

Roj: **STS 4103/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4103**Id Cendoj: **28079130042017100415**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **14/11/2017**Nº de Recurso: **78/2017**Nº de Resolución: **1732/2017**Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de noviembre de 2017

Esta Sala ha visto con la composición más arriba indicada, el recurso de casación por interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia [Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, redacción según novela de la Ley orgánica 7/2015 (en adelante LJCA)] interpuesto contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de septiembre de 2016. Ha sido parte recurrente la entidad mercantil Garbaldi, S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar López Revilla y asistida por la Letrada doña Amaya Barrenechea Júdez y recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, don Pascual Espín Alcaraz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La resolución de 27 de enero de 2015 de la Dirección Provincial de Vizcaya-Bizkaia de la Tesorería General de la Seguridad Social denegó la solicitud de la empresa Garbaldi, S.A. de grabación de la condición "P" en los datos de los trabajadores de la relación presentada por dicha empresa, sin aplicarle por ello las bonificaciones del Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida. Dicha resolución fue confirmada en alzada el 17 de marzo siguiente.

El RDL 3/2014 establece una bonificación de cuotas empresariales a la Seguridad Social en los siguientes términos:

«Con efectos de 25 de febrero de 2014, cuando se cumplan las condiciones y requisitos establecidos en este artículo, la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes se reducirá, en los supuestos de contratación indefinida, a las siguientes cuantías:

- a) Si la contratación es a tiempo completo, 100 euros mensuales.
- b) Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, 75 euros mensuales.
- c) Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, 50 euros mensuales.

Estas reducciones se aplicarán durante un período de 24 meses, computados a partir de la fecha de efectos del contrato, que deberá formalizarse por escrito, y respecto de los celebrados entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014» (artículo único, apartado 1).

El apartado 2 del mismo artículo único dispone que para beneficiarse de esas reducciones las empresas deben cumplir los siguientes requisitos, que no fueron objeto de controversia por aceptarse que Garbaldi S.A. los cumplía:

«a) Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores como durante la aplicación de la aportación empresarial reducida. Si durante el período de aplicación de la reducción existiese una falta de ingreso, total o parcial, de las obligaciones en plazo reglamentario, se producirá la pérdida automática de la reducción a partir del mes en que se produzca el incumplimiento.

b) No haber extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido unos u otros declarados judicialmente como improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción. Tampoco podrán haberse extinguido contratos de trabajo por despidos colectivos realizados en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción.

A los efectos del cumplimiento de este requisito no se tendrán en cuenta las extinciones que se hayan producido antes del 25 de febrero de 2014».

Sin embargo, la Tesorería General de la Seguridad Social denegó a Garbaldi, S.A. la grabación de la citada condición "P", para la aplicación de la bonificación, denominada "*tarifa plana*" del RDL 3/2014, al entender que los trabajadores a los que quería aplicarse, figuraban de alta desde el 01.01.15 pero se trataba de trabajadores subrogados que habían causado baja en la empresa anterior en diciembre del 2014, en la que ya figuraban con contratos indefinidos, por lo que no se trataba de *nuevas* contrataciones indefinidas que hubieran de mantenerse al menos tres años, cuando el RDL se dirige, conforme a su exposición de motivos, a la creación neta de empleo estable.

SEGUNDO.- La entidad mercantil Garbaldi, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones indicadas ante la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La Sala dictó sentencia el 28 de septiembre de 2016 , desestimando el recurso con la siguiente parte dispositiva:

"Que, debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Garbaldi, S.A. contra la resolución de 17 de marzo de 2015 de la Dirección provincial de Bizkaia de la TGSS, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 27 de enero de 2015 de la administración 48/05 (Sestao), por la que se resuelve denegar la solicitud de grabación de la condición "P" en los datos de los trabajadores presentada por Garbaldi S.A".

La Sala se remite a otra sentencia suya anterior (la 283/2016 de 15 de junio), también impugnada ante esta Sala conforme a la redacción anterior de la LJCA (Casación 424/2015), que apreció que no era aplicable al supuesto enjuiciado la reducción en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida que establece el Real Decreto Ley 3/2014 de 28 de febrero. Todo ello al encontrarse en ambos casos en un supuesto de subrogación en contrataciones previas indefinidas, por lo que, dijo, no se incrementaba el número de trabajadores con contratación indefinida, al margen de que sí se viera incrementado respecto de la empresa demandante.

TERCERO.- Garbaldi, S.A. preparó recurso de casación contra esta sentencia por considerar que infringía el citado Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, en relación con la Disposición adicional 17ª del Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre , de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y entidades locales y otras de carácter económico. Sostuvo que, al regular la conocida como tarifa plana, pertenecían ambas al Derecho estatal no encontrándose incurso en ninguna de las excepciones legalmente establecidas (artículo 86.3 LJCA).

Justificó la existencia de interés casacional objetivo en que la sentencia afecta a un gran número de situaciones, por cuanto la resolución de la controversia no sólo afecta a los 85 trabajadores de Garbaldi afectados en el procedimiento, sino también al resto de la plantilla y demás trabajadores del resto de empresas, tras su masiva aplicación en todo el Estado; y en que no existe jurisprudencia sobre las normas que considera infringidas y que la sentencia ha aplicado como fundamento de su razón de decidir.

CUARTO.- Por auto de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de diciembre de 2016 se tuvo por preparado el recurso y se emplazó a las partes para que comparecieran ante esta Sala del Tribunal Supremo dentro del plazo de treinta días, remitiendo a esta Superioridad los autos originales y el expediente administrativo. Comparecieron en tiempo y forma la parte recurrente y la parte recurrida, la cual no se opuso a la admisión dentro del término del emplazamiento.

QUINTO.- La Sección Primera de esta Sala, de admisión de recursos, admitió a trámite el recurso de casación en auto de 3 de abril de 2017 y precisó, de acuerdo con el artículo 90.4 de la LJCA, que las cuestiones en las que entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1. Si resulta de aplicación la reducción en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida conocida comúnmente como "tarifa plana" (prevista en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero) en los casos en los que la contratación indefinida efectuada se refiera a trabajadores que ya estaban contratados con ese mismo carácter (indefinido) en compañías de las que la empresa interesada es sucesora.

2. O, si, por el contrario, a los supuestos de subrogación empresarial les afecta la exclusión contenida en la letra f) del apartado 3 del artículo único del Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, cuando, como ocurre en el caso, los trabajadores contratados por la sucesora ya estaban vinculados a la empresa anterior con carácter indefinido sin que se disfrutara de la reducción con anterioridad a aquella subrogación.

Finalmente, y de acuerdo con el mismo artículo 90.4 de la LJCA, identificó como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación los apartados 2 y 3 del artículo único del Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida y la disposición adicional decimoséptima del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta **Sección Cuarta** la Procuradora doña Pilar López Revilla presentó escrito de interposición del recurso, que divide en dos apartados.

En el primero expone, como antecedentes de hecho, que el 1 de enero de 2015 la empresa Garbaldi, S.A. dio de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a 85 nuevos trabajadores con contrato indefinido. El alta estuvo precedida de la correspondiente baja en la Seguridad Social en las empresas empleadoras a las que estaban adscritos, denominadas " *Servicios Auxiliares de mantenimiento y limpieza, S.L.* " e " *ISS Soluciones de limpieza Direct S.A.* ", tratándose de trabajadores subrogados. Afirma que Garbaldi S.A. no es la misma empresa que las cesionarias ni mantiene con ellas ningún grado de dependencia empresarial. Como consecuencia de la contratación y alta de esos trabajadores vio incrementada su plantilla total en situación de alta, con respecto al periodo de 2 de diciembre a 31 de diciembre de 2014, esto es, el promedio de los treinta días anteriores al contrato. Solicitó la tarifa plana regulada en el RDL 3/2014, habiendo declarado la sentencia que impugna que no le asiste ese derecho por tratarse de personal subrogado por la recurrente al estar contratados éstos en las empresas citadas, de las que resulto ser sucesora.

En el apartado segundo articula su impugnación en dos motivos.

En el primero, que formula al amparo de los artículos 86.3, por tratarse de Derecho estatal; 88.2 c), por afectar a gran número de situaciones y 88.3 a), por no existir jurisprudencia, de la LJCA (Novela de la LO 7/2015), defiende que la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado en forma errónea el apartado 2 del artículo único del RDL 3/2014, en relación con el RDL 17/2014 y con el artículo 3.1 del Código civil y 9 de la CE, con referencia a los requisitos de la tarifa plana.

Sostiene que la razón de decidir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco amplía indebidamente el requisito de la letra c) del apartado 2 del artículo único del RDL 3/2014, exigiendo que a la celebración de contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa, en los 30 días anteriores a la celebración del contrato, se anude el alumbramiento de puestos de trabajo antes inexistentes en el sistema general de la Seguridad Social, obviando el sentido propio de las palabras de la norma y su finalidad principal consistente en obtener una mayor estabilidad en el empleo, para lo que destaca la exposición de motivos del Real Decreto Ley.

En lo que califica de motivo segundo, que apoya en los mismos preceptos legales de la Ley de este orden jurisdiccional antes citados, considera que la sentencia ha interpretado en forma errónea el apartado 3 del artículo único del RDL 3/2014, en relación con el RDL 7/2014 y con el artículo 3.1 CC y 9 de la CE, con referencia a las excepciones de la tarifa plana. Sostiene que la sentencia infringe el apartado 3 del citado artículo único al añadir por vía judicial nuevas excepciones no previstas en la norma. Alega que en un supuesto de subrogación convencional la empresa cedente y la empresa cesionaria son rigurosamente autónomas e independientes, existiendo en cada momento temporal dos empresarios distintos y no un empresario único real y efectivo. La Administración actuante y por extensión la sentencia completan la dicción literal de la norma con un argumento de refuerzo que se basa en una interpretación analógica. La " *misma empresa o entidad* " a que se refiere el apartado 3 de artículo único de la norma no es lo mismo que la *subrogación* por cambio de empleador. Aparte de las exigencias de la seguridad jurídica entiende que las excepciones se deben interpretar en forma restrictiva, y trae a colación el artículo 6 c) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que amplía la exclusión a

los casos de subrogación pero para ello hace una referencia expresa y cita el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

Pide que, con estimación del recurso, se case y anule la sentencia de instancia y, en su lugar, se estime íntegramente el recurso interpuesto por Garbinaldi S.A. reconociendo el derecho de la actora a aplicar las reducciones en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes (tarifa plana) con respecto a los 85 trabajadores objeto del procedimiento judicial, con imposición de las costas en instancia y en casación a la parte recurrida.

SÉPTIMO.- En providencia de 12 junio de 2017 la Sección competente para la tramitación y decisión del recurso acordó, en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA , tener por interpuesto el recurso de casación y dar traslado a la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días.

OCTAVO.- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social formuló su contrarrecurso pidiendo la desestimación del recurso. Recuerda el título del Real Decreto Ley 3/2014, que tiene por objeto y sentido la elaboración de medidas para el fomento del empleo y la contratación indefinida. Subraya la exposición de motivos de la norma, de acuerdo con lo expresado en la sentencia, que evidencia que su finalidad es la generación de empleo estable. La recurrente no produjo un incremento de las contrataciones indefinidas toda vez que los trabajadores subrogados ya tenían una previa contratación indefinida, lo que impide la estimación del recurso.

Respecto de la infracción del apartado 3 del artículo único del RDL 3/2014 en relación con el RDL 17/2014 y con el artículo 3.1 CC y el 9 de la CE entiende que dicho precepto no integra la esencia argumental de la sentencia sino un mero apoyo en su razonamiento porque la sentencia percibe que dicha norma no puede aplicarse directamente a la subrogación empresarial, pero sí encierra la exclusión del supuesto de trabajadores previamente vinculados a la empresa mediante contrato indefinido, lo que enlaza con la justificación de la exclusión cuando por vía de subrogación la empresa incorpora trabajadores que venían prestando la relación laboral con contrato indefinido en las empresas de las que el demandante fue sucesora.

NOVENO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista.

Conclusas las actuaciones, la Sala acordó de oficio, conforme a lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA , la celebración de vista pública el día 17 de octubre de 2017, a partir las 10 horas de su mañana, por considerarla necesaria. Tuvo lugar en el día y hora señalados.

En su informe la Letrada de la recurrente insistió en los hechos -que subrayó no habían sido controvertidos- por considerar que eran reveladores. Relató que el 1 de enero de 2015, y por ello en el plazo de prórroga establecido en la disposición adicional decimoséptima del Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre , la recurrente contrató y dio de alta en la Seguridad Social a 85 trabajadores con contratos indefinidos y que incrementó de esta forma el número total de trabajadores en la empresa; los incorporados habían sido dados de baja previamente en las empresas cedentes, porque existió una subrogación convencional, y pasaron a prestar servicios en Garbinaldi, S.A, que cuenta entre sus actividades con la actividad de servicios de limpieza. Eran trabajadores que, en virtud del convenio colectivo aplicable en la materia, hubo de contratar Garbinaldi al contratar un servicio público de limpieza. Subraya que los trabajadores de las empresas cedentes pasaron a incorporarse, y a todos los efectos, a la plantilla de Garbinaldi S.A. como nueva empleadora; la misma sentencia reconoce que la plantilla de Garbinaldi se incrementó. Entiende que el apartado 2 c) del artículo único del RDL 3/2004 refiere el incremento que prevé a la empresa e insiste en que se cumplirían, con éste, todos los demás requisitos que exige la norma, lo que se corroboraría en la exposición de motivos del Real Decreto Ley. Para la norma a interpretar no es relevante que los trabajadores tuvieran un contrato de trabajo indefinido en las anteriores empresas. El RDL no trata de reducir las listas de desempleo. Un empresario que decida acometer un proyecto empresarial, y más en contratos de servicio público de limpieza, que tienen costes empresariales muy vinculados al coste de la mano de obra, debe gozar de la necesaria seguridad jurídica; por ello siendo la norma a interpretar de redacción meridianamente clara no puede quedar al albur de interpretaciones de la Seguridad Social como la que se combate el proyecto que se acometa por el empresario. Se opone a la interpretación del apartado f) del artículo 3 del RDL que resulta de la sentencia y descartó que sea aplicable a la recurrente, como ha reconocido en su contrarrecurso la Administración de la Seguridad Social, considerando que lo que trata ese precepto es evitar fraudes de ley, en los que la recurrente no ha incurrido al solicitar la tarifa plana, porque cumple todos los requisitos para ello. Pide, en conclusión, la casación de la sentencia y la estimación del recurso.

El Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, como parte recurrida, informó en la vista entendiendo que la controversia jurídica estaba perfectamente centrada por los supuestos de hecho y por los escritos de



las partes y que era esencial en el caso la intención o finalidad de la norma, que entiende ha sido acogida acertadamente por la sentencia de instancia.

Insiste la Administración recurrida en que el Real Decreto Ley trata de regular el mercado de trabajo en general y no en el ámbito exclusivo de una empresa. El espíritu de la norma es la creación de nuevos contratos indefinidos de trabajo en general y no en el marco de una empresa concreta; no se trata, por ello, de que un contrato indefinido se pierda en el ámbito de la empresa cedente pero se aumente en el ámbito de la empresa cesionaria. Eso no aumenta los contratos indefinidos y no está en el espíritu de la norma en ningún caso. La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2014 lo dice claramente y lo recoge así la sentencia de instancia. El apartado f) del artículo 3, ya se aplique en forma directa o al soslayo, refuerza la tesis de que lo que la norma trata es de regular el mercado de trabajo en general. Pide por ello la desestimación del recurso.

Visto para sentencia, tuvo lugar a continuación la deliberación, votación y fallo del recurso, en los términos que establece el artículo 353 de la LOPJ y se pasó a la firma el día 2 de noviembre siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 93.1 de la LJCA esta Sala debe fijar la interpretación de las normas sobre las que el auto de admisión de este recurso extraordinario de casación considera necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

La Sección de admisión ha precisado que las cuestiones que revisten interés objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1. Si resulta de aplicación la reducción en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida, conocida comúnmente como "tarifa plana" (prevista en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero) en los casos en los que la contratación indefinida efectuada se refiera a trabajadores que ya estaban contratados con ese mismo carácter (indefinido) en compañías de las que la empresa interesada es sucesora.

2. O si, por el contrario, a los supuestos de subrogación empresarial les afecta la exclusión contenida en la letra f) del apartado 3 del artículo único del Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, cuando, como ocurre en el caso, los trabajadores contratados por la sucesora ya estaban vinculados a la empresa anterior con carácter indefinido sin que se disfrutara de la reducción con anterioridad a aquella subrogación.

Identifica el auto como normas jurídicas que en principio deben ser objeto de interpretación los apartados 2 y 3 del artículo único del Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida y la disposición adicional decimoséptima del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

SEGUNDO.- Para dar respuesta a la primera cuestión conviene reproducir el párrafo c) del apartado dos del artículo único del RDL 3/2014, que exige el siguiente requisito para acceder a las bonificaciones de la Seguridad Social:

«c) Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa. Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en los treinta días anteriores a la celebración del contrato».

El artículo 3.1 del Código civil enuncia, como primer criterio hermenéutico, que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras. Examinada conforme a su tenor literal, la norma a interpretar establece en realidad dos requisitos:

- a) Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento del nivel de empleo indefinido y
- b) Que dichos contratos indefinidos supongan un incremento del nivel de empleo total de la empresa.

La referencia concreta a la empresa que celebra los contratos sólo se expresa respecto de la segunda de las exigencias; esto es, la de que los contratos indefinidos supongan un aumento del nivel de empleo total de la empresa. En lo demás, y según el sentido propio de sus palabras, el apartado 2 c) no precisa que el incremento del nivel de empleo indefinido se deba referir al ámbito de una empresa concreta.

En los casos en los que la contratación indefinida efectuada se refiera a trabajadores que ya estaban contratados con el mismo carácter indefinido en compañías salientes, de las que la empresa interesada -o entrante- asume los contratos por mandato del convenio colectivo del sector es evidente que no ha habido

incremento del nivel de empleo indefinido, por lo que no puede entenderse que les sea de aplicación la bonificación por "tarifa plana". En consecuencia la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas merece una respuesta negativa ya desde la mera interpretación literal del apartado 2 c) del artículo único del RDL 3/2014.

La letrada de la recurrente opuso en la vista la importancia que tiene la claridad de una norma de bonificación en la Seguridad Social para una decisión empresarial en un sector en el que la actividad descansa en forma muy importante en el peso de la mano de obra. A la luz de lo que se acaba de exponer, no aprecia la Sala que la dicción del apartado 2 c) del Real Decreto ley 3/2014 atente contra el principio de seguridad jurídica y que por tanto sea atendible esa objeción.

TERCERO.- Se corrobora esta apreciación si se atiende al espíritu y la finalidad del RDL 3/2014, que constituye otro de los cánones de interpretación que contempla en forma expresa el artículo 3.1 *in fine* del Código civil. Para ello es pertinente acudir al *preámbulo* del RDL 3/2014 -llámese así o *exposición de motivos*, término que, en sentido propio, se atribuye a las leyes, - dado que tiene un valor cualificado como pauta de interpretación y es un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada (por todas, STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 7 y Fallo).

El preámbulo del RDL demuestra que éste no atiende sólo a la " *estabilización del mercado de trabajo* ", como se ha sostenido en el debate, sino a " *la creación de empleo en el contexto de crecimiento económico* ". Refiere que « *la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2013 reflejó creación neta de empleo en términos desestacionalizados, algo que no se observaba desde el primer trimestre de 2008* » y que " *las previsiones estiman que se producirá una creación de empleo neta en 2014, a pesar de que el crecimiento será todavía moderado al continuar el proceso de corrección de desequilibrios acumulados en el pasado* ". Por ello, además de las diferentes modificaciones normativas a que se refiere, considera necesario [...] " *ir más allá y aprobar medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida a través de una importante reducción de las cotizaciones sociales para favorecer la creación neta de empleo estable* ".

" *Esta reducción se articula a través del establecimiento de una tarifa plana reducida de las cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas que mantengan el empleo neto durante al menos tres años. La medida beneficia, por tanto, a las empresas que apuesten por incrementar sus plantillas de forma estable, las cuales deben constituir el motor de la transformación estructural de la economía española, y contribuye a que la recuperación sea más rápida y se produzca desde bases más sólidas desde el primer momento* " [...] " *Con el objetivo de incentivar la contratación indefinida, se aprueba una importante reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social para todas aquellas empresas que formalicen este tipo de contratos. Se podrán beneficiar de esta medida todas las empresas, con independencia de su tamaño, tanto si la contratación es a tiempo completo como si es a tiempo parcial, respecto de los contratos celebrados entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, siempre que suponga creación de empleo neto* ".

Por lo expuesto el requisito de que los contratos indefinidos supongan un incremento total del nivel de empleo indefinido debe considerarse, como defendió en la vista de este recurso el Letrado de la Administración recurrida, una exigencia de carácter general. Se trata de un mecanismo acorde con las medidas de dinamización del mercado de trabajo de las últimas décadas, desde la puesta en marcha en la década de los noventa del siglo pasado de la Estrategia Europea del Empleo y que se refleja hoy en el inciso final del artículo 17.3 del Estatuto de los Trabajadores, que orienta el fomento prioritario del empleo estable de trabajadores desempleados y de conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

Una correcta interpretación del apartado 2 c) del artículo único excluye de su ámbito de aplicación los supuestos en los que los contratos indefinidos no supongan un incremento total del nivel de empleo indefinido o, como ha entendido correctamente la sentencia recurrida, una *creación neta de empleo estable*.

CUARTO.- La Sección de admisión cuestiona también si a los supuestos de subrogación empresarial les es aplicable la exclusión contenida en la letra f) del apartado 3 del artículo único del Real Decreto Ley 3/2014 cuando, como ocurre en el caso, los trabajadores contratados por la empresa entrante ya estaban vinculados a la(s) empresa(s) anterior(es) con carácter indefinido sin que se disfrutara de la reducción con anterioridad a la subrogación.

La respuesta a la primera cuestión es suficiente para resolver la controversia que ha dado lugar a esta casación, aunque es pertinente interpretar también la norma que se cuestiona. Para ello procede transcribir lo establecido en el precepto, en el que se dispone (apartado 3) que las reducciones previstas en el artículo único no se aplicarán en los siguientes supuestos, siendo de relieve el apartado f) que reza:

«Contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido».

QUINTO.- Es evidente que el precepto no es de aplicación a este caso, ni lo ha aplicado la sentencia de instancia como razón de decidir, por lo que la cuestión carece de relieve a efectos de la pretensión de casación de la sentencia de instancia, que es lo que efectúa la recurrente en lo que denomina motivo segundo de su recurso.

La reforma operada en la LJCA por la Ley orgánica 7/2015 ha eliminado, sin duda para suavizar el rigor formal del recurso de casación, la mención que contenía el artículo 88.1 de la Ley 29/1988 a los motivos en que podía fundarse este recurso pero esa supresión no significa que el nuevo recurso haya dejado de caracterizarse como un recurso extraordinario, ni que sea necesario efectuar en él una concreción de las razones jurídicas - id est: *los motivos* - en que la parte recurrente apoya su pretensión de casación de la sentencia [artículo 89.2 apartados b y d) de la LJCA] como ha hecho en este caso la recurrente.

Aceptando ese planteamiento es obligado concluir, sin embargo, que la pretensión de la recurrente no puede prosperar porque, como bien objeta el Letrado que representa a la Seguridad Social en su contrarrecurso, el apartado 3 f) del artículo único del RDL 3/2014 no integra la esencia argumental de la sentencia de instancia, sino que se trae a colación en ella, tal vez sin una excesiva claridad, sólo como un simple apoyo legal a su verdadera razón de decidir, por la que niega la aplicación de las bonificaciones del Real Decreto Ley 3/2014 a una subrogación empresarial convencional cuando no existen como consecuencia de la misma nuevos contratos indefinidos, sino la incorporación a la empresa que se subroga de trabajadores que ya tenían contrato de trabajo en las empresas salientes.

La empresa que, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo del sector, se subroga en los contratos es distinta, autónoma e independiente de las empresas subrogadas, como ha defendido correctamente la Letrada de la parte recurrente, lo que excluye la aplicabilidad directa del apartado 3 f) a este caso, pero preciso es reconocer que en ambos supuestos no se ha creado empleo neto indefinido lo que justifica, en ese único sentido, que se traiga a colación la norma del apartado 3 f) como simple refuerzo en la argumentación, con lo que damos respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas. Y es de añadir que la impugnación en casación de un razonamiento de la sentencia de instancia que no afecta a su razón de decidir no puede dar lugar a la casación de la sentencia, como resulta hoy en forma expresa de lo dispuesto en el citado artículo 89.2.d) de la LJCA .

Es de añadir, aunque a efectos meramente prejudiciales, que el supuesto de subrogación convencional en los contratos de trabajo no se puede subsumir, ni siquiera por analogía, en la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , como podría desprenderse del razonamiento de la sentencia de instancia.

Una lectura atenta de la misma revela que es la propia sentencia recurrida la que descarta esa consideración, como lo confirma la referencia que efectúa a la sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 27 de abril de 2016 (rcud 329/2015) que viene a negar la aplicabilidad del artículo 44 del ET a supuestos en los que se produce a una mera ejecución de la actividad económica, aunque sea de un sector de actividad como el de los servicios de limpieza. Cabe añadir a esa sentencia las de la misma Sala Cuarta de este Tribunal de 6 de julio de 2017 (rcud 1669/2016), con referencia a la abundante jurisprudencia del TJUE en la materia y a la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, así como la sentencia de la misma Sala Cuarta de 1 de junio de 2016 (rcud 460/2014). Tampoco con esa perspectiva sería de aplicación analógica el apartado 3 f) del artículo único del RDL 3/2014.

SEXTO.- Por último, la interpretación de la disposición adicional decimoséptima del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre , no plantea problema de interpretación alguno. Viene a colación sólo porque prorroga «durante tres meses la reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida prevista en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida respecto de los contratos celebrados entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2015», por lo que de dicha disposición resulta que la interpretación de las normas por interés casacional objetivo que se postula en este recurso (*ius constitutionis*), se revela como decisiva para la impugnación de la recurrente (*ius litigatoris*), aunque de lo expuesto hasta aquí resulta ya la necesaria desestimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- Respuesta a las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia.

En mérito de lo expuesto, la respuesta a las cuestiones en las que el auto de admisión del recurso de casación apreció la concurrencia de interés casacional es la siguiente:

1) La reducción en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida prevista en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, conocida como "tarifa plana"



no es aplicable en los casos en los que no hay creación de empleo indefinido neto, porque la contratación indefinida efectuada afecta a trabajadores que ya estaban contratados con el mismo carácter indefinido en empresas de las que el empleador interesado es sucesor en virtud de una subrogación dimanante de convenio colectivo.

2) La exclusión del apartado 3 letra f) del artículo único del Real Decreto Ley 3/2014 no es aplicable en forma directa (ver FJ 5 de esta sentencia) a los trabajadores que ya estaban vinculados con carácter indefinido a una empresa saliente, cuando son contratados por una empresa sucesora de la anterior, por mandato del convenio colectivo del sector.

OCTAVO.- Los razonamientos que anteceden conducen a declarar que no ha lugar al recurso de casación.

No procede imponer las costas de esta casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una de ellas las causadas a su instancia y las comunes por mitad, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.3 en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, al no ser apreciable temeridad o mala fe ni en el recurso ni en el contrarrecurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por Garbaldi, S.A. contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de septiembre de 2016. 2.- Cada parte abonará sus costas respecto de las de esta casación, en los términos expresados en el último fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-