

Negación de bonificaciones a contrata de limpieza tras subrogación de personal via convenio colectivo [Sentencia del tribunal supremo (Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 2017]

Denial of bonuses in cleaning contracts after the transferring of employees by collective agreement (Judgment of the Supreme Court (Contentious-Administrative) of 14th November 2017)

INMACULADA BALLESTER PASTOR

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

Resumen

La subrogación de trabajadores es obligatoria para las empresas contratistas cuando así lo dispone el convenio colectivo de sector aplicable. Se trata este mecanismo de un beneficio que protege y genera estabilidad en el empleo. Tal obligación logra la subrogación de la empresa sucesora en los contratos de los trabajadores afectados, permaneciendo el vínculo contractual invariable, por lo que estos contratos no son nuevos contratos. Ello supone que se pierda el derecho a percibir bonificaciones por contratación en la empresa contratista entrante puesto que no hay nuevos contratos sino que únicamente cambia el empleador. Tal denegación es confirmada por el Alto Tribunal, a la vista de lo dispuesto en el RDL 3/2014, de 28 de febrero. La fundamentación del Tribunal precisa, no obstante, remitirse a la doctrina emanada desde la Sala de lo Social, ineludible en el conflicto generado por un mecanismo tan garantista como extraño: la subrogación de trabajadores vía convencional.

Abstract

The transferring of employees is compulsory for contractor companies when it is laid down in the collective agreement of the sector concerned. This mechanism is considered a benefit that protects and creates employment stability. Such obligation achieves the transferring of the successor company in the contracts of the affected workers, remaining the contractual relationship unchanged, thus these contracts will not be new ones. This implies that the right to receive hiring bonuses from the incoming contractor company will be lost, since there will not be new contracts but only a change of employer. Such denial is confirmed by the High Court under the provisions of the Royal Legislative Decree 3/2014 of 28th February. However, the reasoning of the Court must be founded on the doctrine established by the Labour Court, which is unavoidable in the conflict caused by a safeguarding and odd mechanism: the transferring of employees by agreement.

Palabras clave

contratas; subrogación contractual; bonificación de cuotas; convenio colectivo; sucesión de empresas

Keywords

Contracts; contract transferring; reduction of taxes; collective agreement; company succession

1. LA NECESARIA ASUNCIÓN DEL “EXTRAÑO” MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN CONTRACTUAL VÍA CONVENIO COLECTIVO

El conflicto que resuelve el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en la Sentencia de 14 de noviembre de 2017¹ parece sencillo: tiene su origen en la denegación, por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, a Garbaldí

¹ N° recurso 78/2017, n° de resolución: 1732/2017.

(empresa-contratista, del sector de limpieza), del derecho a beneficiarse de reducciones de cuotas empresariales en los contratos indefinidos que suscribe con 85 trabajadores subrogados desde la anterior empresa contratista por vía de lo dispuesto en el convenio colectivo.

La Entidad Gestora tiene claro que los contratos de los trabajadores son los mismos y, como veremos, el Tribunal Supremo ratifica la decisión de la Entidad Gestora, y la Sala de lo contencioso-administrativo –en un pronunciamiento breve en extremo– no se adentra en cómo se generan y qué naturaleza tienen los efectos subrogatorios que, efectivamente, han tenido lugar ya, antes de solicitarse la bonificación, sobre los contratos de los trabajadores afectados. El “extraño” origen de la obligación de la subrogación de los contratos –vía convencional– por la mercantil (Garibaldi) tiene la culpa de ello, algo que la mercantil no rebate y que aparece como premisa previa. No obstante lo anterior, para entender completamente el sentido del Fallo hubiera sido necesario reproducir, siquiera someramente, la doctrina emanada de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, y que tiene que ver con la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de los trabajadores subrogados y con la semejanza que, efectivamente, van a tener los contratos de los trabajadores que han sido subrogados vía convencional, con los trabajadores que han sido subrogados desde otra empresa, vía legal, a través de la sucesión de empresas –ordinaria– algo que en nuestro ordenamiento opera legalmente a través de lo dispuesto en el art. 44 ET².

En cualquier caso, lo relevante es que la subrogación efectivamente se ha producido en atención a lo dispuesto en el convenio colectivo, y es esta normativa la que provoca que la subrogación se haya operado, sin más, tal como asume la Entidad Gestora cuando deniega la subvención solicitada.

2. LA POSICIÓN DE LA ENTIDAD GESTORA: NO HAY INCREMENTO DE EMPLEO NETO PUES SON LOS MISMOS CONTRATOS

La Tesorería General de la Seguridad Social deniega la solicitud porque los trabajadores para los que la empresa pide la grabación de la condición “P” en sus contratos habían sido subrogados desde otros códigos de cuenta de cotización respecto de los que éstos se dieron de baja el día anterior. La Entidad Gestora entiende que tales contratos no pueden generar bonificaciones de cuotas porque no se trata de distintas contrataciones indefinidas, sino de una subrogación de contratos indefinidos ya existentes y que las contrataciones que debe tenerse en cuenta para aplicar la bonificación deben tener en cuenta las que se efectúan en general en el mercado, no exactamente las nuevas que puedan computarse en la mercantil implicada. El argumento de la Entidad Gestora se basa en el espíritu de la norma que regula las bonificaciones, espíritu manifestado en la Exposición de Motivos del RDL 3/2014, de 28

² Han sido muchas y muy numerosas las Sentencias pronunciadas por la Sala Cuarta a este respecto. Así, entre otras muchas, entre las más recientes aparecen: la Sentencia de 7 de abril de 2016 (nº 276/2016, RJ 2016/1702); la Sentencia de 10 de mayo de 2016 (nº 392/2016, RJ 2016, 3251); la Sentencia de 10 de enero de 2017 (nº 4/2017, RJ 2017, 257); la Sentencia de 6 de julio de 2017 (nº 604/2017, RJ 2017, 3451); la Sentencia de 13 de julio de 2017 (nº 621/2017, RJ 2017, 3479); la Sentencia de 25 de julio de 2017 (nº 662/2017, RJ 2017, 3910); la Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (nº rec. 1037/2017, RJ 2017, 6129). Vid, NORES TORRES, Luis Enrique, “Sucesión de contratos y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016)”, *Revista de Información laboral*, nº 9, 2016.

de febrero, y lo relevante para resolver el conflicto es resolver, pues, si esta contratación ha supuesto, o no, la creación de empleo neto. Se señala, así, en la Exposición de Motivos que:

*(...) Recientemente se han comenzado a observar datos que certifican que el mercado laboral se ha estabilizado. 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. 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. Pese a ello, es urgente acelerar el proceso de reducción del paro y de creación de empleo. En la actualidad existen en España 5.896.300 personas que buscan trabajo y no lo encuentran, según la Encuesta de Población Activa. La mayoría de ellas, parados de larga duración. Es por ello preciso articular medidas urgentes adicionales de fomento de la contratación y la creación de empleo para revertir de manera urgente esta situación. Para ello, el Gobierno, además de las diferentes modificaciones normativas que han contribuido a la estabilización del mercado laboral, ha simplificado recientemente los trámites administrativos en la contratación laboral. Así, ha reducido el número de modelos de contratos y ha creado un asistente para la contratación en Internet que facilitará la elección del tipo de contrato, y completar los trámites de registro del contrato y el alta del trabajador en la Seguridad Social. **Pero es 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. Es así coherente con la política económica del Gobierno en el largo plazo. Trabajadores mejor formados y más productivos en empleos estables son la clave para garantizar el bienestar social y el crecimiento económico futuros. Por tanto, esta reducción temporal de las cotizaciones sociales constituye una herramienta adecuada en el corto plazo para impulsar una rápida generación de empleo, en especial empleo estable, reduciendo a su vez la dualidad del mercado laboral. II . El real decreto-ley consta de un artículo, una disposición adicional y tres disposiciones finales. 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.***

Sostiene exactamente la Entidad Gestora que el espíritu de la norma es la creación de nuevos contratos indefinidos en general y no en el marco de una empresa concreta y que, por tanto, no puede concederse la bonificación si el contrato de trabajo se ha perdido en la empresa cedente, pero se ha recuperado en la empresa entrante. En suma, a juicio de la Entidad Gestora, el espíritu de la norma trata de regular el mercado de trabajo en general. El argumento de la Entidad Gestora parte de que la subrogación de Garibaldi en los contratos

indefinidos de los trabajadores se ha producido, y, por tanto, no hay nuevos contratos ni más empleo neto. Al no haber nuevos contratos no se puede conceder la bonificación.

3. LA POSICIÓN DE LA MERCANTIL: SÍ HAY INCREMENTO DE EMPLEO EN LA EMPLEADORA

La empleadora, por su parte, sostiene que sí cumple todos y cada uno de los requisitos que la normativa aplicable exige, requisitos contenidos en el artículo único del RDL 3/2014, de 28 de febrero y que no está incurso, tampoco, en ninguna de las causas de exclusión de la norma y ello porque el RDL no contiene precepto alguno que prohíba la aplicación de la llamada “tarifa plana” a los trabajadores subrogados desde otras empresas y este RD únicamente atiende a la creación de empleo ocurrida en la empresa que efectúa la contratación indefinida.

Exactamente señalan el apartado 2.c) y apartado 3 f) del artículo único del RDL 3/2014, que:

2. Para beneficiarse de las reducciones previstas en este artículo, las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos: 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 periodo 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. 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. d) Mantener durante un periodo de 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido con aplicación de la reducción, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado, al menos, con dicha contratación. Se examinará el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total cada doce meses. Para ello, se utilizarán el promedio de trabajadores indefinidos y el promedio de trabajadores totales del mes en que proceda examinar el cumplimiento de este requisito. A efectos de examinar el nivel de empleo y su mantenimiento en la empresa, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes. e) No haber sido excluidas del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de la infracción grave del artículo 22.2 o las infracciones muy graves de los artículos 16 y 23 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la misma norma.

3. Las reducciones previstas en este artículo no se aplicarán en los siguientes supuestos: a) Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras disposiciones legales. b) Contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior la contratación de los hijos que reúnan las condiciones previstas en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. c) Contratación de trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquiera de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. d) Contratación de empleados que excepcionalmente pueda tener lugar en los términos establecidos en los artículos 20 y 21, y en la disposición adicional vigésima y vigésimo primera de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. e) Contratación de trabajadores que hubieren estado contratados en otras empresas del grupo de empresas del que formen parte y cuyos contratos se hubieran extinguido por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido unos u otros declarados judicialmente como improcedentes, o por despidos colectivos, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en el caso de extinciones que se hayan producido antes del 25 de febrero de 2014. f) **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. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación para el supuesto de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hubieran extinguido antes del 25 de febrero de 2014.**

Además de ello, en el supuesto de la subrogación convencional las dos empresas implicadas en la misma son autónomas e independientes. Al existir en cada momento temporal dos empresarios distintos y no un empresario único real y efectivo debe atenderse a lo que acontece en cada mercantil, en el momento de la contratación de sus propios trabajadores.

4. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS CONVENCIONAL: UN BICHO RARO, PERO UNA SUBROGACIÓN AL FIN Y AL CABO

Los contratos de los trabajadores que la empresa subroga por convenio colectivo no son nuevos contratos, sino los mismos contratos, y, en ellos, la nueva contrata ocupa el lugar de la anterior. El mecanismo es el mismo que el que se produce si existe una sucesión de empresas legal (ex. Art. 44 ET), pero sin que ello acontezca, aunque las consecuencias son las mismas sobre las relaciones contractuales (que se transforman, novándose en otras, según lo que se disponga en el convenio colectivo aplicable). Ello no significa, tampoco, que las dos contrata sean la misma empresa, sino que los contratos indefinidos que la empresa contratista saliente concierta no son nuevos contratos, sino los mismos contratos

indefinidos³. Esta sería la única razón por la que la Entidad Gestora –a efectos documentales– mantiene los datos de los trabajadores y únicamente cambia el código cuenta de cotización en los contratos de los trabajadores.

5. LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EXCLUYEN EL DERECHO A LA BONIFICACIÓN: EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Interpuesto recurso de alzada frente a la anterior Resolución, y tras ser éste igualmente desestimado, la empleadora interpone recurso ante el Tribunal Superior, y nuevamente, se le dá la razón a la Entidad Gestora en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha de 28 de septiembre de 2016⁴. El Tribunal (aunque de forma muy breve y sin excesiva claridad) intenta explicar de algún modo los efectos jurídicos que se derivan de la subrogación convencional en contrataciones previas ya indefinidas y la exclusión de la aplicación de la bonificación solicitada, aunque sin contar con argumentos normativos claros.

Señala, así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que:

*(...) no puede desconocerse que en este ámbito operó la subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores afectados, previamente con vinculación con contrato indefinido con sus empresas, **operando aquí lo que se debe identificar como subrogación convencional**, que es en relación con lo que enlaza lo que refiere la contestación de la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando también alude a las pautas recogidas en el Convenio General del Sector y la previsión en su ámbito de la subrogación en su puestos como los que desencadenaron que la demandante, como empresa, asumiera los 111 trabajadores;) sobre la subrogación convencional nos remitimos a las conclusiones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de abril de 2016 (...).*

Ante la falta de normas que sirvan para apoyar su Fallo, la Sentencia de instancia llega más allá y considera aplicable a este caso la exclusión contenida en el párrafo 3, apartado f) del RDL 3/2014, que prohíbe la obtención de la bonificación cuando la contratación de trabajadores se hubiera producido en los seis meses anteriores a la fecha del contrato y éstos hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido.

Argumenta literalmente el Tribunal que:

*El apartado f) **excluye** la 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, por lo que **si bien expresamente no recoge el supuesto referido a la subrogación, encierra la exclusión del supuesto de contrataciones de trabajadores previamente vinculados***

³ En los cambios de contrata o concesión no hay en sentido propio transmisión de empresa puesto que la titularidad de ésta permanece inmutable. Vid, VICENTE PALACIO, M.A., *El contrato para obra o servicio determinado*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1996.

⁴ Nº recurso 539/2015.

a la empresa mediante contrato indefinido, que enlaza con la justificación de la exclusión a la que nos hemos referido, **cuando por vía de subrogación la empresa incorpora trabajadores que venían prestando la relación laboral con contrato indefinido en las empresas de las que la demandante fue sucesora**, siendo relevante, en ello insistimos, que aquí ya se estaba ante contratos indefinidos, por lo que no puede considerarse que se esté en el supuesto de contrato indefinido formalizado por escrito en el periodo de aplicación del RDL 3/2014, en nuestro caso, en relación con la fecha 1 de enero de 2015, en el periodo prorrogado por la Disposición Adicional 17ª del RDL 17/2014, de 26 de diciembre.

Aunque de forma absolutamente parca, la Sentencia de instancia insiste en los efectos de la subrogación convencional, y el que ésta se rige por lo dispuesto en el convenio regulador de sector. No obstante, el argumento del TSJ solamente queda claro si reproducimos literalmente la doctrina judicial emanada de la Sentencia del Supremo (Sala de lo Social) de fecha de 27 de abril de 2016⁵, a la que la STSJ sólo se remite.

Sostiene el Alto Tribunal que la subrogación convencional genera los mismos efectos subrogatorios que operarían en un caso de sucesión de empresas en sentido estricto, aunque la sucesión de empresas no se asimila ni equivale a la sucesión de contratadas⁶, pero, aún así, los efectos subrogatorios se producen tanto en la sucesión de empresas, vía art. 44ET, como en la sucesión de contratadas, vía convencional cuando aparezca la regulación convencional que así lo prevea⁷.

Así, podemos leer en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 2016 que:

(...) Constituye doctrina reiterada de la Sala que quedan excluidos de la aplicación del artículo 44 ET aquellos supuestos en los que se produce una mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, puesto que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa de modo que el mero cambio de titular de la actividad no determina la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial. Por este motivo, en las contratadas sucesivas de servicios en que no se transmite una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET (...) Ahora bien, cuando el convenio colectivo aplicable incorpora una cláusula de subrogación en virtud de la cual el nuevo contratista asume la obligación de asumir la condición de empleador de los trabajadores que prestan sus servicios en la contrata, no se dan los requisitos que legalmente determinan la sucesión empresarial, los efectos subrogatorios de la misma se producen. Se

⁵ N° recurso 329/2015.

⁶ Al respecto, tal como señala la doctrina, desde un punto de vista conceptual la sucesión de empresa y la sucesión de contratadas han tenido un tratamiento jurídico distinto por el sistema de fuentes, pero en el caso de la sucesión de contratadas vía convenio y, en especial, las contratadas que fundamentan su actividad principalmente en la mano de obra, aparecen numerosos conflictos interpretativos en el tráfico jurídico actual. Vid. CALVO MORALES, D., La subrogación de trabajadores vía convenio colectivo. Marco jurídico tras la Sentencia TEMCO. Nueva Revista española de Derecho del Trabajo, n° 198, 2017.

⁷ En caso contrario, si no aparece convenio colectivo que obligue a la contratación si deberemos acudir a lo previsto en el art. 44 ET para resolver si procede, o no aplicar los efectos de la subrogación. Vid. VICENTE PALACIO, M.A., Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido, Barcelona, Atelier, 2016, p. 57.

trata de una subrogación convencional a la que resultan de aplicación las condiciones y los efectos previstos en el convenio colectivo. Esto es, en estos casos, la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan (...)

6. EL FALLO DEL ALTO TRIBUNAL: LA NEGACIÓN DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL APARTADO 3, PÁRRAFO F)

La mercantil recurre e interpone, entonces, recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Contencioso-administrativo) justificado en la existencia de un interés casacional objetivo, por deberse interpretar la normativa aplicable al supuesto por no contar con doctrina judicial previa⁸. Lo relevante es que el Tribunal concluye que no debe concederse la bonificación porque, según lo dispuesto en la literalidad del RD 3/2014, debe aparecer empleo neto con la contratación operada. El Alto Tribunal, usando una argumentación extremadamente simplista y tan lacónica y breve como su antecesora, la Sentencia de instancia que ahora ratifica, da la razón a la Entidad Gestora. Y lo hace rayando a colación el art. 3.1º del Código Civil. El Tribunal Supremo acude a aplicar el criterio hermenéutico, atendiendo a que las normas se deben interpretar según el sentido propio de sus palabras. El pronunciamiento, en suma, da la razón a la Entidad Gestora, pero desmarcándose de algunos de los argumentos esgrimidos por el TSJ y ciñéndose casi única y exclusivamente al tenor exacto del precepto cuya interpretación se solicita y a la finalidad de la norma que aparece contenida en la Exposición de Motivos del RDL 3/2014, de 28 de febrero.

El Alto Tribunal aduce que la norma a interpretar (el RDL 3/2014) fija realmente no uno sino dos requisitos distintos a cumplir por la mercantil acreedora de las bonificaciones, a saber: 1) Celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento del nivel de empleo indefinido; y 2) Que dichos contratos indefinidos supongan un incremento en el volumen de empleo total de la empresa. Y ello porque esas dos condiciones acumuladas –empleo neto total y empleo neto en la empresa– aparecen ambas exigidas en el apartado 2, párrafo c, cuando este párrafo exige como condición para la percepción de las bonificaciones: (...) *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 de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en los treinta días anteriores a la celebración del contrato. (...)*. Por eso, al no haber habido incremento del nivel de empleo indefinido no se cumple la condición que aparece en el mentado precepto como imprescindible.

Pero, además de ello, lo relevante es que la fundamentación jurídica del Alto Tribunal rechaza la aplicación directa al conflicto del apartado 3.f) del RDL 3/2014. Más

⁸ La mercantil solicita la admisión a trámite del recurso de casación ante el Alto Tribunal justificándolo, en primer lugar, en la existencia de un interés casacional objetivo dado que la resolución de la controversia afecta a un gran número de trabajadores –de ésta y de otras empresas– y, en segundo lugar, en que no existe jurisprudencia sobre las normas que se considerarían infringidas. El Tribunal admite a trámite el recurso identificando tal interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 90.4º LJCA), estando el conflicto centrado en si la *tarifa plana* prevista en el Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, es extensible a las contrataciones indefinidas efectuadas por las empresas sucesoras respecto de trabajadores quienes ya estuvieran contratados previamente con ese mismo carácter en la empresa anterior o si, por contra, se trata de un supuesto en el que no se aplicaría la reducción de cuotas a la nueva empresa entrante.

exactamente, el Tribunal señala que: *La exclusión del apartado 3 letra f) del artículo único del Real Decreto Ley 3/2014 no es aplicable de forma directa (ver FJ 5º 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 (...).*

La exclusión del precepto tiene que ver con el hecho de que, en algunos casos, los previstos en convenio colectivo y atendiendo a lo dispuesto en tales preceptos, ciertas sucesiones de contratos se asimilan –solamente a efectos subrogatorios– en los contratos de los trabajadores afectados, asumiendo los mismos efectos subrogatorios en estos contratos que los que hubieran sido aplicables en ellos en el supuesto de la sucesión de empresas prevista en el art. 44 ET. Pero ello no puede confundirse con el hecho de que las contrataciones no sean, jurídicamente, tal como ya han señalado los Tribunales, empresas distintas entre sí, lo que es distinto.

El Supremo sostiene, así, que la empresa, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo del sector, se subroga en los contratos de los trabajadores subrogados, pero es una empresa independiente y autónoma de la otra empresa contratista saliente, y por eso se excluye la aplicación del apartado 3. letra f), añadiendo a lo anterior que, a efectos meramente prejudiciales, en el supuesto de subrogación convencional en los contratos de trabajo no se puede subsumir, ni siquiera a la sucesión de empresas del art. 44 del Estatuto de los trabajadores, como podría desprenderse del razonamiento de la sentencia de instancia.

Así, mantiene el Alto Tribunal en el FJ 5º que la remisión al apartado 3.f) del RDL 3/2014⁹ no resulta aplicable al conflicto y sólo (...) *se trae a colación tal vez sin una excesiva claridad, sólo como un simple apoyo legal a su verdadera razón de decidir (...)*¹⁰.

7. EL ASPECTO CLAVE: LA NORMA APLICABLE Y EL PAPEL QUE JUEGA EL CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR SOBRE LOS EFECTOS DEL CONTRATO SUSCRITO

El conflicto que aquí aparece se provoca porque el cambio de contrata generaba una expectativa en la nueva empresa de poder beneficiarse de las bonificaciones “tarifa plana” a la contratación indefinida existentes en ese momento, pero, al ser solicitadas tales bonificaciones, éstas (no todas¹¹) se deniegan por la Tesorería General de la Seguridad

⁹ exclusión que, recordemos, señala que: (...) *Las reducciones previstas en este artículo no se aplicarán en los siguientes supuestos: (...) f) 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.*

¹⁰ Y resulta necesaria la aclaración dado que –como el Alto Tribunal remarca– 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 su casación (en virtud de lo dispuesto en el art. 89.2.d) LJCA).

¹¹ La solicitud inicial de la mercantil (Garbaldi) pedía la aplicación de la bonificación (la grabación en los contratos de los trabajadores de la condición de P) a un total de 111 contrataciones indefinidas, aunque en los ulteriores recursos el número de bonificaciones reclamadas se rebajan, y quedan reducidas a 85, de manera que la Entidad Gestora, en un primer momento, sí accede a conceder parte de estas bonificaciones. Aunque no sin cierta dificultad, por falta de claridad, en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo contencioso-administrativo), de 28 de septiembre de 2016, se alude al hecho de que (...)

Social. Y ello a pesar de que, literalmente, la nueva mercantil sí parece reunir todas las condiciones exigidas por el Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero para acceder a tales descuentos de cuotas, norma que –parece– es la única que resultaría de aplicación, pues no hay otra que, aparentemente, se pudiera alegar, más allá de la misma obligación a la subrogación que se le exige efectuar a la empresa contratista entrante en el convenio colectivo de sector.

El tema clave es que es por causa del convenio colectivo por lo que se cambia la naturaleza jurídica o la razón última de ser que obliga a que, en un supuesto de cambio de contratista, la entidad entrante deba subrogarse en la posición de la empresa saliente en el mismo contrato de trabajo ya existente. Y ello es lo que, en definitiva, determina que los contratos de los trabajadores sigan siendo los mismos, aunque las empresas que intervienen en tales contratos no lo sean, y aunque las empresas contratistas –que se suceden unas a otras– tampoco puedan equipararse entre sí pues no se consideran la misma entidad.

El recurso a la subrogación de trabajadores vía convenio colectivo, para facilitar la estabilidad en el empleo y que no cambie la mano de obra que ejecuta un servicio concreto, aunque sí cambie la entidad empleadora que ha de ejecutarlo realmente, tiene, así, implicaciones en otras ramas del ordenamiento, ya que afecta a la naturaleza y la esencia misma de los contratos de trabajo en los que incide.

La subrogación de trabajadores impuesta a las empresas vía convencional altera el carácter del contrato de trabajo de los trabajadores. Y la norma aplicable a la que debemos acudir es el convenio colectivo, a cuyo tenor debemos acudir necesariamente y desde el cual se concluye que los efectos de la subrogación obligada provocan, ni más ni menos, que el contrato no se haya suscrito de nuevo y no generan derecho a bonificaciones, porque el contrato es el mismo.

El papel del convenio colectivo resulta esencial. Pero también lo es que el convenio colectivo opera para incorporar la obligación de subrogación, cuando, en sentido estricto, ésta no sería precisa atendiendo a lo previsto estrictamente por el dictado de lo dispuesto en el art. 44 ET, en el caso de las contratadas.

algunos de estos trabajadores contratados por Garbaldi sí cumplieron los requisitos precisos para reconocerse la grabación en sus contratos de la condición de P.

Señala, así, uno de los párrafos de la mentada Sentencia: (...) *Ello tiene como necesaria conclusión no estar ante nuevas contrataciones indefinidas a los efectos del Real Decreto 3/2014, porque no se incrementaron las contrataciones indefinidas, los trabajadores subrogados ya tenían una previa contratación indefinida, por lo que no se incrementó el número de trabajadores con contratación indefinida, al margen de que si se viera incrementado en la empresa demandante, ello por la irrelevancia que ha de darse a la subrogación en relación con las relaciones laborales de los 111 trabajadores con contrato indefinido, porque el punto de partida es que ya estaban vinculados con la empresa con contratos indefinidos, subrogación que asimismo hubiera operado en relación con los contratos indefinidos que disfrutaran de la reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida, en concreto en relación con la denominada tarifa plana, porque la seguiría disfrutando la empresa sucesora de cumplir los requisitos para ello, lo que expresamente se reconoció por la resolución de la Administración y se ratifica con la contestación.*

Así, como dispone la actual Sentencia de Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 6 de julio de 2017¹², en relación a los términos en los que deben ser interpretadas las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos y el art. 44 ET, ...

*(...) se produce en términos de suplementariedad 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: 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 2001/723/CE (RCL 1978, 2836)] 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, como aquí se ha hecho.** Son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada (STS4ª nº 460/16, de 1-6-2016, R. 2468/14).*

Lo relevante es, en este caso, la naturaleza del mecanismo que se utiliza, pero también es importante el contenido exacto de lo previsto en el convenio colectivo acerca de cuándo la subrogación opera y sobre qué trabajadores lo hace, y qué consecuencias tiene ello sobre el contrato de trabajo que vincula a las partes. Ello tiene repercusiones en un cúmulo de responsabilidades (en caso de impagos a los trabajadores implicados), pero también afecta a la naturaleza y al sustrato mismo del vínculo contractual, que básicamente se transforma, pero permanece vivo, lo que tiene implicaciones que afectan indirectamente.

Al respecto la doctrina judicial actual de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo resulta sumamente esclarecedora¹³ debiendo destacarse, de ella, varias afirmaciones clave¹⁴:

¹² nº rec. 1669/2016

¹³ Gran parte de ella se encuentra plasmada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 6 de julio de 2017 (nº rec. 1669/2016).

¹⁴ (...) Esta Sala, a partir de la STS de 5 de abril 1993 (RJ 1993, 2906), 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 (...).

(...) 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 (RJ 1998, 736) , rec. 164/1997 señaló que: «en los supuestos de sucesión de contratas la pretendida transmisión de contratas, 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.

(...) Referida a empresas de limpieza, la STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9701) , rec. 1674/2004 , señaló que «en las contratas 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 44 ET, 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». Más recientemente la STS de 21 de septiembre de 2012 (RJ 2013, 2388) , 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 44 ET 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 (RJ 2009, 254) , 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 (RJ 2000, 8295) , rec. 923/99 y de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8299) , 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. 44 ET, sino concretamente del art. 14.A) del tan repetido convenio». 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 refiere a los efectos derivados directamente de la Directiva y, obviamente, no a los efectos singulares previstos en el artículo 44 ET, 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

(...)

1. Las contrata y las concesiones administrativas no son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, por lo que no se consideran que son sucesión de empresas a estos efectos, y, por tanto, no puede aplicarse a ellas los efectos de la sucesión de empresas, más concretamente la subrogación de las entidades sucesoras en los contratos de los trabajadores.
2. Las cláusulas subrogatorias que aparecen en determinados convenios colectivos operan como una mejora al respecto de cuál sea la normativa realmente aplicable a los trabajadores que se ocupan en contrata sucesivas, para garantizar la estabilidad de su empleo.
3. Si no aparecen las cláusulas convencionales que obligan a la subrogación de los trabajadores o, cuando aparecen, los trabajadores no cumplen las condiciones previstas por éstas, la subrogación no puede operar, a no ser que nos encontremos con las condiciones que aparecen en el art. 44 ET.
4. Siempre debe atenderse, para conocer si aparece o no la obligación de la subrogación de las empleadoras en los contratos de los trabajadores, los términos de lo dispuesto en los convenios colectivos, única norma aplicable a estos contratos.

Por tanto, la sucesión de contrata y subcontrata que se suceden en la prestación de una actividad no son la misma empresa, sino que se trata de empresas que se suceden en la actividad que realizan, sin más. Y el cambio de concesión de una contrata se regulará, pues, por lo establecido en el convenio colectivo o por lo establecido en el pliego de condiciones que establezca la Administración. Las contrata que prestan el mismo servicio no son la

en las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET. 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 44 ET 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: 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 2001/723/ CE (RCL 1978, 2836)] 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, como aquí se ha hecho. Son los propios agentes sociales quienes, conocedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada (STS 4ª nº 460/16, de 1-6-2016, R. 2468/14).

misma empresa sino empresas diferentes, que se subrogan en los contratos de los trabajadores que, obligatoriamente, han de permanecer en el servicio por mor de lo dispuesto en el convenio colectivo, con su mismo contrato de trabajo original –aunque con las previsiones de lo que disponga, al respecto, el convenio colectivo–.

Por todo ello, no hacía falta que el Alto Tribunal se viera en la necesidad de descartar el que, tal como parecía sostener la Sentencia de instancia que se recurre, la subrogación de contratos operada vía convencional pudiera significar que las empresas (previa y sucesora) fueran la misma, pues, en estos casos y, como es sabido, la sucesión de contratos no implica que las empresas sean la misma entidad, pues no se trata de una sucesión de empresas a la que sea aplicable el régimen del art. 44 ET. El recurso, igualmente, a la aplicación analógica del apartado 3, f) del RDL 3/2014, era, igualmente, demasiado forzado. Bastaba acudir a lo dispuesto en el convenio colectivo y a la doctrina sentada por la Sala Cuarta del Alto Tribunal.

8. ACERCA DEL SENTIDO DEL FALLO: CONCLUSIONES

El conflicto planteado en sede de lo contencioso-administrativo se resuelve en términos excesivamente parcos, pecando también de falta de claridad al remitirse de forma sólo tangencial y accesorio a una cuestión clave que ha sido resuelto frecuentemente por la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Como consecuencia de la asunción de tal doctrina y, también, atendiendo a las normas de aplicación de las fuentes normativas en el ordenamiento jurídico laboral, debe acudirse, en esencia, para resolver el debate planteado, a lo dispuesto en el convenio colectivo, norma que hay que aplicar e interpretar en la línea de complementariedad y complementariedad de forma tal que sea desde la comprensión de tal norma pactada desde la que se permita prolongar la estabilidad de los contratos de los trabajadores ocupados en el servicio (de limpieza) prestado, aunque la contrata cambie de empresa ejecutora.

Es pues, preciso, conocer tanto el sentido de la doctrina judicial respecto a la naturaleza de la subrogación operada vía convencional como la regulación exacta que aparece en el convenio colectivo. Y ello porque tanto dicha doctrina como la norma convencional son las que influyen en el otorgamiento de ventajas o beneficios –en este caso bonificaciones– adheridas a los contratos de trabajo suscritos.

Así las cosas, nunca podremos asimilar la subrogación legal (vía art. 44 ET), con la subrogación convencional (vía convenio colectivo), porque ambas se rigen por disposiciones diferentes y la subrogación –la sustitución del empleador en el mismo contrato del trabajador– se activa en situaciones y bajo condicionamientos distintos. Por ello precisamos acudir al convenio colectivo para que se especifique, desde éste, cuándo y cómo opera la subrogación convencional. Pero eso no significa que la subrogación –como tal– no juegue y tenga consecuencias –concretamente en los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación– dado que, para éstos, los contratos son los mismos que ya tenían, por lo que las bonificaciones anexas a éstos seguirían y deben tener el mismo recorrido que el recorrido de cada contrato.

Por tanto, la exclusión de las bonificaciones se produciría por el hecho de vincular, necesariamente, a cada trabajador subrogado con un solo contrato (en este caso indefinido),

contrato que permanece invariable en sus términos en virtud de lo dispuesto en la normativa convencional. Igualmente, al quedar incólume el contrato que vincula a los trabajadores subrogados no puede fijarse nuevas bonificaciones por nuevos contratos, ya que éstos no aparecen. Asimismo, al permanecer vigentes los contratos iniciales previos si éstos estuvieran siendo bonificados, tales bonificaciones sí podrían beneficiar a la empresa contratista que sucede a la anterior.

Lo relevante del pronunciamiento es, pues, que –aunque consigue el efecto de negar el acceso a la “tarifa plana”–, lo debe hacer trayendo a colación la doctrina judicial de la Sala de lo Social, imprescindible para comprender la naturaleza de la obligación de la subrogación convencional de los trabajadores. Y ello es fundamental porque resulta esencial diferenciar lo que es el mecanismo concreto de la subrogación (y en qué consiste) y cuál es la regulación concreta que regula la subrogación (legal o convencional). Y es esencial, también, para comprender la naturaleza de la subrogación misma, operada vía convencional, atender a la regulación prevista para la misma en el convenio colectivo, una regulación de la que depende el que sean sólo parte de los trabajadores contratados de forma indefinida (85 de un total de 111 trabajadores) los que son subrogados y a los que no corresponde la bonificación de cuotas¹⁵.

Es, pues, el convenio colectivo el que obliga a la subrogación y, por tanto, opera éste como norma reguladora del mecanismo de sustitución (real, no aparente) de una empresa por otra en los contratos de los trabajadores (que permanecen invariables), razón ésta que sería la única que justificaría el que no pudiera otorgarse las bonificaciones solicitadas por la empresa. Y la subrogación actúa pero lo hace con los márgenes de lo dispuesto en el convenio colectivo, motivo por el que las bonificaciones de la empresa solamente van a afectar a los trabajadores incluidos dentro de la subrogación (los que reúnan las condiciones especificadas en los convenios colectivos).

Por eso también, aquellos trabajadores contratados pero que no hayan sido subrogados (aunque sí fueron contratados por la empresa previa) sí podrían disfrutar de la bonificación. Igualmente, si la bonificación no se hubiera reconocido por el período completo en la empresa saliente el tiempo restante quedaría para la empresa que asume la contrata de limpieza posteriormente. Es decir, la subrogación –convencional– significa para los trabajadores afectados una ventaja que supone ser tratados como trabajadores sucesores de la empresa previa (a efectos de antigüedad....) de forma que su contrato es el mismo, y solamente cambia la entidad empleadora, y ello también debe ocurrir –sólo en los casos en los que opera la subrogación convencional– llevando aparejado cada contrato las bonificaciones establecidas, atendiendo al hecho de que el contrato, en el caso de la subrogación es el mismo, y también deben ser las mismas las bonificaciones aplicables que pudieran empezar a disfrutarse, o no, en la previa empresa contratista que los ocupó. Y ello debe analizarse caso por caso, atendiendo a lo dispuesto en el convenio colectivo (norma aplicable a este supuesto).

Así pues, la bonificación deberá concederse, en su supuesto en el que exista una subrogación de trabajadores atendiendo exactamente a cómo se ha efectuado y en virtud de

¹⁵ A ello sí se hace mención en la Sentencia de instancia de 28 de febrero de 2016.

qué norma se ha operado la subrogación, pues ésta no es necesaria ni exigible (via convenio colectivo) respecto a todos los trabajadores que finalmente se integran en la empresa. Además, si la nueva mercantil (subcontratista) ocupa la misma posición jurídica subjetiva de la anterior ello debe tener consecuencias también respecto a la posición de ésta y de aquélla en materia de seguridad social, y si las bonificaciones de los trabajadores estaban vivas en la mercantil anterior, las bonificaciones que resten debieran poder concederse a la empresa que ocupa el lugar de la anterior, con la misma duración y/ prolongación de las ayudas que viniera disfrutando la previa mercantil.