



Roj: **ATSJ ICAN 2/2018 - ECLI: ES:TSJICAN:2018:2A**

Id Cendoj: **35016340012018200001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2018**

Nº de Recurso: **661/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección: ARM

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Conflicto colectivo N° proc. origen: 0000604/2015-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social N° 1 de Arrecife

Rollo: Recursos de Suplicación N° Rollo: 0000661/2017

NIG: 3500444420150001261

Materia: Modificación cond colectiva

Intervención: Interviniente: A bogado:

Recurrente UNION INSULAR DE CC.OO. DE LANZAROTE

Recurrente SWISSPORT SPAIN AVIATION SERVICES LANZAROTE S.L.

AUTO

NATIVIDAD PEREZ CUBAS

JOSE ALBERTO RODRIGUEZ LLORENTE

Ilmos. /as Sres. /as

SALA

Presidente

D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ (Ponente)

Magistrados

Dª. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de enero de 2018. Dada cuenta;

En el recurso de Suplicación n° 0000661/2017 interpuesto por UNION INSULAR DE CC.OO. DE LANZAROTE y SWISSPORT SPAIN AVIATION SERVICES LANZAROTE S.L. contra sentencia de fecha 30 de noviembre de



2016 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Arrecife de esta Provincia, sobre Modificación cond colectiva, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ.

HECHOS

PRIMERO.- Por D. Domingo, en calidad de Secretario General de la Unión Insular de CCOO de Lanzarote se presentó demanda de juicio ordinario por Modificación cond colectiva contra la empresa Swissport Spain Aviation Services Lanzarote, S.L., en la que previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad con sus pretensiones.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de procedencia se dicta sentencia con fecha 30 de noviembre de 2016 en cuyo fallo se dice textualmente: "...*QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda intepuesta por D. Domingo en nombre y representación de la UNIÓN INSULAR de CCOO de Lanzarote frente a la empresa SWISSPORT SPAIN AVIATION SERVICIES LANZAROTE, S.L, debiendo en consecuencia reconocer el derecho de los trabajadores fijos a tiempo parcial y jornada completa a la libranza de un fin de semana dentro del mes, y también a los trabajadores temporales si las circunstanncias operativas lo permiten. Igualmente, se reconoce el derecho a los trabajadores a tiempo completo a no tener turnos partidos, así como el derecho de todos los trabajadores de que se publiquen los cuadrantes de trabajo los viernes...*".

TERCERO.- La sentencia fue recurrida por la empresa Swissport Spain Aviation Services Lanzarote, S.L. que planteó motivos de revisión fáctica y de censura jurídica.

En la deliberación de la sentencia se acordó el planteamiento de las presentes cuestiones dándose audiencia a las partes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Objeto del litigio:

a. los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo venían prestando servicios para la empresa Multiservicios Aeroportuarios hasta el 16 de octubre de 2015 que fueron subrogados por la nueva empresa adjudicataria de la contrata Swissport Spain Aviation Services Lanzarote, S.L.

b. en el año 2002 la representación de los trabajadores y la empresa entonces adjudicataria del servicio de limpieza de aviones suscribieron un acuerdo sobre libranzas que vino aplicándose pacíficamente por las nuevas empresas adjudicatarias del servicio.

c. en el año 2012 se firmó Acuerdo del Expediente de Regulación de Empleo de Multiservicios Aeroportuarios S.A y los representantes de los trabajadores, recogándose entre otros acuerdos complementarios el siguiente: "La realización de las jornadas fraccionadas se puede realizar con un mínimo de cuatro horas y un máximo de nueve horas diarias en la suma de los dos periodos de trabajo y con un tiempo de descanso entre ambos de hasta cinco horas según las necesidades operativas, para todos los colectivos de trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo completo".

d. en el procedimiento de conflicto colectivo (autos 364/2014), tramitado ante el Social nº 3 de Arrecife se llegó entre las partes (Multiservicios Aeroportuarios y la representación de los trabajadores) a los siguientes términos: "... *Que la empresa, en aras a llegar a un acuerdo y por la paz social, se compromete a lo siguiente:*

1º.-UNIFORMIDAD :

La empresa ha entregado ya la uniformidad de los trabajadores correspondientes al año 2014.

2º.-DISFRUTE DEL FIN DE SEMANA DENTRO DEL MES:

La empresa programará la libranza dentro del mes un fin de semana a los fijos de tiempo parcial y jornada completa, y si las circunstancias operativas lo permiten, se intentará que a los trabajadores temporales se les pueda programar una libranza el fin de semana.

3º.-HORAS FESTIVAS, PERENTORIAS Y COMPLEMENTARIAS .

La empresa abonará las horas festivas. Las horas complementarias o perentorias por retraso o adelanto de vuelos, se compensarán.

La empresa abonará a los trabajadores que hayan realizado horas festivas con anterioridad al día de hoy, que no hayan sido abonadas ni compensadas, antes del 31 de diciembre de 2015.

4º.-JORNADA PARTIDA:



Debido a los picos de trabajo y valles en el Centro del Aeropuerto de Lanzarote, la empresa se compromete a programar a los trabajadores de tiempo parcial fijo, una jornada partida a la semana como mínimo y tres jornadas partidas a la semana como máximo en los meses de vacaciones, es decir, desde el 01 de junio a 31 de octubre de cada año y éstas serán de aplicación proporcional y de forma equitativa para todos los trabajadores parciales fijos.

Por parte del sindicato y de la representación de los trabajadores, se quiere poner de manifiesto que dadas las especiales circunstancias de productividad de la empresa y en aras a dar una cobertura eficaz de los servicios necesarios, quedan fuera de este acuerdo los contratos temporales actuales así como los que la empresa por las citadas necesidades se vea obligada a suscribir en el futuro; no quedando sujetas todas las contrataciones temporales, a las limitaciones temporales (01-06 a 31-10) aquí pactadas.

Y con el fin de llevar un seguimiento de la realización de los turnos en los términos acordados, el representante de los trabajadores, al término de cada mes, revisará los cuadrantes de trabajo poniendo en conocimiento de la Dirección de la empresa los posibles errores, si los hubiera, para que estos sean subsanados.

5.-VACACIONES PENDIENTES COMO CONSECUENCIA DEL ERE DE ABRIL DE 2012:

La empresa se compromete a compensar los días de vacaciones pendientes del ERE 2012-2013 si no hubieran sido disfrutados a los siguientes trabajadores:

- Nieves
- Victoria
- Justiniano
- Patricio
- Camino
- Jose Ignacio
- Frida
- Montserrat
- Verónica
- Pedro Enrique
- Azucena
- Esmeralda
- Marisol
- Tania ."

(Hecho probado conforme al Documento nº 3 del ramo de prueba de la parte actora)...".

e. a raíz de la última subrogación, la empresa Swissport Spain Aviation Services Lanzarote, S.L. no aplica los pactos anteriores, alegando que el artículo 14 del Convenio Colectivo del sector establece que todos los trabajadores pasan a la nueva empresa que los subroga con la organización de turnos y libranzas de la empresa entrante, pretendiendo los trabajadores que se mantenga la validez y aplicación de esos pactos.

La sentencia de instancia ha estimado parcialmente la demanda de los trabajadores, aplicando la doctrina de la sucesión de plantillas con base en la sentencia de fecha 24 de enero de 2002 asunto C-51/00 (Caso Técnico).

La empresa recurre pretendiendo la aplicación del artículo 14 del Convenio Colectivo y negando la sucesión de plantillas y la aplicación de la Directiva, invocando como fundamento la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2016 .

SEGUNDO.- Normativa y jurisprudencia aplicable:

1. la Directiva 2001/23 dispone en su artículo 3 :

1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.



2. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que, en virtud del presente artículo, se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones. En caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación.

3. Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo...".

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece:

"...1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida...".

Por su parte el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores dice textualmente:

"...1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia...".

Con tal amparo legal se suscribió el Convenio Colectivo estatal de empresas de Seguridad 2012/2014 que en su artículo 14 dispone: *"...Los trabajadores subrogados entrarán en la organización de turnos, libranzas y plan de vacaciones de la empresa ccesionaria sin ningún suplemento económico por causa de alguna de estas circunstancias, no pudiéndose partir los turnos a los trabajadores a jornada completa...".*

2. la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado la siguiente evolución en lo relativo a la aplicación de la Directiva a los supuestos de sucesión de contratas y sucesión de convenios colectivos en el sector de empresas de servicios.

a. después de venir negando la posible aplicación en el ámbito de las sucesiones de contratas de la Directiva 2001/23, al entender que solo existirá sucesión de empresas cuando se producía la transmisión de un conjunto de medios materiales o patrimoniales, y no en los casos de sucesión donde lo fundamental era la mano de obra, *aceptó a regañadientes* la doctrina emanada del TJ Unión Europea a propósito de la sucesión de plantillas.

Así, en las sentencias de fecha 20 de octubre de 2004 y 27 de octubre de 2004 (Rec. 442/2003 y 899/2002) se dice lo que sigue: **"...De conformidad con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea -anterior artículo 177 -, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta Sala 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. Esta vinculación se produce, aunque el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pueda suscitar, dicho sea con el debido respeto, ciertas reservas, como ocurrió en el caso del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes (sentencia**



de 9 de marzo de 1999) y como sucedió también con la doctrina de la denominada "sucesión en la actividad", que, acogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1994 (asunto Schmitd) y 7 de marzo de 1996 (asunto Merckx), fue luego revisada en la sentencia Sützen ya citada.

Por ello, es de considerar la reciente sentencia de esta Sala dictada el 20 de octubre de 2004, R.C.U.D. núm. 4424/2003 en la que a propósito de la doctrina comunitaria en materia de sucesión empresarial se afirma que: "Reservas similares suscita ahora también el criterio que se conoce como "sucesión en la plantilla" y que hasta el momento se ha venido afirmando en las sentencias citadas en el fundamento anterior. Y es que, a juicio de esta Sala, difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación "total o parcial" de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad. Pero precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma -que no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social-, la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger, como muestra de modo claro la comparación de las soluciones de los casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal: en la actividad contratada por la empresa Hernández Vidal no se aplicaron las garantías de la sucesión, porque esa empresa no contrató a ninguna trabajadora de la empresa saliente (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Murcia de 13 de enero de 1999), pero estas garantías sí se aplicaron en el caso Sánchez Hidalgo (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 1.999), porque la empresa había contratado a determinadas trabajadoras de la concesionaria saliente, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario...".

b. el 12 de julio de 2010 el Tribunal Supremo dictó una sentencia (Rec. 2300/2009) donde se planteaba la posible aplicación de las reglas de sucesión legal de empresas del artículo 44, habiéndose producido la transmisión de la plantilla por establecerla el Convenio Colectivo .

La Sala del Tribunal Supremo da la siguiente respuesta al recurso que se le plantea, aceptando como sucesión de plantilla la sucesión impuesta por el Convenio Colectivo, afirmando: "...En efecto, si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 -reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea". Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una



actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002)".

Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, como las que contemplan las sentencias de 20 de octubre de 2004 y 29 de mayo de 2008 , los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23 , y esto es lo que sucede en el presente caso a la vista de los hechos declarados probados, pues: 1º) la empresa Limprosi se ha hecho cargo de la actividad de limpieza en la que prestaba servicios la actora, sucediendo en la contrata que antes ejecutaba Limpiezas Arosa; 2º) la limpieza de edificios y locales es una actividad que se basa de forma esencial en el empleo de mano de obra; 3º) la nueva contratista se ha hecho cargo de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata y que figuraban en la lista proporcionada por la anterior contratista y 4º) la garantía de la continuidad de los contratos se establece tanto en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores , como en los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23 .

La parte recurrente alega que en el presente caso la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Así es. Pero el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la sentencia el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries , en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable...".

c. el 7 de abril de 2016 el Pleno del Tribunal Supremo aborda explícitamente el tema de si la subrogación de plantillas que impone el Convenio Colectivo del sector de seguridad privada puede considerarse como un supuesto de sucesión de plantillas, conforme a la doctrina del TJUE, y sujeta, por tanto, a la aplicación de la Directiva, o si es algo distinto a la sucesión de plantillas, y, por tanto no se sujeta a la Directiva.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión en los siguientes términos:

La correcta y completa resolución del presente recurso exige, por un lado, dejar claros determinados aspectos que, sin dificultad, se derivan de los hechos probados de la sentencia recurrida; y, por otro, constatar la normativa aplicable al caso y examinar su alcance e interpretación jurisprudencial.

Por lo que se refiere a los aludidos hechos resulta necesario dejar constancia de que en el presente supuesto de sucesión de contratos de prestación de servicios de seguridad, la empresa que asume la contrata, tras la finalización del encargo a la entidad que venía prestando los reseñados servicios, se hizo cargo del personal en cumplimiento de las previsiones del convenio colectivo aplicable y en las condiciones previstas en el mismo. En efecto, nos encontramos ante un supuesto

-continuación sucesiva en el tiempo de empresas en la contrata de servicios de seguridad para una entidad principal-, en el que no hay una transmisión de empresa entre las dos entidades codemandadas que han venido prestando el servicio sucesivamente, puesto que no existe el traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. En el supuesto aquí contemplado, la asunción de los trabajadores que la entidad SOCOSSEVI, S.L. tenía adscritos a la contrata por parte de la empresa EULEN SEGURIDAD, S.A. no se produce voluntariamente como consecuencia del interés que esta última entidad pudiera tener en orden a un determinado mantenimiento de la actividad contratada; al contrario, como ha quedado reflejado, la asunción de los trabajadores se produce como consecuencia de la imposición ordenada por el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad .

De ello se deriva que no estemos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Esta Sala, a partir de la STS de 5 de abril 1993 , rec. 702/92 , ha señalado, a propósito de la subrogación establecida en el precepto referido, que "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación". Por ello, para garantizar en la medida de lo posible la continuidad en el empleo, en los convenios colectivos se suelen acordar, para el caso de la sucesión de contratistas en las que no se produce el fenómeno de la transmisión previsto en el artículo 44 ET , unas denominadas cláusulas subrogatorias que establecen importantes garantías de empleo para los trabajadores afectados a través de la imposición de la obligación de la empresa entrante de subrogarse en los trabajadores de la saliente adscritos a la contrata. La validez de estas cláusulas no ha venido admitiendo duda alguna porque si el supuesto de hecho a que se refieren queda excluido del artículo 44 ET , resulta perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales afectas a un servicio que permanece



y que ese favorecimiento se realice en unas concretas y determinadas condiciones que son fruto del acuerdo logrado a través de la negociación colectiva.

De esta manera, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02, que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata.

Para concluir entonces que: "CUARTO.- A la vista de todo lo reseñado anteriormente, la Sala entiende que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida y que, por tanto, la nueva empresa adjudicataria del servicio de seguridad que tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo, lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa. Los fundamentos que avalan esta conclusión se apoyan en los razonamientos que se exponen a continuación.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de la Sala han sido constantes en señalar que cuando no se dan los requisitos legalmente previstos la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias de la cláusula del convenio aplicable; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan.

Así, la ya lejana STS de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/1997 señaló que: "en los supuestos de sucesión de contratistas la pretendida transmisión de contratistas, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista; ante la ausencia de aquéllas, en otro caso, sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente" para añadir que "No existe, por tanto, una transmisión empresarial en los términos que se regulan ni en el art. 44 ET ni en el ap. 1 del art. 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14-II-1977, por lo que la posible subrogación de la empresa entrante con relación a los derechos y obligaciones laborales de la saliente de producirse no lo sería por aplicación de tales normas sino con fundamento en el convenio colectivo aplicable, a cuyos presupuestos, extensión, y límites debe estarse". Doctrina reiterada punto por punto por la SSTS de 31 de marzo de 1998, rec. 1744/1997 y de 29 de enero de 2002, rec. 4749/2000.

Referida a empresas de limpieza, la STS de 23 de mayo de 2005, rec. 1674/2004, señaló que "en las contratistas sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida".

La STS de 20 de septiembre de 2006, rec. 3671/2005, referida a un supuesto de sucesión de contratistas de seguridad, reiteró que "en los supuestos de mera sucesión de contratistas, sin transmisión de elementos patrimoniales, no existe una transmisión empresarial en los términos que se regulan en el artículo 44ET ... [por lo que]... la posible subrogación de la empresa entrante con relación a los derechos y obligaciones laborales de la saliente, de producirse, no lo sería por aplicación de tales normas sino con fundamento en el convenio colectivo aplicable cuyos presupuestos, extensión, y límites debe estarse". Más recientemente la STS de 21 de septiembre de 2012, rec. 2247/2011, ha señalado que "los razonamientos que contiene la sentencia recurrida sobre la aplicación en el presente supuesto de las previsiones del artículo 44ET y de la Jurisprudencia de esta



Sala y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no cabe compartirlas, precisamente siguiendo la propia doctrina de esta Sala, que se contiene en sentencias como la de 10 de diciembre de 2008, rec. 3837/2007, porque en el caso presente no se trata del enjuiciamiento de ningún supuesto de sucesión de empresa que pueda haberse producido a tenor del citado art. 44 estatutario (precepto que, por consiguiente, no es aquí objeto de interpretación ni de aplicación), sino que de lo que se trata es de saber si la empresa ... (nueva adjudicataria del servicio) debe o no acoger en su plantilla al actor, como consecuencia de haberle sido confiado el servicio que en determinada dependencia venía hasta entonces prestando "Seguridad ...", anterior empleadora del aludido demandante; y todo ello a tenor únicamente del art. 14.A) del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, pues como decíamos en nuestras SSTs de 10 de julio de 2000, rec. 923/99 y de 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/99, respecto a las dos empresas de vigilancia que se sucedieron en la contrata, la posible obligación de la segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores, no deriva del mandato del art. 44ET, sino concretamente del art. 14.A) del tan repetido convenio".

Con tales fundamentos, nuestra reciente STS de 24 de julio de 2013, rec. 3228/2012, ha señalado con rotundidad en un supuesto en el que se ventilaba la aplicación del artículo 14 del Convenio Estatal de Empresas de Seguridad, que "En el asunto examinado, como anteriormente se ha consignado, no estamos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44ET pues no se ha producido transmisión de activos materiales ni tampoco "sucesión de plantillas", por lo que la única vía por la que, en su caso, procedería imponer la subrogación a la empresa entrante, respecto a los trabajadores de la saliente, sería la establecida en el convenio colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establece."

No constituye óbice alguno para el mantenimiento de la expresada conclusión que la STJCE 29/2002, de 24 de enero -asunto Temco Service Industries - dispusiera que "el artículo 1 apartado 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato". Tal previsión se refiera los efectos derivados directamente de la Directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44ET, pues el Convenio Colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del artículo 44ET. Por ello, la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el artículo 44ET y el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.

En este punto conviene advertir que la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos:

- 1. 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.*
- 2. 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".*
- 3. Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.*
- 4. 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 2001/723/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1ET).*

La conclusión del Tribunal Supremo de esta sentencia (contradiendo lo dicho en la anterior sentencia) es que la sucesión o subrogación impuesta por el Convenio Colectivo no entra en el concepto de sucesión de plantillas a que se refiere el TJUE, porque esta última requiere el elemento de la voluntariedad, y en el caso de la subrogación del Convenio Colectivo la sucesión es obligatoria, al venir impuesta por el mismo. No hay en estos casos sucesión de plantilla y no es de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (que transcribe la Directiva).



3. El TJUE ha abordado la cuestión de la sucesión de contratistas y también la problemática de la aplicación de la Directiva cuando la subrogación viene impuesta por el Convenio Colectivo.

a. Así, en relación con la construcción jurídica de la sucesión de plantilla en los casos de sucesión de contratistas ha afirmado en la sentencia de fecha 11 de marzo de 1997 (Asunto Süzen lo que sigue: "...criterio reiterado por las posteriores sentencias del Tribunal (Asunto C 463/09 y C 51/00 entre otros muchos)". *Que en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (así, las sentencias Süzen, antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33.*

b. En relación con sucesión de plantillas y la sucesión convencional ha dicho lo que sigue en la sentencia de fecha 24 de enero de 2002 (asunto C 51/00; caso TemcoService): "...**Temco sostiene que para que exista transmisión en el sentido de la Directiva, debe transmitirse un conjunto de medios organizados de forma autónoma. Pues bien no es éste el caso cuando, como en el litigio principal, un arrendatario de servicios resuelve un contrato de empresa y celebra uno nuevo con otra empresa, procediendo así a una transmisión de actividad sin transmisión de entidad económica. Sostiene además que el mero hecho de hacerse cargo de una parte del personal no basta para caracterizar dicha transmisión, sobre todo cuando el mantenimiento del personal ha sido impuesto por un convenio colectivo sectorial como el CCT de 5 de mayo de 1993.**

Si bien Temco sostuvo en la vista que un convenio colectivo sectorial (CCT de 5 de mayo de 1993), le obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC, dicha circunstancia, en todo caso, carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el CCT de 5 de mayo de 1993 es el mismo que el de la Directiva y que este convenio colectivo se refiere expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, al caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal.

El artículo 1.º, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, 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 centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato...".

TERCERO.- Argumentos de las partes:

Dado traslado a las mismas no hay hechas alegaciones.

CUARTO.- Razones que justifican las cuestiones prejudiciales:

La cuestión controvertida consiste en determinar si en los casos de subrogación empresarial por sucesión de contratistas de servicios operadas por mandato del Convenio Colectivo estamos a presencia de una sucesión de plantillas, tal y como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las sentencias antes citadas, y por tanto, si queda tal subrogación empresarial sujeta al ámbito de la Directiva, y, por tanto, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que la ha traspuesto al derecho español.

Dicho Tribunal ha declarado:

Que en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (así, las sentencias Süzen, antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros,



C-173/96 y C-247/96 , Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00 , Rec. p. I-969, apartado 33.

Aplicando la doctrina que emana de esta jurisprudencia interpretativa de la Directiva 2001/23, entiende la Sala que la actividad de vigilancia de las instalaciones descansa en la mano de obra, y en la medida en que el cesionario se ha hecho cargo de toda la plantilla con arreglo al Convenio Colectivo del sector debería entenderse que se mantiene la identidad de la entidad económica en el sentido del artículo 1.1 b) de la Directiva, y ello, en contra de la que sostiene el Tribunal Supremo, aunque la subrogación no se produzca por acuerdo entre las partes, sino por imposición del Convenio Colectivo.

Ello nos lleva a plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿Se aplica 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión de contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad?
2. ¿Es conforme a la Directiva Comunitaria (interpretada por el TJUE) la interpretación del Tribunal Supremo español que considera que en los casos de sucesión de plantillas por imposición del Convenio Colectivo no existe transmisión de empresas, al faltar el requisito de la voluntariedad en la transmisión, y, por tanto, no se sujeta a la aplicación de la Directiva?
3. ¿Puede entenderse que de conformidad con la regulación de la Directiva, en los supuestos de empresas de servicios, cuando el Convenio Colectivo del sector impone la obligación de subrogación de la plantilla, estamos a presencia de una sucesión de plantilla, y, por tanto, de una transmisión de empresas en el sentido de la citada Directiva?
4. ¿De dar respuesta positiva a las tres anteriores cuestiones, es conforme con el artículo 3 de la Directiva el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2012/2014 que establece en los casos de subrogación de plantillas con arreglo al Convenio Colectivo, que los trabajadores subrogados no mantienen los derechos y obligaciones que tenían en la empresa cedente así como las condiciones de trabajo pactadas mediante Convenio Colectivo?

En base a los antecedentes y consideraciones expuestos, y conforme al art. 267 b) TFUE ; art. 23 Estatuto TJUE (Protocolo nº 3 sobre el Estatuto del TJUE anejo a los Tratados), art. 93 Reglamento TJUE (DOUE 29/09/12) y Recomendaciones 2016/C 439/01

Vistos los artículos citados y aquellos otros de general y pertinente aplicación.

ACORDAMOS

Primero.- Plantear en trámite de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes preguntas:

1. ¿Se aplica 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión de contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad?
2. ¿Es conforme a la Directiva Comunitaria (interpretada por el TJUE) la interpretación del Tribunal Supremo español que considera que en los casos de sucesión de plantillas por imposición del Convenio Colectivo no existe transmisión de empresas, al faltar el requisito de la voluntariedad en la transmisión, y, por tanto, no se sujeta a la aplicación de la Directiva?
3. ¿Puede entenderse que de conformidad con la regulación de la Directiva, en los supuestos de empresas de servicios, cuando el Convenio Colectivo del sector impone la obligación de subrogación de la plantilla, estamos



a presencia de una sucesión de plantilla, y, por tanto, de una transmisión de empresas en el sentido de la citada Directiva?

4. ¿De dar respuesta positiva a las tres anteriores cuestiones, es conforme con el artículo 3 de la Directiva el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2012/2014 que establece en los casos de subrogación de plantillas con arreglo al Convenio Colectivo, que los trabajadores subrogados no mantienen los derechos y obligaciones que tenían en la empresa cedente así como las condiciones de trabajo pactadas mediante Convenio Colectivo?

Segundo.- Suspender las presentes actuaciones mientras se resuelven tales cuestiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Remítase testimonio de la presente resolución, junto con copia de los Autos, al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo» y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial - Fax: 91 7006 350 - (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles de que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta resolución, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJES