Clece SA, no aceptó la subrogación de la actora, que presentó demanda por despido y reclamación de cantidad contra ambas empresas.

El Juzgado de lo Social estima la acción de despido frente a Clece al amparo de la cláusula subrogatoria incorporada al convenio colectivo provincial de limpiezas y condena solidariamente a Clece y a Esabe al pago de los salarios adeudados por ésta en el momento en que tuvo lugar el cambio de contrata.

La sentencia referencial confirma la condena de CLECE en lo que respecta a la pretensión de despido, pero revoca su condena solidaria al abono de los salarios impagados por la empresa saliente. En este punto, después de remitirse a una resolución anterior, razona que de la declaración fáctica no se desprenden elementos condicionantes en la cesión derivada de la nueva contrata, por lo que ha de estarse a lo previsto en el convenio colectivo del sector, en el que expresamente se dispone la exoneración de la empresa entrante de la responsabilidad derivada por las deudas salariales que pudiere mantener con sus trabajadores la empresa saliente.

3. Existencia de contradicción.

La Sala ha apreciado la concurrencia del presupuesto de la contradicción en los términos requeridos por el art. 219 LRJS en otros recursos análogos al enjuiciado, resueltos por SSTS 6 julio 2017 (dos) (rec. 1550/2016 y 1669/2016), 25 julio 2017 (rec. 2239/2016), 3 mayo 2018 (rec. 2346/2016), y 29 mayo 2018 (dos) (rec. 1481/2016 y 2748/2016), y 31 mayo 2018 (rec. 2586/2016) en los que Clece SA alegaba la misma sentencia de contraste.

Igual decisión debemos adoptar ahora con base en razonamientos similares a los que se utilizan en las resoluciones precitadas en el sentido que en uno y otro supuesto se debate idéntica cuestión (la procedencia de derivar a la nueva empresa adjudicataria de un servicio de limpieza la responsabilidad por deudas salariales contraídas por aquella a la que sustituye y en cuyos trabajadores se subroga por mandato convencional). Sin embargo, las sentencias comparadas llegan a pronunciamientos opuestos puesto que la recurrida considera que se trata de una sucesión de plantilla subsumible en el art. 44 ET y que en consecuencia la nueva contratista debe responder solidariamente del pago de las

deudas salariales contraídas por su antecesora, mientras que la referencial entiende que lo que se produce es una mera subrogación convencional en cumplimiento de lo ordenado en la norma colectiva de aplicación, a cuya cláusula de exoneración de responsabilidad hay que estar.

CUARTO.- Doctrina general sobre transmisión de empresa.

Nuestra reciente STS de 12 julio 2018 (rec. 2228/2015) ha tenido ocasión de recopilar la doctrina que viene guiando nuestras decisiones, en general sobre subrogación empresarial y que es conveniente recordar.

1. Alcance de la transmisión de empresa.

Como hemos advertido numerosas veces, para que pueda entenderse existente una transmisión de empresa -a los efectos que refieren las Directivas CE 77/187 y 98/50- es necesario que la transmisión vaya referida a cualquier «entidad económica que mantenga su identidad» después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio»; o el «conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio». Pero a la par teniendo presente que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata -en el caso, Encomienda- sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica entre la primera y la segunda empresa. En efecto, su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (entre tantas, SSTJCE 1986/65, de 18/Marzo, Spijkers; 1997/45, asunto Sützen; 1998/309, asunto Hidalgo; 1999/283, asunto Allen; 1998/308, asunto Hernández Vidal; y 25/Enero/01, asunto Oy Liikenne).

2. La llamada "sucesión en plantilla".

Sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, 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 en 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 [STJCE 29/2002, de 24/Enero, caso Temco Service Industries, con cita de la STJCE 45/1997, de 11/Marzo, caso Sützen; y de la STJCE 308/1998, de 10/Diciembre, asunto Hernández Vidal] (en tal sentido, SSTS 20/10/04 -rcud 4424/03-; 07/11/05 -rec. 3515/04-; 27/06/08 -rcud 4773/06-; 21/09/12 -rcud 2247/11-; y 10/11/16 -rcud 3520/14-).

Y en esta misma línea hemos señalado que «la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concurra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», con lo que la doctrina comunitaria «deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria» (así, STS 22/09/16 -rcud 1438/14-).

QUINTO.- Doctrina específica sobre subrogación convencional.

Como se ha adelantado, la cuestión suscitada en el recurso ha sido ya resuelta en numerosas ocasiones por esta Sala, no sólo en las sentencias anteriormente indicadas, dictadas en asuntos en donde fueron parte demandada las mismas empresas, sino también en otras como las SSTS 7 abril

2016 (rec. 2269/2014), 3 mayo 2016 (rec. 3165/2014); 10 mayo 2016 (rec. 2957/2014); 1 junio 2016 (rec. 2468/2014); 13 julio 2017 (rec. 2883/2016); 20 diciembre 2017 (rec. 335/2016); 10 abril 2018 (rec. 3684/2016) y 9 mayo 2018 (rec. 3065/2016).

1. Especificidad de la subrogación convencional.

Conforme a su doctrina, cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional y es el propio convenio el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el art. 44 ET. Así lo ha declarado la jurisprudencia que resume la sentencia de 31 de mayo de 2017 (Rec. 234/2016):

En las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera -por ese solo hecho- la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá -o no- de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información socio-laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (aparte de muchas anteriores que en ellas se citan, SSTS 19/09/2012 -rcud 3056/11 -; 14/10/13 -rcud 1844/12 -; 19/11/14 -rcud 1845/13 -; 16/12/14 -rcud 1198/13 -; y SG 07/04/16 -rcud 2269/14 -).

2. Régimen de la subrogación convencional.

Significa lo anterior -como resaltamos en la última sentencia citada- que en estos supuestos de subrogación convencional «la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa". c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET). Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherencia previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes...» (así, la ya referida STS -Pleno- 07/04/16 -rcud 2269/2014).

A lo anterior cabe añadir, como argumentamos en la sentencia de 7 marzo 2018 (rec. 267/2016), que "la sucesión o subrogación de la empresa entrante en la prestación del servicio y en las relaciones de trabajo de los que en la saliente prestaban sus servicios se lleva a cabo en virtud de lo que dispone el convenio sectorial que precisamente regula de manera específica esa subrogación, que en otro caso y en los supuestos normales no se produciría, lo que determina que las partes que negocian los términos de esa subrogación la puedan llevar a cabo en los términos que estimen convenientes, siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

3. Examen del Convenio aplicado.

Más específicamente, interpretando el art.10.5 c) del Convenio Provincial de Limpieza de León, hemos señalado en las SSTs 06/7/2017 y 25/07/2017 que dicho precepto *"bajo el epígrafe "Subrogación", establecía las características y el proceso de la subrogación en los trabajadores de la empresa saliente que deberá llevar a cabo la entrante al término de la concesión de una contrata de limpieza, desde la perspectiva general de que la empresa entrante se subrogará en todos los derechos y obligaciones referidos a los trabajadores, siempre que concurran los presupuestos que esa disposición establece, entre los que se detalla la documentación que habrá de entregarse y particularmente regula la responsabilidad entre ellas, con la particularidad recogida en la letra c) de que "La empresa cesante será responsable de los salarios devengados por los trabajadores objeto de la subrogación hasta el momento del cese", sin mayor alcance posterior.*

La sentencia más reciente de las citadas añade que *" De tales normas se infiere únicamente que el nuevo contratista tiene la obligación de respetar las condiciones laborales que tenían fijadas los trabajadores con el contratista anterior, no que se garantice una responsabilidad solidaria para la satisfacción de las deudas contraídas por el empresario anterior. Y en la regla final transcrita se regula la liquidación completa de retribuciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones y descansos en relación con los trabajadores, entre la empresa saliente y la que vaya a realizar el servicio, estableciendo que los devengos retributivos producidos antes de la transmisión serán responsabilidad únicamente de la empresa saliente, en ningún caso de la entrante".*

SEXTO.- Análisis de la STJUE 11 julio 2018 (C-60/17).

A) La STJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17), *Somoza Hermo e Ilunion Seguridad*, resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El supuesto litigioso es similar al presente. Un Vigilante del Museo compostelano de las Peregrinaciones reclama ciertas cantidades que la empresa saliente le adeuda y que la entrante no asume. Ha existido lo que venimos denominando una sucesión convencional.

B) La sentencia reitera dogmas tan conocidos como relevantes sobre la materia: 1) La subrogación no exige que existan relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario. 2) La transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados. 3) La apreciación de si existe un conjunto de medios organizados debe llevarse a cabo evaluando el conjunto de circunstancias concurrentes, incluyendo actividad ejercida y medios de producción activados. 4) En ciertas actividades un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica.

C) Respecto del sector de vigilancia de edificios y locales, la STJUE de 11 julio 2018 (partiendo de que se trata de actividad "que no requiere el uso de materiales específicos"), manifiesta lo siguiente:

(& 36): 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, antes confiadas a Esabe Vigilancia, Vinsa se hizo cargo de los trabajadores que esta última destinaba a esas actividades.

(& 35): 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.

(& 37): 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.

(& 38): Que la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de

que la transmisión se refiere a una entidad económica.

(& 38): El objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este Convenio colectivo regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal.

D) A la vista de cuanto antecede, el fallo de la sentencia enlaza los condicionantes y los efectos de su doctrina:

El artículo 1, apartado 1, de la 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 [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, 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 la 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.

SÉPTIMO. Revisión de nuestra doctrina.

1. Recapitulación.

Hasta ahora, nuestra doctrina viene admitiendo la validez de la regulación convencional conforme a la cual puede existir una subrogación empresarial que no posea el régimen jurídico de la prototípica (o legal) sino el negociado por los agentes sociales. Resaltemos diversos aspectos de lo ya expuesto:

A) La exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional.

B) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

C) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una "sucesión de plantilla" no debe acudir a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas.

D) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral.

2. Alineamiento de nuestra doctrina con la doctrina del TJUE.

A) Digamos que tiempo atrás el Tribunal de Luxemburgo ya había sentado una doctrina similar a la del caso Somoza Hermo (STJUE 24 de enero de 2002, *Temco*, C-51/00), conocida y tenida en cuenta por nuestras sentencias. Pero las razones antes expuestas nos habían llevado a pensar que la misma no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (arts. 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las previsiones heterónomas. Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23.

A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos 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 subrogue 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.

B) El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.

Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

C) En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.

Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.

Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial " *siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas*" (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018).

D) En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica" recién aludida.

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

OCTAVO.- Resolución.

Aunque, ciertamente, el giro doctrinal que imprimimos es lo más relevante de nuestra sentencia (y lo

que justifica su deliberación en Pleno por esta Sala; art. 227.2 LRJS) no debemos olvidar que los pronunciamientos de la sentencia resolviendo el recurso de casación unificadora "en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada" (art. 228.1 LRJS) pero sí "a las situaciones jurídicas creadas por la sentencia impugnada" (art. 228.2 LRJS). Apliquemos, pues, la doctrina recién acuñada al presente caso.

1. Las doctrinas enfrentadas.

A) La sentencia de contraste, en sintonía con cuanto hemos venido manteniendo en ocasiones precedentes, considera que no existe posible subrogación con los efectos comunes porque todo lo acaecido deriva de las previsiones del convenio colectivo.

Como hemos expuesto, se trata de doctrina que debemos abandonar. 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).

B) La sentencia recurrida, por el contrario, considera que la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo comporta una sucesión de plantilla subsumible en el art. 44 ET, por lo que la nueva contratista debe responder solidariamente del pago de las deudas salariales contraídas por su antecesora.

C) Antes de resolver el caso interesa recordar la función doctrinal que el recurso de casación unificadora posee.

Las doctrinas contrapuestas no constituyen un dilema puro que obligue a optar entre las posiciones comparadas. Cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

2. Doctrina que debemos aplicar.

El resumen de cuanto hemos expuesto en el Fundamento anterior nos permite sentar las siguientes premisas:

Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratistas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- 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.

Tercero.- 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.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado

por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

3.Consideraciones finales.

La aplicación de la doctrina que acabamos de compendiar aboca a la desestimación del recurso de CLECE. Para una más adecuada tutela judicial y explicación de nuestras razones de decidir conviene añadir alguna precisión adicional.

A) Aquí se discute al hilo de las consecuencias del cambio en una contrata de limpieza. Puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes, etc.) hemos de operar en el entendido de que lo esencial del caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza.

B) Es verdad que el escueto relato fáctico de la sentencia del Juzgado de lo Social (inalterado en suplicación) no afirma que CLECE haya asumido una parte relevante de la plantilla que venía adscrita precedentemente a la limpieza del aeródromo leonés. Tampoco ha acreditado lo contrario, como le correspondía haber hecho si considerase que es lo acaecido.

Además, no cabe duda de que estamos sentando doctrina para un caso en que la empresa entrante sí ha asumido esa parte relevante (cuando no la totalidad) del personal adscrito. Y es que cuando CLECE formaliza el recurso que ahora resolvemos invoca para el contraste una sentencia (la del TSJ de la Comunidad Valenciana) en la que sí aparece como hecho probado que la empresa entrante ha asumido a cuantas personas venían adscritas a la importante contrata de limpieza del Hospital Universitario y Politécnico de Valencia excepto tres.

Por tanto, al igual que sucede en el supuesto de la citada STJUE 11 julio 2018 (Somoza Hermo), debemos partir de que el empleador entrante (Clece, en nuestro caso) asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa (Cleanet Empresarial) destinaba a la ejecución de la contrata.

C) Concluamos: la entrada en juego de las reglas sobre carga de la prueba (art. 217 LEC y concordantes) aboca a considerar que CLECE ha asumido, de acuerdo con el convenio, una parte significativa de la plantilla adscrita a la contrata de que venimos hablando.

Además, esa conclusión se confirma al examinar los hechos probados que la sentencia referencial (aportada por la propia empleadora) contiene.

D) A criterio de la Sala, sin embargo, excede de los límites que la casación unificadora posee el que nos planteemos ahora el examen sobre la eventual ilegalidad parcial del convenio aplicado o sus eventuales consecuencias.

E) De conformidad con el artículo 228.3 LRJS "La sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos".

F) Asimismo, el artículo 235.1 LRJS prescribe que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, incluyendo unas excepciones inaplicables en el presente caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

- 1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Clece S.A.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y León, sede de Valladolid, de 2 de junio de 2016, en el recurso de suplicación núm. 762/2016, formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León, de 30 de septiembre de 2015, recaída en los autos núm. 122/2015, seguidos a instancia de D^a Estibaliz contra las mercantiles Cleanet Empresarial S.L., Pricewaterhouse Coopers Auditores, S.L., Clece, S.A. y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre reclamación de cantidad.
- 3) Declarar la pérdida del depósito constituido para recurrir.
- 4) Acordar que las consignaciones efectuadas se destinen al cumplimiento de la sentencia declarada firme.
- 5) Imponer las costas generadas por su recurso a la mercantil recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

Voto particular

que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez a la sentencia dictada en el recurso 2747/2016.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación 2747/2016, para dejar constancia tanto de las observaciones que en la deliberación del Pleno efectué respecto de la STJUE 11/Julio/18 [asunto Somoza Hermo], cuanto de las objeciones -también formuladas entonces- que hice a la aplicación que de tal doctrina se proponía en el caso enjuiciado, discrepando -siempre con el mayor respeto- de la decisión mayoritaria.

PRIMERO.- 1.- El obligado punto de partida para tales reflexiones no puede ser otro sino el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, cuyo efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15/Julio/1964 [asunto Costa contra Enel]; efecto que fue incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985 [2/Agosto] y aceptado por el art. 93 de la propia Constitución Española (SSTC 145/2012, de 2/Julio, FJ 5; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 130/1995, de 11/Septiembre, FJ 4; 120/1998, de 15/Junio, FJ 4; 58/2004, de 19/Abril, FJ 10; 145/2012, de 2/Julio, FJ 5; y - Pleno- 61/2013, de 14/Marzo, FJ 5. E igualmente, SSTS SG 08/06/16 -rco 207/15-; SG 878/2016, de 17/10/16 - rco 36/16-; y 634/2017, de 14/07/17 - rco 14/17-).

2.- La vigencia de tal principio de primacía comporta que tampoco ofrezca dudas la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, pues de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE -anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver

cuestiones prejudiciales, es vinculante -en concreto- para el Tribunal Supremo, que ha de acatarla; y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial se produzca un cambio en la doctrina comunitaria (SSTS 17/12/97 -rcud 4130/96-; 13/11/98 -rcud 8/98-; 09/02/99 -rcud 2051/98-; 26/12/02 -rcud 644/02-; 17/03/03 -rcud 907/02-; 20/10/04 -rcud 4424/03-; 27/10/04 -rcud 899/02-; y 09/04/13 -rcud 1435/12-).

Es más, el principio de primacía incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» -actual art. 249- [STJCE 13/11/90, Asunto Marleasing, apartado 8. Doctrina de constante reiteración: entre las recientes, sentencias de 11/09/07, Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer; y 25/07/08, Janecek]... (SSTS 24/06/09 -rcud 1542/08-; y 27/09/11 -rcud 4146/10-).

3.- Ahora bien, es asimismo incuestionable que en el marco del art. 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, siquiera pueda proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación *relacionados con el Derecho comunitario* que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido [SSTJC 18/Noviembre/99, Asunto Teckal, apartado 33; 23/Enero/03, Asunto Makedoniko Metro y Michaniki, apartado 55; 04/Marzo/04, Asunto Barsotti y otros, apartado 30; 06/07/06, Asunto Salus; y la propia sentencia Somoza Hermo, ap. 44] (SSTS SG 22/12/08 -rcud 3460/06-; SG 22/12/08 -rcud 856/07-; 10/11/09 -rcud 2514/08-; y 04/07/12 -rcud 2776/11-).

SEGUNDO.- 1.- Las anteriores precisiones vienen al caso desde el momento en que la referida STJUE 11/Julio/18 interpreta el art. 14 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, al subrayar expresamente que «el objetivo perseguido por el Convenio ... es el mismo que el de la Directiva 2001/23...» [ap. 38]. Interpretación que hace, pese a que -por tratarse de una disposición nacional- debiera haber aceptado el criterio de nuestra jurisprudencia, para la cual -como destaca de manera impecable el texto de nuestra sentencia en su FJ Séptimo, apartado 2-, «el deseo de los agentes sociales [era] el de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En este sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23».

En manera alguna -añado ahora- se pretendía por los negociadores del Convenio situar la sucesión de contratas en el marco de la referida Directiva, de por sí limitada a las transmisiones de empresas y por ello ajena -en principio- al fenómeno de la simple sucesión de contratas (entre las más recientes, SSTS SG 07/04/16 -rcud 2269/14-; SG 10/05/16 - rcud. 2957/14-; 604/2017, de 06/07/17 - rcud 1550/16-; 210/2018, de 27/02/18-; y 383/2018, de 10/04/18 - rcud 3684/16-); lo que resulta comprensiblemente deducible de la ausencia originaria del presupuesto subrogatorio [la transmisión de la empresa] y los limitados efectos -en lo personal y económico- atribuidos a la mejora convencional.

2.- A mi juicio, esa inexacta «premisas» de la que partió el TJUE comportó el trascendente resultado de que lo que en principio resultaba ser una exclusiva «consecuencia» negocial [mejora de la estabilidad laboral en supuestos de inexistente transmisión de empresa], pasa a ser considerada «causa» del efecto hasta entonces inexistente [la sucesión empresarial]; lo que en manera alguna se pretendía establecer por los sujetos negociadores, como lo prueban -insisto en ello- las limitaciones que en el convenio se establecen, tanto respecto del personal a adscribir a la nueva contratista [sólo los trabajadores con determinada antigüedad en la contrata], como de las responsabilidades pecuniarias

asumida por ella [excluyendo deudas previas a la asunción de la contrata]. Con aquella inexacta «premisa» se produce una sustancial distorsión de la voluntad negociadora y -por supuesto- una importante alteración del «equilibrio» del Convenio, cuyas consecuencias -en los planos de nulidad o posible renegociación- escapan ciertamente al debate de las presentes actuaciones.

Pero en todo caso también me parece necesario destacar que la nueva doctrina de la Sala Cuarta -obligada consecuencia de la ya referida primacía de la jurisprudencia comunitaria- muy presumiblemente puede alcanzar un efecto perverso para el colectivo de los trabajadores, pues si la asunción de parte de la plantilla en los supuestos negociales en los que por sí mismos no media transmisión de empresa, como es el caso de la mera sucesión de contratas, comporta -ex doctrina comunitaria- el fenómeno subrogatorio originariamente inexistente, bien se comprende que tan novedoso efecto fijado por la presente doctrina puede afectar negativamente -en futuras negociaciones- a la voluntad de la representación patronal de mejorar -como hasta la fecha- la estabilidad laboral en determinados sectores, como el de limpieza o seguridad.

TERCERO.- 1.- Sentado ello, paso a objetar muy someramente la aplicación que de la doctrina del TJUE lleva a cabo el criterio mayoritario, pues si bien sus siete primeros fundamentos jurídicos y los dos primeros apartados del octavo me parecen paradigma de claridad y buena técnica traslativa del criterio comunitario, la aplicación que de ella se hace en el apartado «3» de ese FJ octavo -«Consideraciones finales»- entiendo que no responde con absoluta fidelidad a la exposición previa y en todo caso no atiende a nuestros habituales criterios en materia de unificación de doctrina.

2.- Al efecto debo recordar que la decisión mayoritaria señala -con todo acierto- en su FJ Séptimo [ap. 2] que en «sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación», pero que ese efecto no es automático sino que depende del «conjunto de circunstancias concurrentes», y que ello obliga al «examen de las características de la adjudicación ..., de la realidad transmitida..., del alcance que tenga la asunción de personas...», que resultan ser el «condicionante de la subrogación».

3.- Ahora bien, según aprecio, tan correcta doctrina no es debidamente aplicada cuando en las referidas «Consideraciones finales» [siguiente ap. 3], se sostiene:

a).- «Puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados... hemos de operar en el entendido de que lo esencial del caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza».

b).- Que «... el escueto relato fáctico de la sentencia ... no afirma que CLECE haya asumido una parte relevante de la plantilla... », pero «cuando CLECE formaliza el recurso ... invoca para el contraste una sentencia ... en la que sí aparece como hecho probado que la empresa entrante ha asumido a cuantas personas venían adscritas»

c).-Que por tanto, en autos «debemos partir de que el empleador entrante ... asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa ... destinaba a la ejecución de la contrata». Y que «la entrada en juego de las reglas sobre carga de la prueba (art. 217 LEC y concordantes) aboca a considerar que CLECE ha asumido, de acuerdo con el convenio, una parte significativa de la plantilla adscrita a la contrata de que venimos hablando».

4.- Discrepo de tales afirmaciones -y de la consecuente desestimación del recurso-, porque: a) de un lado, los términos de la asunción de la contrata por la nueva adjudicataria -tanto en el plano personal como en el material- no fueron objeto de debate en la instancia o suplicación, ni de concreción alguna en la decisión recurrida, con lo que si ya su planteamiento por cualquiera de las partes estaría vedado por la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas» que es propia de todo recurso -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, conforme al principio de justicia rogada del que es

consecuencia [epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal] (recientes, 18/12/15 -rco 25/15-; 22/04/16 -rco 168/15-; 30/03/16 -rcud 2797/14-; 14/09/16 -rco 247/15-; SG 12/05/17 -rco 210/15-; SG 624/2017, de 13/07/17 -rco 25/17-; y SG 614/2017, de 12/Julio -rco 278/16-), con mayor motivo ha de rechazarse cuando la desvinculación respecto de los hechos declarados probados se hace por la Sala, incluso si se apoya en el propio examen de las actuaciones y con mayor motivo cuando se fundamenta en estrictas conjeturas; b) esa proscripción de toda «cuestión nueva» y/o desvinculación de los HDP viene determinada tanto por el carácter extraordinario del recurso de casación cuanto por la garantía de defensa de las partes, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (entre muchas anteriores, SSTS 05/02/08 -rcud 3696/06-; 22/01/09 -rco 95/07-; 25/01/11 -rcud 3060/09-; 13/05/13 -rco 239/11-; 21/01/14 -rcud 1194/13-; 22/04/16 -rco 168/15-; y SG 12/05/17 -rco 210/15-); c) las afirmaciones fácticas que han servido de apoyo a la decisión mayoritaria no sólo están vedadas por las anteriores referencias jurisprudenciales, sino que tampoco pueden justificarse -como se hace- argumentando las reglas que atienden a la carga de la prueba [art. 217 LECiv], siendo así que la invocada necesidad probatoria no era exigencia determinada por el debate -en instancia y suplicación-, sino que únicamente surge de la presente aplicación de doctrina comunitaria posterior; d) los términos de la sucesión -materiales y personales- no pueden deducirse de los que efectivamente constan probados en la sentencia referencial, pues -en último término- ello comporta una injustificada presunción de absoluta identidad en las litis, hasta el punto de que la falta de tales datos en la recurrida más bien debiera llevar -admitido el debate en los términos a que obliga la STJUE 11/Julio/18- a apreciar contradicción «a fortiori» entre las sentencias contrastadas; y e) en la recurrida únicamente se hace constar -respecto de los datos que pueden resultar decisivos a efectos del debate- que la actora ha prestado servicios para «Cleanet Empresarial SL» del 05/01/09 al 29/03/15 y que «a partir del día 30 de marzo de 2015 los servicios laborales los presta para la empresa codemandada Clece S.A., que sucedió en la contrata de limpieza a la anterior empresa donde venía prestando sus servicios la actora, subrogándose en el contrato de la misma», y esta escueta referencia no consiente aplicar la nueva doctrina al caso de autos. 5.- Por todo lo indicado, entiendo que la Sala -en efecto- debía rectificar su consolidada doctrina en orden a las consecuencias atribuibles a la sucesión convencional en las contrata, precisamente en los términos que tan correctamente expone la decisión mayoritaria, pero en su aplicación al caso sometido a debate, la solución a adoptar por este Tribunal debiera haber sido la estimación del recurso y la absolución de la nueva contratista, al no estar acreditada la sucesión de la contrata en los términos personales y/o materiales que comportasen -de acuerdo a la nueva doctrina- la sucesión de empresa prevista en el art. 44 ET y determinasen una responsabilidad salarial de la contratista sucesora -por deudas previas a la sucesión en la contrata- diversa a la prevista en el art. 14 del Convenio Colectivo para Empresas de Seguridad.

Madrid a 27 de septiembre de 2018