

## ASPECTOS LABORALES DEL CAMBIO DE TITULARIDAD EN LOS SUPUESTOS DE RESCATE DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y DE SUCESIÓN DE CONTRATAS

POR LUIS FERNANDO SAN MARTÍN AGUILAR (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. Parámetros que definen la aplicación de la normativa laboral sobre sucesión de empresas a estos supuestos: 1.- *El elemento operativo: El mecanismo empleado para operar el cambio de titularidad empresarial.* 2.- *La contrata y la concesión administrativa como elemento objetivo del cambio de titularidad empresarial.- La puesta a disposición del patrimonio empresarial: A) La contrata y la concesión administrativa concebidas como "unidad productiva autónoma".- B) La contrata y la concesión administrativa y su inclusión como elemento objetivo en el contexto de la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas.* 3. *El elemento subjetivo: El llamado "tracto sucesivo" de empresarios contratistas y concesionarios.*- III. La normativa específica aplicable al cambio de titularidad de contratas y concesiones: 1. *El cambio de titularidad en la normativa sectorial de empresas de limpieza de edificios y locales.- A) Asunción del servicio por la propia empresa principal sin necesidad de contratar nuevo personal.- B) Asunción por la propia empresa principal junto con los trabajadores de la anterior contratista.- C) Rescisión de la contrata y otorgamiento de la misma a otro empresario contratista.- 2. La subrogación de servicios en empresas de seguridad: A) La subrogación de los "Servicios de Vigilancia" y la de los "Servicios de Transporte de Fondos". B) Obligaciones de las empresas cesante y adjudicataria. 3. Empresas organizadoras del juego del bingo.- 4. Empresas de contratas ferroviarias.- IV. El cambio de concesionario: normativa sectorial aplicable.- 1. Recaudación de impuestos y exacciones municipales.- 2. Referencia especial al rescate y subrogación "ope legis" de las oficinas de recaudación de contribuciones e impuestos estatales.- 3. La subrogación en los pliegos de condiciones.- V. Hacia la solución jurisprudencial sobre estos supuestos: La STS. de 5 de abril de 1993.*

\* Becario MEC de Investigación del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Universidad de Córdoba).

## I. INTRODUCCIÓN

El considerable aumento de la descentralización productiva en las empresas privadas, unida a la progresiva presencia de la Administración en múltiples ámbitos derivada de la asunción de nuevas competencias de los Estados modernos, han dado lugar a un notable incremento del recurso a la gestión indirecta —a través de tercero— de servicios y actividades que se desarrollan tanto en la esfera jurídico-privada como en la jurídico-pública. Ello permite ciertas ventajas, centradas fundamentalmente en una mayor especialización y exigencia de calidad, así como mayor despreocupación sobre determinadas materias —entre ellas las laborales— por parte de la empresa o Ente descentralizador, las cuales debe atender la empresa contratista o concesionaria a su propio riesgo y ventura (1).

Esta gestión indirecta se ha venido desempeñando en virtud de figuras contractuales adecuadas a este fin como son las concesiones administrativas y las contratas, mediante las cuales se articula la gestión indirecta de servicios públicos y privados respectivamente, y que no son sino meras modalidades contractuales (2) del arrendamiento de servicios o del también conocido como contrato de empresa (3).

Dada esta característica de una cierta duración en el tiempo (4), es lógico pensar que son muchas las vicisitudes que pueden afectar a estos contratos, entre las que se encuentran tanto las meramente modificativas como aquellas

otras que ponen fin al propio contrato. Es precisamente de los efectos laborales que estas últimas circunstancias extintivas provocan en las relaciones de trabajo de las que nos vamos a ocupar en el presente estudio, pero centrándonos aquellos casos en los que el servicio, objeto de contrata o concesión administrativa, continúa prestandose sólo que por otro titular, bien sea a través o bien mediante una nueva adjudicación a otro empresario contratista o concesionario.

La importancia que para nosotros pueden presentar estos supuestos se justifica en un doble sentido. Por un lado, partimos de la premisa de que los cambios de titularidad empresarial (5) a los que nos referimos no aparecen recogidos, de manera directa y explícita, por nuestra normativa laboral básica o general (6). Razón por la cual se hace preciso investigar si es admisible extender el contenido de esta normativa general a estas sucesiones en la titularidad de concesiones y contratas, para lo cual habrá de analizarse los puntos de conexión entre los elementos que conforman estos cambios de titularidad y los elementos de los que se estructura toda norma sobre sucesión empresarial.

El otro punto de interés que presenta este tema, radica en el conocimiento de la regulación específica y pormenorizada que sobre estos supuestos realizan algunas normas de alcance sectorial, en las que se establecen una serie de efectos y garantías similares a las que se contemplan en la legislación laboral básica.

Tomando, pues, como base de nuestro estudio esta doble circunstancia vamos a estructurar el presente trabajo en torno a dos ejes fundamentales. Por un lado, examinaremos el contenido de la normativa laboral subrogatoria, su aplicación y consecuencias en relación con estos supuestos. Y de otro lado, ocuparemos del análisis de la normativa sectorial que regula de manera específica la subrogación de determinados servicios y actividades tanto en la esfera pública como privada.

- (1) Sobre las razones de esta descentralización a través de concesiones y contratas, vid. CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, nº 2, 1992.
- (2) En cuanto a las contratas privadas no cabe duda acerca de su naturaleza contractual. Sin embargo, esta naturaleza no resulta fácilmente predicable respecto de las concesiones administrativas, en parte debido a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial —apaciguado hoy por su escaso sentido práctico— que giraba en torno a tres concepciones distintas sobre la naturaleza que deben ostentar las concesiones administrativas, distinguiéndose de un lado, los partidarios de la naturaleza contractual de la concesión administrativa, y de otro los que veían en ella un acto unilateral de la Administración e incluso una postura mixta, no exenta de un cierto eclecticismo, aglutinadora de las dos tendencias anteriores. Sobre este debate y las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales en liza, vid. Domínguez-Berrueta de Juan, M., *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Madrid, 1981, pp: 22 y ss.
- (3) Contrato en virtud del cual una parte —contratista— se obliga a la realización de una obra o servicio para otra —empresa principal o comitente— a cambio de una contraprestación económica. vid. Castán Tobeñas, J. *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1986, pág: 507. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 25 de febrero de 1988 (RA-948), al considerar que "la concesión constituye en definitiva un contrato de empresa a través del cual el concesionario se compromete a prestar un resultado a cambio de un precio asumiendo el riesgo de la explotación".
- (4) Duración que no siempre está predeterminada en el contrato.

- (5) Los conceptos de "cambio de titularidad empresarial", "sucesión de empresa", "subrogación empresarial", "transmisión de la empresa", etc., aunque puedan presentar determinados matices diferenciadores, en la práctica se emplean como términos sinónimos.
- (6) Dentro de esta normativa general se incluye tanto el art. 44 ET —principal norma de nuestro ordenamiento jurídico reguladora del cambio de titularidad empresarial aunque también tienen relación con esta materia otros artículos—, como la Directiva comunitaria sobre esta materia, contenida en la Directiva del Consejo 77/187, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DOCE de 2 de marzo de 1977). Esta directiva ha sido recientemente objeto de una refundición que permite adaptar al día de hoy algunos de sus aspectos, tiempo que incluir en la redacción de su nuevo articulado algunas modificaciones derivadas de la jurisprudencia comunitaria, algunas de las cuales han tenido repercusión muy directa sobre los supuestos que estamos comentando y a los que más adelante nos referiremos.

## II. PARÁMETROS QUE DEFINEN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL SOBRE SUCESIÓN DE EMPRESAS A ESTOS SUPUESTOS

En relación con la normativa laboral básica, el problema que se plantea es el relativo a si es posible aplicar esta normativa subrogatoria a estos supuestos —digamos fronterizos— de cambio de titularidad empresarial, dado que no aparecen regulados de forma directa en la misma, y no existe una nítida correlación entre los elementos que integran el supuesto de hecho del art. 44 ET y los que conforman estos supuestos de cambio de titularidad en concesiones administrativas y contrata.

Por ello, la respuesta a esta problemática pasa por despejar la incógnita acerca de una posible identificación entre los elementos que conforman estos supuestos y los que integran el supuesto de hecho del art. 44 ET. En esta dirección cabe señalar que tres son los elementos fundamentales que configuran el supuesto de hecho de la norma subrogatoria básica y que seguidamente se enumeran.

En primer lugar, un mecanismo sucesorio apto para que pueda realizarse ese cambio de titularidad empresarial: en segundo lugar, un elemento objetivo constituido por el patrimonio empresarial o conjunto de bienes materiales e inmateriales que conforman la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma; y por último, un elemento subjetivo, basado en la relación directa entre el empresario cedente y el empresario adquirente que posibilita la explotación del servicio o actividad sin solución de continuidad.

En consecuencia, habrá que dirigir nuestra atención a analizar e identificar por separado cada uno de estos elementos constitutivos del supuesto de hecho del art. 44 ET y ponerlos en relación con los que se presentan en los casos de cambio de titularidad operados a través de rescate de concesiones administrativas y sucesión de contrata. Obteniendo de esa manera una visión global que nos permita concluir si tales supuestos son asumibles dentro del ámbito de aplicación de la normativa subrogatoria básica, o por el contrario deben quedar al margen de esta regulación.

### 1. El elemento operativo: El mecanismo empleado para operar el cambio de titularidad empresarial

Los distintos mecanismos o negocios jurídicos a través de los cuales se realiza la transmisión de la titularidad empresarial pueden adoptar formas de muy diversa índole. Igualmente, cabe destacar la relación abierta, o no exhaustiva, de los mecanismos o actos inter vivos por los que puede operarse dicha transmisión empresarial que muestra el art. 44 ET. Sin embargo, ello no obedece en absoluto al resultado de una omisión digamos inconsciente del legislador estatutario, sino que por el contrario, es el fruto de una meditada decisión que se aleja así de la legislación anterior, caracterizada por una rígida enumeración de estos modos por los que debía llevarse a cabo la sucesión empresarial.

En efecto, esta relación cerrada de los mecanismos empleados para realizar el cambio la encontramos en el art. 79 de la Ley de Contrato del Trabajo de 26 de enero de 1944 (7), en la cual quedaba establecido que los modos por los que podía transmitirse la “industria (8)” eran “la cesión, traspaso o venta” de la misma. Si hacemos una interpretación literal de este precepto, en concordancia con la época en la que dicha legislación se hallaba en vigor, llegamos a la conclusión de que serían éstos, y exclusivamente éstos, los únicos mecanismos jurídicos válidos a través de los cuales podía operarse el cambio de titularidad para ser aplicable la normativa subrogatoria de la LCT.

Sin embargo, ya en el siguiente eslabón de la evolución legislación sobre esta materia, la Ley 16/1976, de 18 de abril, transformación, manifestada, entre otros aspectos, por la no enumeración de los mecanismos jurídicos aptos para aplicar la normativa sobre sucesión empresarial, no cerrando de esta forma la inclusión en ella de la práctica totalidad de los supuestos de cambio de titularidad empresarial operados mediante actos inter vivos.

Esta apertura se produjo mediante la sustitución de la fórmula contenida en el art. 79 LCT de “cesión, traspaso o venta de la industria” por la expresión del art. 18 LRL “cambio de la titularidad de la empresa”, la cual presenta un carácter omnicomprendivo de estos mecanismos, evitando la ulterior interpretación extensiva, por la vía jurisprudencial, acerca de si determinados negocios traslativos de la titularidad empresarial son susceptibles de ser encuadrados dentro del ámbito de aplicación de la normativa subrogatoria.

La favorable acogida de esta nueva redacción de la normativa sucesoria en cuanto al uso de los términos relativos al elemento operativo, propició no sólo que se mantuviese durante toda la vigencia de la LRL, sino que se trasladase en su integridad al art. 44 ET. De esta forma cristalizaba la ausencia de límites en lo que a negocios jurídicos admisibles para aplicar esta normativa se refiere.

Es precisamente esta no limitación la que permite, en principio, la aplicación del art. 33 ET a determinados cambios de titularidad empresarial, y entre ellos los que ahora nos ocupan. Por lo que en este sentido, ni el rescate concesional, ni la revocación de una contrata, como modos de transmitir la titularidad, serían mecanismos jurídicos que obstaculizasen la aplicación de la regulación subrogatoria.

Por otro lado, cabe también reseñar que a efectos de aplicación de la normativa subrogatoria es indiferente el carácter voluntario o forzoso que presente el acto en virtud del cual se realice el cambio de titularidad. En este sentido, los casos de rescate de concesiones administrativas implicarían un claro ejemplo de sucesión empresarial efectuada mediante un acto de naturaleza coactiva

(7) Este artículo es una trasposición literal de su antecesor legislativo el art. 90 de la ley del mismo nombre de 21 de noviembre de 1931.

(8) Este término ha sido sustituido en el art. 44 ET por los conceptos más amplios de “empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma”.

o forzosa (9), mientras que los supuestos de sucesión de contratas serían encuadrables dentro de los cambios de titularidad operados mediante actos de índole voluntaria o contractual (10).

Por su parte, el Ordenamiento comunitario, el art. 1.1 de la Directiva 77/187 establece que la misma se aplicará a los traspasos derivados de "una cesión contractual o de una fusión".

Como puede observarse, esta norma comunitaria no hace distinción alguna acerca de la naturaleza —voluntaria o forzosa— del acto en virtud del cual se realiza el traspaso, situándose de esta forma en consonancia con lo establecido sobre este punto en nuestra norma estatutaria (11).

Al respecto, la propuesta de directiva de 1994 aporta como importante novedad la ampliación de los mecanismos jurídicos a través de los cuales puede efectuarse el cambio de titularidad. Así se establece que ésta se aplicará a los traspasos: "efectuados por contrato o por disposición u operación legal, o bien por decisión judicial o por cumplimiento de una disposición administrativa".

Como puede observarse, en el ánimo de la nueva Directiva está la apertura al máximo de las posibilidades de aplicación de su contenido normativo. Repárese además en el hecho de que la nueva redacción despeja cualquier duda acerca de la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de figuras tales como la venta judicial de empresa, o el rescate de concesiones administrativas y la sucesión de contratas, ya que todos estos cambios de la titularidad empresarial se realizan a través de una decisión judicial, una disposición administrativa, o un contrato, respectivamente. Mecanismos que, como acabamos de ver, son válidos en orden a la aplicación de esta norma comunitaria.

En resumen, podemos concluir afirmando que nuestro ordenamiento jurídico exige únicamente para la aplicación de la normativa sucesoria, que se evi-

- (9) Como es sabido, el rescate es una causa de extinción del contrato administrativo de concesión acordada unilateralmente por la propia Administración concedente y basada en las facultades exorbitantes de las que está investida la misma, por actuar como garante de los intereses públicos o generales. Cfr. arts. 168, 169, 232 y 233 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado (BOE nº 311 y 312, de 27 y 29 de diciembre).
- (10) Ambos supuestos de sucesión empresarial —rescate de concesiones administrativas y sucesión de contratas— pertenecen a la categoría de los denominados "cambios transparentes", identificación como aquellos en los que es perceptible el fenómeno subrogatorio de manera directa, bien sea por la aplicación de un contrato —contrata privada— o por la ejecución de un acto administrativo —rescate de concesiones— o judicial, sin que sea necesario acudir al análisis de otros elementos para ser identificados como procedimientos aptos para proceder a la aplicación de la normativa laboral sobre transmisión de empresa. Sobre esta distinción entre cambios "transparentes" y "no transparentes", vid. Camps Ruiz, *El régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, 1993, pg. 131.
- (11) El art. 1.1 de la Directiva se ha obviado la referencia a que los actos que originen los correspondientes traspasos deban ser "inter vivos", entendiéndose que este carácter es consustancial a toda cesión contractual o fusión.

dencie el cambio de titularidad, con independencia del mecanismo empleado para operarse el mismo y de su carácter voluntario o forzoso. Razón por la cual, no hay inconveniente, por lo que a este elemento apertivo se refiere, en considerar incluidos dentro del ámbito de aplicación de la normativa sucesoria a los supuestos de transmisión de la titularidad empresarial realizados a través del rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratas.

## 2. La contrata y la concesión administrativa como elemento objetivo del cambio de titularidad empresarial. La puesta a disposición del patrimonio empresarial

Dentro de los elementos que configuran el supuesto de hecho de nuestra normativa sucesoria se encuentra el relativo al "objeto" cuya titularidad se transmite. Según esto, el elemento objetivo sólo puede estar integrado a través de tres posibles figuras, a saber: la "empresa", el "centro de trabajo" y la "unidad productiva autónoma".

Estos tres términos son lo suficientemente amplios como para dar cabida a la mayoría de las figuras socioeconómicas susceptibles de transmisión empresarial. Lo cual no impide que determinados supuestos "fronterizos" —como es el caso de concesiones administrativas y contratas— no tengan una inclusión inmediata dentro de alguno de los supuestos que señala el art. 44 ET, siendo preciso para ello realizar algunas consideraciones.

### A) La contrata y la concesión administrativa conceptuadas como "unidad productiva autónoma"

Para apreciar la inclusión dentro de la normativa sucesoria de los supuestos de rescate de concesiones y sucesión de contratas, éstas deberán circunscribirse en alguno de los tres elementos objetivos que establece el art. 44 ET, esto es: empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

Ya desde un principio conviene descartar cualquier identificación entre los conceptos de contrata y concesión con los de los dos primeros términos señalados, es decir, con los de empresa y centro de trabajo. Evitando caer de esa forma en la confusión de equipara lo que es una concesión o una contrata, entendida como un conjunto de derechos de explotación o gestión indirecta de un servicio o actividad, con la concepción de los términos más amplios y complejos de "empresas" o "centro de trabajo", los cuales implican la existencia de una amplia y suficiente infraestructura organizativa, tanto en lo formal como en lo material (12).

- (12) Sobre este particular, la STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1991 (RA-4459), al enjuiciar un supuesto de sucesión de contratistas, entendió que el concepto de unidad productiva autónoma es un "concepto que carece de definición legal pero que no debe interpretarse como sinónimo del de centro de trabajo, sino como comple-

En consecuencia, la única posibilidad que resta es la de incluir a estas figuras de la gestión indirecta dentro del concepto de "unidad productiva autónoma (13)". Para ello será necesario partir de la propia naturaleza contractual que ostentan tales figuras, puesto que, en definitiva, una concesión administrativa y una contrata no son sino expresiones similares, aunque diferentes en cuanto a su régimen jurídico —administrativo las primeras y civiles las segundas—, reconducibles ambas a la ya mencionada figura común del "contrato de empresa".

Partiendo de esta consideración del contrato de empresa, podemos entrever como la contrata y la concesión pueden integrarse dentro del concepto genérico de "unidad productiva autónoma", ya que en ambas figuras lo que destaca es la realización de unos servicios concretos y determinados que se incluyen dentro del ámbito productivo u organizativo de un conjunto mayor como es la misma empresa principal en el caso de las contratas o el Ente Público concedente en el caso de las concesiones (14).

Se acentúan aún más si cabe los propios caracteres del concepto de unidad productiva autónoma, en la medida en que las empresas contratistas o concesionarias aportan su propia organización productiva, al tiempo que sus trabajadores no se integran en modo alguno, ni en ningún momento, en la plantilla de la empresa para la que realizan sus servicios, actuando de esa forma en un ámbito muy concreto del ciclo productivo u organizativo de la empresa principal o Ente administrativo.

Además, para establecer esta consideración de unidad productiva autónoma con respecto a las concesiones administrativas y contratas, hemos de hacer

mentario de éste y dirigido a acoger posibles fracciones de la empresa que, pese a ser autónomas en cuanto a su capacidad de producir, no fueron sin embargo consideradas ni dadas de alta como centro de trabajo, a las fracciones que aún carentes de organización específica, característica del centro de trabajo son susceptibles de originar una explotación aislada o corresponden a una realidad de hecho en la actividad empresarial".

- (13) Este concepto es el tercero de los elementos objetivos a los que hace mención el art. 44 ET, aunque ya apareció por primera vez en el art. 18 LRL, y del que, a falta de una definición legal del mismo, puede inferirse de su misma expresión que se trata de organización con sustantividad propia y con los rasgos propios de una empresa, pero que desarrolla su actividad en el seno de una entidad más amplia y compleja. En este sentido, para la STS de 26 de enero de 1988 (RA-56), por "unidad productiva autónoma" debe entenderse "el centro de trabajo o unidad de explotación diferenciado que constituya una unidad socioeconómica de producción". O como enuncia más recientemente la STS de 13 de marzo de 1990 (RA-2069), debe tratarse de "un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional".
- (14) La conocida sentencia para la unificación de doctrina sobre esta materia de 5 de abril de 1993 (RA-2906) considera que "en estos casos puede entenderse que la contrata juega a los efectos del precepto legal como unidad productiva autónoma", vid. *Infra*. V. Hacia la solución jurisprudencial sobre estos supuestos. la STS de 5 de abril de 1993.

hincapié más en el carácter funcional que en el sentido espacial o geográfico en el que tales servicios se desarrollan (15), aunque sin caer en el exceso en el que han incurrido algunas resoluciones judiciales de confundir el concepto de unidad productiva autónoma con la propia actividad productiva o servicio objeto de concesión o contrata (15).

No obstante esta consideración de concesiones y contratas como unidades productivas autónomas no ha sido acogida de manera unánime, siendo rechazada por algunas resoluciones judiciales que han puesto su acento negativo en la falta de soporte material y organizativo específico dotado de autonomía funcional para apreciar la existencia de una unidad productiva autónoma (17).

Siendo así que la mayoría de estas contratas y concesiones administrativas no precisan de ninguna infraestructura empresarial, sino únicamente la prestación o gestión por tercero —contratista o concesionario— de una serie de actividades que se desarrollan precisamente en el establecimiento o instalaciones del empresario principal o Ente administrativo al que se le prestan tales servicios.

Como consecuencia de todo lo anterior, podemos afirmar que el carácter funcional que posee el concepto de unidad productiva autónoma permite la consideración de concesiones administrativas y contratas como tal. En consecuencia, ello no impide, al menos en cuanto al elemento objeto se refiere, que los supuestos de sucesión de contratas y de rescate de concesiones administrativas participen de los efectos que conlleva la aplicación de la subrogación empresarial.

#### B) La contrata y la concesión administrativa y su inclusión como elemento objetivo en el contexto de la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas

Por su parte, el art. 1 de la Directiva 77/187 dedica el primero de sus tres subapartados a delimitar el elemento objetivo del supuesto de hecho que devengará los oportunos efectos laborales inherentes a todo proceso de transmisión empresarial, estableciéndose en este sentido que la Directiva se aplicará a todos

- (15) Vid. Camps Ruiz, *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Op. cit., pág. 45. En términos similares cfr. la STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1991 (RA-4459).
- (16) En este sentido vid. las SSTs de 27 de octubre de 1983 (RA-5161) y 19 de junio de 1989 (RA-4813).
- (17) Estimando que "la realización de unos servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte, e incluso la propia organización empresarial no es transmitida sino sencillamente sustituida... (y) no constituye pues unidad productiva autónoma, ni como es obvio centro de trabajo". Cfr. STS de 30 de diciembre de 1993 (RA-10078) así como las sentencias del TSJ de Extremadura de 26 de mayo de 1992 (RA-2570) y TSJ de Navarra de 31 de octubre de 1994 (RA-3776).

los procesos traslativos de la titularidad "empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (18)", lo que en principio no impide la inclusión en alguno de estos términos de las figuras de la concesión administrativa y de la contrata.

Por su parte, en la redacción de la Propuesta de Directiva de 1994 sobre esta materia se advierte claramente esta tendencia favorable a la ampliación del elemento objetivo. Y en esta línea se aprecia como en su art. 1.1 se alude a un nuevo y amplio concepto, el de "entidad económica" —al que más adelante nos referiremos—, junto a los ya tradicionales de "empresa, centro de actividad o partes de centros de actividad". Al tiempo se establece en esta nueva normativa la exclusión expresa de su ámbito de aplicación de los traspasos de una única función, y que seguidamente pasamos a examinar.

Además el apartado 3º de este art. 1 de la Propuesta, se incluye como novedad la referencia expresa a que en su ámbito de aplicación se incluirán "a empresas tanto públicas como privadas de todos los sectores de actividad económica, abriguen o no ánimo de lucro", resaltando de este modo el ánimo de la nueva regulación comunitaria de no excluir de antemano a ningún sector de la actividad productiva.

a) El traspaso de una "única función" como elemento objetivo exceptuado de la aplicación de la nueva normativa comunitaria

No obstante lo anterior, conviene hacer una referencia especial —dada la conexión directa que presenta con nuestro tema— a una excepción que, acerca de este elemento objetivo, establece el párrafo segundo de este art. 1.1 de la Propuesta en los siguientes términos:

"El traspaso de una única función de la empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, ejercida o no directamente, no constituirá en sí un traspaso de empresa tal como se define en la presente Directiva".

(18) En cuanto a los términos empleados por la Directiva debemos hacer notar que en la legislación española, tanto en la actual como en la anterior, cuando se alude al objeto de la subrogación se emplean términos diferentes a los usados por la Directiva como son "centro de trabajo" o "unidad productiva autónoma". Sin embargo, pensamos que las voces empleadas por la norma comunitaria —"centros de actividad o partes de centros de actividad"— denotan una mayor amplitud terminológica que facilita la inclusión en el seno de su elemento objetivo de cualquier figura jurídica. Una explicación de esta ostensible amplitud terminológica de la Directiva estribaría probablemente en su propia naturaleza de "ley-marco" o "ley de bases", dada la finalidad armonizadora de la legislación de los Estados miembros sobre una determinada materia, permitiendo de ese modo que los respectivos legisladores nacionales puedan definir con mayor concreción y perfilar en sus justos términos al elemento objetivo que habrá de valorarse en orden a la aplicación de la normativa subrogatoria. Sobre la naturaleza de las directivas comunitarias vid. Colina Robledo/Ramírez Martínez/Sala Franco, *Derecho social comunitario*, Valencia, 1991, pg: 36. Y sobre su relación con nuestro ordenamiento jurídico vid. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo* (t. I), Madrid, 1991, pp: 177 y ss.

A este respecto conviene recordar que, en la práctica, la mayor parte de las contratas privadas —y en cierto modo también aunque en un plano diferente las concesiones administrativas— se reducen a la gestión indirecta de un determinado servicio o actividad correspondiente a la empresa principal.

Si equiparamos la realización de un servicio determinado con la realización de una función, podemos considerar que para la nueva normativa comunitaria el simple traspaso de una única función —como sinónimo de una única actividad o servicio— cabe deducir, en principio, que no presenta una entidad suficiente como para ser susceptible de encuadrarse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de 1994.

Sin embargo, antes de llegar a una conclusión definitiva sobre esta excepción, interesa traer a colación una reciente sentencia del TJCE de 14 de abril de 1994 (19) que, aunque referida a la Directiva de 1977, sobre esta cuestión entendió que: "El hecho de que... la actividad traspasada (de limpieza) sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva".

Otra sentencia del TJCE relativa al traspaso de una concesión administrativa, la de 19 de mayo de 1992 (20), en relación con esta cuestión entendió que: "las actividades de carácter especial que constituyan funciones independientes podrán asimilarse, en su caso, a centro de actividades o a partes de centros de actividad", asimilación ésta que equipara esta figura característica de la gestión indirecta con dos de los elementos objetivos que establece la Directiva de 1977, permitiendo así la inclusión de las concesiones administrativas —y por extensión las contratas— en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

Como puede observarse estas resoluciones del TJCE consideran admisible la inclusión de las contratas (21) y concesiones administrativas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. En consecuencia, habrá que concluir diciendo que nada impide la inclusión dentro del ámbito de aplicación de la nueva Directiva del traspaso de contratas o concesiones administrativas, salvo aquellas cuyo objeto consiste exclusivamente en la realización de una única función

(19) Sala Quinta, Asunto C-392/92, (caso "Christel Schmidt").

(20) Asunto C-29/1991 (caso "Redmond Stichting").

(21) Del tenor literal de la propia sentencia se desprende que las contratas a las que se refiere son aquellas cuyos servicios no se encuadran dentro de los correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, tal y como se señala nuestro art. 42 ET al referirse a este tipo de gestión indirecta de servicios. No obstante, lo que genera la duda acerca de si el TJCE es partidario también de incluir dentro del ámbito de aplicación de la Directiva a ese tipo de contratas que desarrollan servicios o actividades correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. A nuestro juicio, esta duda debe resolverse en sentido afirmativo, ya que ni en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo ni en la legislación sobre esta materia se hace distinción sobre este particular, por lo que, al menos en el ámbito comunitario, nada impide que se excluya de la aplicación de la Directiva a estas contratas, debiendo en su caso ser el legislador nacional el que resuelva esta cuestión.

de la empresa principal o Ente administrativo concedente. Además, dada la novedad de este concepto, y entretanto no existan resoluciones jurisprudenciales que lo desarrollen, ello no debe suponer obstáculo alguno para aplicar la normativa comunitaria a estos supuestos de rescate de concesiones y contratas.

b) La "entidad económica" como nuevo concepto de elemento objetivo

Junto al establecimiento de los elementos objetivos contenidos en ambas regulaciones comunitarias, es importante incidir en el análisis de otro concepto —indicado más arriba— acerca de este elemento objetivo, pero cuyo origen no se encuentra en la norma comunitaria sino en la jurisprudencia sobre ésta emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Este nuevo concepto al que nos referimos es el de "entidad económica", aparecido por primera vez en la sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1986 (22). Este concepto puede considerarse como aglutinador de los tres que establece la propia Directiva, permitiendo además la comprensión de algunas figuras como las contratas privadas y las concesiones administrativas.

Para obtener una idea de la relevancia de esta aportación terminológica baste señalar que la Propuesta de Directiva de 1994, al delimitar su ámbito de aplicación, ha incorporado precisamente este concepto al establecer en el segundo párrafo de su art. 1 que "se considerará traspaso... el de una actividad que se vea acompañado del traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad".

Sin embargo, pese a la importancia de este nuevo concepto, ni la reciente regulación comunitaria sobre esta materia, ni la propia jurisprudencia del TJCE, se han ocupado de definir lo que debe entenderse por entidad económica. No obstante, de la reciente STJCE de 19 de septiembre de 1995 (23), cabe deducir que se trata de "un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable".

Por su parte, de los fundamentos jurídicos de la señalada sentencia de 18 de marzo de 1986 se desprenden una serie de criterios (24) que permiten conocer cuándo se está en presencia del traspaso de una entidad económica, y que son los que siguen:

(22) Sala 5ª, asunto 24/85 (caso "Spijkers").

(23) Asunto C-48/94.

(24) La propia fundamentación jurídica de la STJCE de 18/3/86 aclara que la valoración de todos estos factores deberá realizarse en su conjunto, no siendo determinante la concurrencia de alguno de ellos para afirmar la existencia de una transmisión empresarial en el sentido que expresa la Directiva 77/187, por lo que "conviene precisar que todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, y no puede, por tanto, apreciarse aisladamente".

\* Enajenación de los bienes materiales, tanto muebles como inmuebles: edificio, maquinaria, utillaje, materias primas, existencias, etc.

\* Transmisión de los elementos inmateriales (el denominado "good-will"), integrado por la cartera de clientes, logotipo comercial, marca, patentes, etc.; así como el conjunto de técnicas y conocimientos precisos para el desarrollo de la actividad empresarial de que trate ("know-how").

\* La identidad de la actividad empresarial que venía desarrollando.

\* La continuidad de la práctica totalidad de la plantilla que existía con el empresario precedente.

En definitiva, este novedoso concepto de entidad económica, dadas sus características, puede aplicarse sin mayores dificultades tanto a la figura de la contrata como de la concesión administrativa. Lo que facilita a su vez la inclusión de estos cambios de titularidad en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

c) La puesta a disposición del patrimonio empresarial

Este ha sido uno de los criterios más decisivos que ha esgrimido una reciente doctrina jurisprudencial, para determinar la aplicación de la normativa laboral subrogatoria en la sucesión de contratas y en sobre todo en el rescate de concesiones administrativas.

A este respecto, el criterio determinante consiste en la diferenciación entre traspasos que llevan aparejada la puesta a disposición del patrimonio empresarial (25) al nuevo empresario de aquéllos otros que se realizan sin esta entrega patrimonial.

Partiendo de esta distinción, la jurisprudencia (26) ha establecido que se aplicará la normativa laboral sobre sucesión de empresas a aquellos supuestos "que llevan aparejada la entrega al concesionario (contratista) de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio (27)". Y en sentido contrario, "aquellas otras concesiones (contratas), en que por no concurrir esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales básicos de la explotación, se carece de los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresas", y por consiguiente, no les sería aplicable la correspondiente legislación laboral sobre esta materia (28).

(25) A estos efectos se entiende por patrimonio empresarial el conjunto de bienes tanto materiales como inmateriales que son necesarios para la realización de la actividad empresarial.

(26) Esta doctrina aparece reflejada sobremanera en las sentencias del TS de 13 de marzo de 1990 (RA-2069), 10 de junio de 1991 (RA-5141) y 9 de julio (RA-5879) y más recientemente la de 19 de septiembre de 1995 (RA-6783).

(27) Sobre la aplicación de la normativa subrogatoria por la entrega del patrimonio empresarial vid. las recientes sentencias del TSJ de Canarias de 18 de marzo de 1994 (RA-934) y TSJ de Andalucía (Granada) de 1 de febrero de 1994 (RA-624).

(28) Ejemplos de esta no aplicación los encontramos en las recientes sentencias del TSJ de Extremadura de 21 de abril de 1994 (RA-1379) y TSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de julio de 1994 (RA-2805).

El fundamento de esta doctrina jurisprudencial estriba en la configuración de uno de los requisitos básicos para apreciar la existencia de una sucesión empresarial, como es la explotación del servicio sin solución de continuidad a través del tracto directo o sucesivo de empresarios, en el que más adelante nos detendremos. Pero baste conocer, por ahora, que para que exista esa continuidad, es condición imprescindible que el nuevo concesionario o contratista que se haga cargo del servicio objeto de subrogación, cuente desde el primer momento con todos los elementos necesarios para continuar las actividades que el anterior titular gestionaba.

En definitiva lo que se persigue con esta distinción es deslindar aquellos supuestos que ponen a disposición del nuevo empresario el patrimonio empresarial y por ello posibilitan el cumplimiento de ese requisito esencial en toda subrogación empresarial como es la del tracto sucesivo, de aquellos otros supuestos en los que por no cumplirse este requisito básico no pueden ser encuadrados como verdaderas subrogaciones empresariales, lo que determina la no aplicación a los mismos de la normativa sucesoria.

### 3. El elemento subjetivo: El llamado "tracto sucesivo" de empresarios contratistas y concesionarios

En el seno de toda sucesión empresarial, confluye, junto con el elemento operativo y el elemento objetivo, analizados anteriormente, un elemento subjetivo, representado por los sujetos intervinientes en el proceso, esto es, por los empresarios, cedente por un lado y cesionario por otro, y que se manifiesta en la relación o tracto directo de los mismos, de manera que permita el mantenimiento de la actividad sin solución de continuidad. Lo que podría conceptuarse "como el pase directo de la empresa de uno a otro, en virtud de negocio jurídico derivativo (29)".

La normativa subrogatoria anterior, contenida en el artículo 79 LCT, regulaba la aplicación de los efectos laborales contemplados en la misma a los supuestos de "cesión, traspaso o venta de la industria". A este respecto se entendía que en tales supuestos de transmisión inter vivos operaba el dato de la voluntariedad y, en consecuencia, el de la relación directa entre el empresario cedente y el empresario adquirente de la organización productiva objeto del proceso traslativo. De esta manera se establecía una doble exigencia en orden a la aplicación de la normativa laboral en materia sucesoria: voluntariedad y relación directa.

Avanzando en el tiempo, y con las modificaciones introducidas por la nueva regulación en materia sucesoria establecidas en el art. 18 LRL y posteriormente en el art. 44 ET, estas exigencias de la voluntariedad y del tracto

(29) Cfr. Albiol Montesinos, *I. Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984, pág. 21.

directo se difuminaron en gran medida al exigirse únicamente el cambio de titularidad (30).

Junto con la transformación en el plano legal de este requisito subjetivo, se produjo en el seno de la doctrina científica (31) un criterio favorable a esta no exigencia, al considerar la escasa relevancia jurídica que presenta el tracto directo como condicionante de la normativa subrogatoria.

La jurisprudencia, por su parte, también se mostró favorable a la única exigencia del cambio de titularidad, afirmando mayoritariamente que "lo determinante es que el nuevo empresario y el anterior se hagan sucesivamente cargo de la actividad empresarial, pues lo que se pretende es que no haya solución de continuidad en la misma (32)". De esta forma se da paso a la inclusión dentro del ámbito de aplicación de la normativa subrogatoria laboral, de determinados cambios de titularidad empresarial que antaño no tendrían posibilidad de ser encuadrados bajo la citada regulación sucesoria. Entre ellos destacan los relativos al cambio de titularidad en contratas y concesiones administrativas. Y a mayor abundamiento, la no exigencia ya del requisito de la voluntariedad en los mencionados supuestos se aprecia de manera particular en los casos en los que, como en los referidos, el cambio de titularidad no opera con la intervención voluntaria de las partes sino mediante la voluntad de un tercero que es quien pone en funcionamiento el fenómeno sucesorio (33), haciendo constar que lo importante "es que el precedente titular y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la empresa, sin que a ello obste que la sustitución se hubiera operado a través de tercera persona interpuesta (34)".

(30) Fundamento sobre el que se asienta el cambio de titularidad empresarial responde, básicamente, a una novación subjetiva, recogida de forma genérica en el art. 1203 del Código Civil, el cambio de uno de los elementos subjetivos que intervienen en la relación contractual, por lo que, según el principio de conservación del contrato o "favor negotii" y en la medida que el objeto del contrato no sufre alteración, es por lo que cabe aplicar —por analogía aunque el art. 44 ET lo establezca expresamente— la subrogación del nuevo acreedor en la posición del cedente en todos los derechos y obligaciones que la obligación —laboral en este caso— lleve aparejados. Sobre la apreciación de este fundamento vid. Monereo Pérez, J.L., "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades", *Relaciones Laborales*, nº 7, 1986, pp: 57 y ss. También sobre este fundamento las SSTs de 26 de enero, 16 de febrero, 3 y 9 de marzo de 1987 y 30 de junio de 1988, en *La Ley*, 1988-4.

(31) Entre los más sobresalientes: Duran López, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Martín Valverde y Albiol Montesinos.

(32) Vid. SSTs 27 de marzo de 1980 (RA-1543), 16 de junio de 1983 (RA-3017), 29 de marzo y 18 de junio de 1985 (RA-1454 y 3250 respectivamente), 26 de enero, 3 de marzo y 9 de julio de 1987 (RA-292, 1321 y 5123 respectivamente), 25 de febrero de 1988 (RA-948) Y 19 DE JUNIO DE 1989 (RA-1812).

(33) Esta voluntad de tercero estará presidida en el caso de contratas por la del empresario principal y en los supuestos de concesiones administrativas, por la de la Administración que hubiere otorgado el correspondiente contrato concesional.

(34) Cfr. Monereo Pérez, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1988, pág. 253.

No obstante lo anterior, y como muestra de la disparidad de criterios que ha actuado como denominador común en la aplicación de la normativa subrogatoria en estos supuestos, es oportuno traer a colación un grupo de resoluciones judiciales de signo diferente a la tendencia doctrinal mayoritaria anteriormente señalada y contrarias a la aplicación del art. 44 ET a estos supuestos, por la no concurrencia del requisito del elemento subjetivo, o cambio de titularidad, necesario para que pueda contemplarse el supuesto de hecho de la reiteradamente citada norma sucesoria.

El argumento esgrimido para justificar dicha postura negativa a la aplicación, se centra en la consideración de que en estos cambios no existe ni relación directa entre los empresarios, ni continuidad de la empresa, sino una mera sustitución entre empresas, con organización, personal y dirección propias e independientes, cuyos empresarios no mantienen en ningún momento relación alguna. Además, gran parte de las sentencias, afirman que el procedimiento que se opera en esta clase de cambios, consiste, en la rescisión de la contrata que vincula a la empresa principal con la empresa titular de la misma y posterior celebración de un nuevo contrato con un nuevo empresario que asume la gestión del mismo, ya sea en los mismos términos establecidos con el anterior contratista o con otros nuevos, puesto que no debemos olvidar —según esta tendencia— que se trata de un nuevo contrato, y por ello no tiene por qué tener el mismo contenido que el anterior (35).

En el caso de las concesiones administrativas sucede lo mismo, aunque aquí, por el formalismo del que está investido el *modus operandi* de la Administración, cabe apreciar con mayor detalle ese deslinde entre una concesión y la siguiente, ya que como es sabido, el procedimiento por el que se otorga una concesión recorre diversas etapas (36). Es por ello por lo que ante la revocación o rescate de una concesión y ulterior otorgamiento a otro empresario, parece claro que no se trata de una sucesión de empresarios en una misma concesión, sino, más bien, de la sustitución de empresarios, distintos e independientes entre sí, en la gestión de un mismo servicio y mediante sendos contratos administrativos concesionales también diferentes entre sí (37).

(35) Vid. STCT 29 de diciembre de 1982 (RA-7871)

(36) Sobre las distintas fases del procedimiento de adjudicación, cfr. arts. 74 y ss. de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. Véase también Sosa Wagner, F. (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona, 1996, pp. 139 ss.; y Abellá Poblet, M., *Contratos de las Administraciones Públicas (t.I)*, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid, 1995.

(37) Vid. SSTCT de 12 de febrero de 1981 (RA-941), 15 de octubre de 1985 (RA-5576), 9 de julio de 1987 (RA-1773 y 15636), y más recientemente la STSJ de Madrid de 8 de julio de 1992 (RA-3672) en la que se estima la inaplicabilidad a estos supuestos del art. 44 ET "al ser cada una de las codemandadas (concesionarias) independientes entre sí, con personalidad jurídica propia, y no han sido absorbidas ni sustituidas unas por otras, sino sólo la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de

Por consiguiente, si nos hacemos eco de esta tendencia, no tendría razón de ser a aplicación de la normativa subrogatoria a estos supuestos, dado que no hay tal sucesión, y sí en cambio, extinción por revocación o rescate de una concesión y posterior convocatoria y otorgamiento de otra. Todo ello sin olvidar el carácter forzoso que preside estos cambios de titularidad y la ruptura de la relación directa entre los empresarios por la intermediación de un tercero: la Administración.

Como conclusión a este apartado podemos afirmar que, si bien es cierto que en ocasiones existe esa ruptura en el tracto directo de empresarios que se suceden en la titularidad de una contrata, y sobre todo en una concesión administrativa, como así lo han subrayado algunas decisiones judiciales, no es menos cierto también, que en la medida en que el servicio continúe prestándose con la llegada de la nueva contratista o concesionaria, es claro que la titularidad no se extingue sino que se mantiene —si bien provisionalmente en manos de la empresa principal o Ente administrativo concedente—, titularidad ésta que cambia (definitivamente) al hacerse cargo del servicio la nueva adjudicataria, cumpliéndose de ese modo el cambio de titularidad que exige la norma subrogatoria.

### III. LA NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE AL CAMBIO DE TITULARIDAD DE CONTRATAS Y CONCESIONES

Hemos tenido ocasión de comprobar en los apartados anteriores que la normativa sobre subrogación empresarial no contempla la manera expresa la regulación de algunos supuestos a los que hemos denominado *fronterizos* porque si bien no integran una sucesión empresarial en sentido estricto, no es menos cierto que se encuentran próximos a estarlo, y entre los que se encuentran los relativos al cambio de titularidad en concesiones administrativas y contratas. La que se justifica por la enorme casuística que de estos casos se deriva, razón ésta que, unida a las especiales características de algunos sectores, ha dado lugar a desarrollo de una normativa específica —aunque basada en los principios y garantías de la estatutaria—, recogidas en principio en las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo sustituidas paulatinamente por convenios colectivos de distinto ámbito.

La finalidad perseguida por esta regulación sectorial no es otra que la de otorgar a los trabajadores encuadrados bajo su ámbito de aplicación, los mismos derechos y garantías que contempla la normativa subrogatoria básica, con independencia de que puedan darse en estos supuestos los requisitos necesario

concesiones, que nada tiene que ver, por tanto, con los supuestos contemplados en el art. 44, ya que la relación jurídica sólo se establece entre el concedente del servicio por un lado, y las empresas concesionarias por otro, pero no entre éstas, totalmente desvinculadas entre sí, sin que la empresa últimamente concesionaria tenga obligación legal de asumir el personal de la que la precedió en la concesión".

—anteriormente examinados— para aplicar la regla general sobre sucesión de empresas, evitándose así que los trabajadores pertenecientes a estos sectores puedan verse desprotegidos de algunos derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento laboral (38).

Vamos a proceder a un estudio detallado de esta regulación específica, examinando en primer lugar la normativa sectorial relativa a las contratadas privadas y dejando para más tarde la regulación específica que se suscita en torno al cambio de titularidad en el ámbito de las concesiones administrativas.

### 1. El cambio de titularidad en la normativa sectorial de empresas de limpieza de edificios y locales

Tradicionalmente la sucesión de contratistas en este sector ha sido regulada a través del art. 13 de la Ordenanza Laboral de limpieza de edificios y locales (39). Sin embargo la Disposición Transitoria 2ª del ET (40) inició un proceso de sustitución de las ordenanzas de trabajo por convenios colectivos, con-

(38) Sobre esta normativa cabe resaltar que se trata “de supuestos en los que... no existe realmente una transmisión patrimonial de un complejo organizativo entre empresarios, por lo que la subrogación no se produce ex artículo 44 de la LET, sino en virtud de la propia normativa sectorial, cuya ratio legis conecta desde luego con una política legislativa tendente a crear mecanismos específicos de estabilidad en el empleo”. Cfr. Abiol Montesinos, I. *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984, pg: 25. Para otros autores, tales normas sectoriales lo que han hecho es que “han asimilado el cambio de contratista a la sucesión de empresa”, cfr. Camps Ruiz, L.M., *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, Valencia, 1993, pág: 83, lo que a nuestro juicio no es estrictamente acertado si tenemos en consideración que la mayoría de estas normas no regulan otras garantías sí contempladas en la normativa subrogatoria general tales como la responsabilidad empresarial o la información de los representantes de los trabajadores. Por otra parte, esta asimilación de la normativa sectorial a la del art. 44 ET pone de manifiesto, según señala González Biedma, E. en “Los efectos jurídico-laborales...”, op. cit., pg: 250, que no es infrecuente constatar la confusión en la que incurren algunas sentencias al “determinar que existe subrogación de determinados casos sin reparar en que la misma se fundamenta no en el art. 44 ET, sino en la normativa sectorial”.

(39) Aprobada por Orden Ministerial de 15 de febrero de 1975 (BOE del 20).

(40) Modificada su redacción por el art. 9 de la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE del 23), por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, redacción que ha pasado íntegramente a ser la Disposición Transitoria Sexta en el actual Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE del 29).

tinuando vigentes las primeras como derecho dispositivo (41) hasta el 31 de diciembre de 1994 (42).

En ese proceso, la gran mayoría de los convenios de este sector (43) han asumido fielmente el contenido material del art. 13 de la Ordenanza, pero añadiendo o perfilando algunos criterios de concreción que permiten definir con mayor exactitud a qué trabajadores y en qué términos va a efectuarse esa subrogación (44).

De la redacción del art. 13 de la Ordenanza, así como de las normas convencionales del sector, se desprenden tres situaciones diferentes que aconsejan un examen por separado de cada una de ellas.

#### A) Asunción del servicio por la propia empresa principal sin necesidad de contratar nuevo personal

La primera situación planteada —derivada del primer párrafo del art. 13—, parte de la asunción del servicio de limpieza por parte de quien originariamente ostenta la titularidad de ese servicio, cuya gestión descentralizó —por las razones que fuesen— y del que ahora desea volver a hacerse cargo con su propio personal.

(41) En los casos en los que esta regulación dual ha suscitado alguna controversia entre ambas regulaciones —ordenanza y convenio—, la solución se ha resuelto en favor de lo dispuesto por la norma convencional, debido precisamente a la naturaleza de derecho dispositivo de la ordenanza. En este sentido cfr. la STSJ de Galicia de 6 de julio de 1993 (RA-3853) al afirmar que “el art. 13 de la Ordenanza Laboral del Sector... vigente con rango de norma de derecho dispositivo... queda derogado... por lo dispuesto en el art. 33 del Convenio Colectivo —provincial de Pontevedra (BOP 14/6/1990)—, en cuanto contiene una regulación completa sobre la adscripción de personal en los supuestos de sucesión de empresas en las contratadas de limpieza, dada la fuerza vinculante que le otorga el art. 37.1 CE y rango de fuente de la relación laboral por el art. 3º del ET”.

(42) Cfr. la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 28 de diciembre de 1994 por la que, en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores, se proroga la vigencia de determinadas Ordenanzas Laborales y Reglamentación de Trabajo.

(43) Sector en el que a diferencia de otros, como el de seguridad o el de contratadas ferroviarias, no existe un convenio colectivo de limpieza de ámbito nacional, siendo la mayoría de ámbito provincial o de empresa.

(44) El art. 13 de la Ordenanza Laboral establece: “Cuando una empresa en la que viniese realizándose el servicio de limpieza a través de un contratista, tome a su cargo directamente dicho servicio, no estará obligado a continuar con el personal que hubiese prestado servicio al contratista concesionario si la limpieza la realizara con los propios trabajadores de la Empresa y, por el contrario, deberá hacerse cargo de los trabajadores de referencia si, para el repetido servicio de limpieza, hubiera de contratar nuevo personal”. Y añade seguidamente: “Los trabajadores de un contratista de servicio de limpieza que, con arreglo a la normativa jurídica aplicable, quedasen desvinculados laboralmente de éste al vencimiento de una concesión, pasarán a estar adscritos, si existiese, al nuevo titular de la contrata de limpieza”.

En consecuencia, aquí no se produce ninguno de los efectos propios de la subrogación empresarial, no sólo porque el art. 13 así lo dicte sino sobre todo porque no puede hablarse, en sentido estricto, de un cambio de titularidad en el sentido que el art. 44 ET establece. De hecho, en la regulación de los convenios colectivos de este sector que han sustituido a la ordenanza, ya no aparece regulada esta situación, por entender que no opera subrogación empresarial alguna. Además, según ha manifestado el Tribunal Supremo al respecto, en su reciente sentencia de 30 de diciembre de 1993, "el art. 44 (ET) exige "cambio de titularidad"... y es claro que el propio Estatuto de los Trabajadores en el art. 42 cuando contempla la contrata de obra o servicios no exonera de responsabilidad al que sigue llamando "empresario principal" lo que denota que no pierde la titularidad de la empresa, en la que se realizan los servicios contratados (45)".

*B) Asunción por la propia empresa principal junto con los trabajadores del anterior contratista*

Situación diferente a la anterior es la que produce si para hacerse cargo el empresario principal de los servicios de limpieza, precisa contratar nuevo personal para la realización de los mismos, en cuyo caso deberá hacerlo con los trabajadores del empresario contratista que hubieren estado adscritos a las referidas labores (46).

No obstante, habría que poner este precepto en relación con el que seguidamente examinaremos para entender que los trabajadores que serían reasumidos por la empresa principal, únicamente serían aquéllos que quedasen desvinculados laboralmente, es decir, si fuesen fijos de obra (47) y no fijos de plantilla, ya que si se trata de estos últimos tales trabajadores no se incorporarían a la empresa principal sino que seguirían en su propia empresa: la contratista (48).

(45) (RA-10078). En la misma línea la STSJ de Galicia de 23 de septiembre de 1994 (RA-3449) y STSJ Murcia julio de 1994 (RA-265).

(46) De la expresión "deberá", deducimos que se trata de una obligación directa para el empresario principal y no un simple "derecho a ser contratados preferentemente" según afirma González Biedma, E., "Los efectos jurídico-laborales...", op. cit. pág. 251.

(47) En algunos casos, como en la STS de 27 de octubre de 1983, cuando se alude al doble régimen de trabajadores de la contrata, se emplean expresiones tales como que "los trabajadores adquirieron la condición de fijos de centro de trabajo", expresión ésta que no debe inducir a la confusión de considerarlos como fijos de plantilla sino como expresión sinónima de fijos de obra. Por su parte, la STCT de 6 de marzo de 1986 (RA-1489) se alude a una distinción similar al hablar de "fijos de servicio u obra". Sobre los efectos de esta distinción vid., por todas, las SSTCT de 25 de noviembre de 1986 (RA-12295 y 12302).

(48) La condición de fijo de plantilla hace que no pueda producirse desvinculación laboral con la primera empresa por el vencimiento de una contrata no fijada previamente como causa de resolución". Vid. SSTCT de 7 de junio de 1983 (RA-5255), de 19 de julio de 1985 (RA-5166) y 27 de enero de 1987 (RA-1517).

*C) Rescisión de la contrata y otorgamiento de la misma a otro empresario contratista*

Por su parte, el segundo párrafo del transcrito art. 13 de la Ordenanza señala una situación distinta a la enunciada en los dos casos precedentes, en la medida en que, si bien se extingue la relación entre la empresa principal y la contratista al igual que en las situaciones reseñadas anteriormente, en esta tercera hipótesis los servicios contratados no pasan a ser desempeñados directamente por la empresa principal sino por otra empresa contratista del sector de la limpieza de edificios y locales, quien asume los empleados del anterior que, "con arreglo a la normativa jurídica aplicable, quedasen desvinculados laboralmente"(49).

El fundamento de este deber de asunción se basa en que al no ser trabajadores fijos en la plantilla de la empresa contratista cesante sino que su contrato ha sido estipulado precisamente con ocasión de la contrata, y puesto que la prestación de tales servicios que venían desarrollando debe continuar, podemos concluir que el único cambio que se ha producido ha sido el del titular de la gestión de dicho servicio, requisito éste establecido por la normativa sucesoria básica, por lo que, en aras de la estabilidad en el empleo, deberán ser objeto de los efectos tuitivos contenidos en la transcrita norma sectorial (50).

(49) Hay que resaltar que ni en los convenios colectivos del sector ni en el propio art. 13 de la ordenanza no se hace mención alguna acerca de la modalidad contractual que haya pactado el trabajador para que el término de la contrata quede en situación de desvinculación laboral. No obstante, hay que advertir a este respecto que el art. 10 de la propia ordenanza de 1975 establece que "el personal admitido en la empresa sin pactar modalidad especial alguna en cuanto a la duración de su contrato se considerará fijo o por tiempo indefinido", en consonancia con la sanción que contiene el art. 15 ET. Vid. STCT de 12 de noviembre de 1981 (RA-6602) así como la STCT de 7 de junio de 1983 (RA-5255) al puntualizar que "sería necesario que se especificase con claridad —al iniciarse la prestación de los servicios— tanto el tiempo de duración como la obra concreta a realizar, es decir, el centro de trabajo donde debe prestarse el servicio y que el contrato a ello se circunscriba exclusivamente". En el mismo sentido la STSJ de Canarias de 6 de noviembre de 1992 (RA-5421).

(50) Esta subrogación queda acotada en los convenios colectivos del sector por criterios de temporalidad, es decir, la subrogación afecta sólo a los trabajadores que queden en situación laboral pero que puedan acreditar una antigüedad mínima en la contrata objeto de subrogación. Así por ejemplo, el art. 14 del Convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Madrid dispone que "al término de la concesión de una contrata de limpieza, los trabajadores de la empresa contratista pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: a) trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo. (...)".

Junto con esta situación que acabamos de ver, cabría aventurar otra posibilidad consistente en que la nueva empresa contratista que se hace cargo del servicio de limpieza pueda realizarlos con su propio personal y, por ello, sin necesidad de contar con los trabajadores que ya se encontraban prestando los referidos servicios con la anterior contratista.

Sería un supuesto de similares características al que hemos abordado en el primer caso, cuando era la propia empresa principal la que se hacía cargo del servicio con su propio personal. No obstante, parece que el propio art. 13 nos da una solución diferente, ya que en este caso, se impone a la nueva contratista la asunción de los trabajadores que quedasen desvinculados laboralmente de la anterior contratista a consecuencia de la rescisión de dicha contrata, sin posibilidad de que la nueva contratista pueda desarrollar esas tareas con su propio personal. Además, a diferencia de aquella primera situación, en este caso sí se produce un cambio de titularidad del servicio, lo que pone de manifiesto la existencia de una subrogación empresarial que es precisamente la que sirve de fundamento a la continuidad de las relaciones de trabajo (51).

Una última cuestión a tratar en relación con esta norma sectorial sería la relativa a variación del objeto inicial de la contrata y ulterior transmisión parcial derivada de la misma a un nuevo contratista (52). Ante esta situación, parece obvio que los efectos subrogativos inciden exclusivamente respecto de los tra-

- (51) Las razones por las que se llega a esta solución son varias, pero las más inmediatas proceden, por un lado del principio de estabilidad en el empleo que propugna la normativa subrogatoria básica, y por otro del tracto sucesivo de empresarios y la relación directa entre los mismos que permite al nuevo contratista el conocimiento de las circunstancias y condiciones que conlleva la asunción de esa contrata, como ya tuvimos ocasión analizar. No obstante, si una vez producida la subrogación, la asunción de los trabajadores del anterior titular produjesen un incremento excesivo e insostenible de la plantilla del nuevo contratista en relación con el conjunto de actividades que desarrolla, siempre puede acudir —al igual que cualquier empresario— a la vía del despido por causas objetivas prevista tanto en nuestra legislación laboral como por el art. 4.1 de la Directiva 77/187 (redacción que se ha mantenido intacta en la propuesta de Directiva de 1994) al establecer que “El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización”.
- (52) Debemos entender que a efectos de aplicación de la normativa sucesoria “cabe también una transmisión parcial de la Empresa, transmitiéndose una parte de la misma susceptible de explotación económica o dividiéndose la empresa en varias unidades autónomas y transmitiéndose separadamente cada una de ellas”. Cfr. Durán López, F., “La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por deudas laborales en la transmisión de Empresa”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1974, pg. 76. También del mismo autor vid. “La transmisión parcial de empresa (Comentario a la STCT de 17 de diciembre de 1973. Repertorio Aranzadi, 1973, II, n. 5253)”, en *Revista de Política Social*, n.º 104, 1974, pp: 275-280.

bajadores adscritos a la parte de la contrata objeto del cambio, y no en relación con los empleados en labores que siguen asignadas al primer contratista (53).

## 2. La subrogación de servicios en empresas de seguridad

En este sector, la situación de referencia aparece reguladas en el art. 14 de Convenio Colectivo Nacional para las Empresas de Seguridad, de 19 de abril de 1994 (B.O.E. de 4 de mayo (54)), bajo la rúbrica “subrogación de servicios”, el cual contiene una breve introducción inicial sobre la finalidad que persigue el precepto en la que reza que “dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo (55)”. A esta breve pero significativa justificación inicial le siguen cuatro apartados que seguidamente pasamos a examinar.

- (53) Vid. Alvarez Alcolea, M. “La segregación de industria y la aplicación del art. 79 de la Ley de Contrato de Trabajo”, *Revista de Política Social*, n.º 106, 1975, pp: 59-108; y STCT de 2 de octubre de 1980 (RA-4755).
- (54) Desde el 4 de mayo de 1994 se halla vigente el nuevo convenio colectivo nacional de este importante sector, siendo su inmediato antecesor el Convenio extraestatutario de 1992, basado a su vez en el Convenio Colectivo (estatutario) de 4 de abril de 1990 (BOE de 10 de mayo). Igualmente conviene destacar que esta regulación convencional ha estado presente entre nosotros desde hace ya algún tiempo, como así lo demuestran los convenios precedentes que se han ido sucediendo en el sector, siendo el primero de ellos el art. 14 del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad, aprobado por Resolución de 18 de enero de 1982 (BOE de 9 de febrero) —vid. al respecto la STCT de 8 de noviembre de 1983 (RA-9390), al que siguieron el de 8 de abril de 1983 (BOE del 20), 3 de abril de 1984 (BOE de 8 de mayo) —cfr. STCT de 13 de noviembre de 1985 (RA-6638), 21 de febrero de 1985 (BOE de 15 de marzo) —vid. STCT de 21 de abril de 1987 (RA-8210), y el de 5 de mayo 1986 (BOE 27 de junio).
- (55) Cabe hacer hincapié en la similitud perseguida por esta norma convencional y la estatutaria en la que se encuentra fielmente inspirada, pero haciendo notar al mismo tiempo que la estabilidad en el empleo no debe ser confundida con la estabilidad en un mismo puesto de trabajo, como así lo han puesto de manifiesto algunas sentencias como la del TCT de 27 de enero de 1987 (RA-1517), y más recientemente la STSJ de La Rioja de 1 de abril de 1992 (RA-1843) al no considerar aceptable “que se sostenga respecto de empresas que prestan servicios en centros de otras (como es el caso de la mayoría de las empresas contratistas o arrendatarias de servicios), que los puestos de trabajo generan un vínculo laboral con la persona titular del centro, es decir, una especie de relación laboral “propter rem”, lo cual ha de rechazarse por absurdo, pues no es admisible, a falta de norma legal o convencional, que la sede inmobiliaria del puesto de trabajo determine relación personal de tipo alguno”.

A) *La subrogación de los "Servicios de Vigilancia" y la de los "Servicios de Transporte de Fondos"*

El mismo art. 14 del Convenio Colectivo del sector establece esta distinción en sus apartados A) y B) con respecto a la subrogación de unos y otros servicios, aunque en ambos casos la situación de fondo es la subrogación y en consecuencia los efectos laborales son también similares. Tomemos en primer lugar como referencia el régimen jurídico de la subrogación en el servicio de vigilancia.

Así, en el apartado A) del art. 14 dispone:

"Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado.

Así mismo procederá la subrogación, cuando, la antigüedad en la empresa y en el servicio coincidan, aunque aquélla sea inferior a siete meses".

Sobre el contenido de este precepto conviene realizar algunas puntualizaciones.

En primer lugar, se hace referencia expresa a que es indiferente, a los efectos de aplicar o no esta norma subrogatoria, que "el cliente" para el cual se estuviesen prestando los servicios de vigilancia tenga naturaleza pública o privada (56).

El segundo aspecto a considerar sobre este apartado A) del art. 14 tiene que ver con el criterio de la temporalidad que se sigue para aplicar a un trabajador los efectos de esta norma subrogatoria y cuyo límite se sitúa en "una antigüedad mínima de siete meses".

Vemos como esta norma sectorial establece un límite temporal para su aplicabilidad, quedando claro que por debajo de éste dicha norma no despliega sus efectos, dando lugar de este modo a dos regímenes diferentes con respecto a estos trabajadores en función de que se encuentren o no dentro de la antigüedad marcada por la norma subrogatoria (57). Analicemos a continuación cuáles podrían ser las consecuencias jurídico-laborales de este doble régimen.

(56) Hay que destacar que esta distinción no se expresaba en el anterior convenio colectivo, aunque en la práctica la única distinción estriba en el distinto régimen jurídico del contrato en virtud del cual vaya a prestarse el servicio de vigilancia, en un caso mediante la figura de la contrata privada y en el caso de un cliente público normalmente será por concesión administrativa.

(57) Hemos podido ver con anterioridad que en algunos convenios del sector de limpieza (Madrid), también se establece este límite temporal para que pueda aplicarse la subrogación a un determinado trabajador, concretamente de cuatro meses.

\* Trabajadores que quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma convencional subrogatoria.

Con respecto a este grupo de trabajadores, los efectos dependerán fundamentalmente de dos circunstancias. Por un lado, de la modalidad contractual por la que tales trabajadores estuviesen vinculados con la empresa cesante, y por otro, de la necesidad de contratar nuevo personal por parte de la nueva adjudicataria.

Con respecto a la primera circunstancia, a dos podrían reducirse las modalidades que pudieran presentarse. De un lado, los trabajadores que estuviesen vinculados con la empresa cesante a través de un contrato por tiempo indefinido, es decir que tuviesen la condición de fijos de plantilla, en cuyo caso continuarán prestando sus servicios como trabajadores de la empresa de seguridad cesante pero lógicamente adscritos a otro servicio que posea dicha empresa.

Por su parte, los vigilantes que hubieren sido contratados para trabajar en ese servicio que ahora se subroga y que no puedan acreditar una antigüedad en el mismo de al menos siete meses (58), quedarán de esta forma desvinculados laboralmente, salvo que por diversas circunstancias la nueva empresa adjudicataria del servicio de vigilancia precise contratar nuevo personal y desee contratar concretamente a estos trabajadores (59).

No obstante conviene aclarar que en este último caso no estaríamos ya en presencia de una subrogación empresarial, sino ante una contratación ex novo y en consecuencia completamente distinta de la anterior, razón por la cual el nuevo empresario no tendría obligación de reconocer a estos vigilantes las condiciones y derechos laborales —antigüedad— que mantenían con el anterior empresario, puesto que al no haber subrogación no cabría aplicar la correspondiente normativa sucesoria ni las garantías y efectos derivados de la misma.

\* Vigilantes afectados por la subrogación.

Con respecto a estos vigilantes que han estado trabajando en el servicio objeto de subrogación por un tiempo igual o superior a siete meses, la propia norma establece la indiferencia con respecto a la modalidad de contrato laboral en virtud del cual estuviesen vinculados con la empresa cesante, produciéndose este modo el efecto de la estabilidad en el empleo deseado por la propia norma.

La tercera cuestión que cabe poner de relieve con respecto a este criterio de la temporalidad, es que la propia norma impone la subrogación cuando "la antigüedad en la empresa y en el servicio coincidan, aunque aquélla sea inferior a siete meses". Se impone en este caso la obligación para la nueva adjudicataria de asumir todos los trabajadores que hubiesen estado destinados desde un principio en el servicio objeto de subrogación, en clara referencia a que en la prác-

(58) Salvo que, según indica el siguiente apartado del mismo art. 14, la antigüedad en la empresa y en el servicio coincidan.

(59) V. gr. para aprovechar la experiencia adquirida por estos trabajadores en ese servicio en particular. A favor de esta postura cfr. Durán López, F. en "La continuidad de las relaciones de trabajo...", Op. Cit. pg: 80.

tica totalidad de los casos éstos han sido contratados únicamente para prestar sus servicios en la contrata que ahora se rescinde, y por ello, de no operarse la subrogación quedarían desvinculados laboralmente, razón por la cual dicha subrogación se hace imperativa.

El último punto que queremos matizar es el que se refiere a la "las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado" que se incluyen en el cómputo de la referida antigüedad de los siete meses, lo cual es perfectamente lógico dado que tales circunstancias sólo suponen la suspensión temporal legalmente establecida del contrato de trabajo y por ello computable a efectos de antigüedad (60).

En cuanto a la subrogación del servicio de Transporte de Fondos únicamente cambian los criterios de aplicabilidad, sustituyéndose en este caso el criterio de la temporalidad (7 meses) que hemos visto anteriormente, por unos criterios más adecuados a las características particulares de estos servicios (61), permaneciendo por lo demás inalterables tanto los efectos como la finalidad de esta subrogación.

#### B) Obligaciones de las empresas cesante y adjudicataria

En el apartado C) del art. 14 se establece por separado un conjunto de obligaciones para la empresa cesante por un lado y para la nueva empresa adjudicataria por otro, con independencia de que los servicios objeto de subrogación lo sean de vigilancia o de transporte de fondos. Veamos a continuación cada una de estas obligaciones patronales.

##### \* Obligaciones para la empresa cesante

Cinco son las obligaciones que se imponen a la empresa cesante en el servicio, a saber:

"1. Deberá notificar al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, así como el nombre de la nueva adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento formal de una y otra circunstancia.

(60) Aunque no se hace referencia expresa debemos incluir entre estas situaciones las de excedencia forzosa, la cual supone también una suspensión de la relación laboral y en ningún caso una extinción de la misma, razón esta por la que al subrogarse el nuevo adjudicatario del servicio en todos los derechos y obligaciones del anterior deberá respetar, en su caso, la reincorporación a los trabajadores que al momento de producirse el cambio de titularidad se encontrasen en la referida situación. Cfr. SSTCT de 5 de junio de 1981 (RA-3835) y 6 de febrero de 1982 (RA-663). En caso contrario cabría calificar como despido la negativa a la reincorporación de estos trabajadores, vid. STCT de 24 de febrero de 1987 (RA-3949).

(61) Estos criterios se determinan en función de si la población donde se prestan los servicios superan o no los 200.000 habitantes, el número de "paradas" realizadas, etc.

2. Deberá poner a disposición de la nueva adjudicataria, con antelación mínima de 72 horas a que esta dé comienzo a la prestación del servicio, o en igual plazo desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, la siguiente documentación: (...) (62)

3. Deberá atender, como único y exclusivo obligado:

a) Los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, y

b) la liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la nueva Empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados.

4. Tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación.

5. Responderá de las consecuencias derivadas de la falsedad o inexactitud manifiesta que la información facilitada pueda producir a la empresa adjudicataria, todo ello sin perjuicio de la reversión a la misma de los trabajadores indebidamente subrogados".

De este elemento de obligaciones tanto formales como materiales destacan varios aspectos que interesa comentar. En primer lugar llama la atención la referencia al deber de información por parte de la empresa cesante, acerca de la subrogación a los trabajadores afectados por ésta, lo que sin duda está en consonancia con una de las principales obligaciones que tanto la normativa comunitaria como el art. 44 ET imponen al respecto.

No obstante, esta información que se recoge en el convenio colectivo que estamos comentando presenta algunas peculiaridades que conviene destacar.

En primer lugar, no se emplea el término "informar" sino el de "notificar", lo que supone una disminución implícita en cuanto al contenido, ya que informar siempre implica una actividad más amplia y pormenorizada que la mera notificación de un evento. No obstante, nuestra normativa subrogatoria básica únicamente impone la obligación de notificar, razón ésta por la que cabe entender que ambas regulaciones, tanto la general como la sectorial, están en perfecta sintonía con respecto a esta materia (63).

(62) Sobre el incumplimiento de estos deberes formales por parte de la empresa cesante, conviene traer a colación la STSJ de Extremadura de 30 de noviembre de 1992 (RA-5613) al considerar que "aunque tales formalidades no hubieran sido cumplidas... porque la empresa cesante en el servicio no ha cumplido con las obligaciones de notificación y entrega de documentación a la entrante que le impone... la norma convencional que establece la subrogación, no puede condicionar la subrogación a su cumplimiento... ya que otra decisión sería contraria al necesariamente garantizado derecho de los trabajadores a la estabilidad en su empleo... haciendo notar el irrenunciable efecto legal subrogatorio, no susceptible de alteración convencional en perjuicio de los asalariados".

(63) No así el art. 6º de la Directiva que impone no sólo la información sino incluso la "consulta" en el supuesto de que ambos empresarios prevean "la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos".

En cuanto al contenido de esa notificación, únicamente se requiere el conocimiento de dos datos esenciales, a saber: el propio hecho de la rescisión del arrendamiento de servicios, y el de la nueva adjudicataria, tan pronto como tenga conocimiento de ello. Cabe interpretar, ya que el convenio no lo dice, que en el supuesto de que no pueda ser realizada esta notificación, será la nueva empresa la que dé cumplimiento a ese deber.

Una última cuestión que llama la atención es la referencia al elemento subjetivo que ha de recibir dicha notificación. En este caso, a diferencia de lo que sucede con el resto de normas subrogatorias, los destinatarios de la notificación no son los "representantes de los trabajadores" sino los propios trabajadores afectados por la subrogación. Lo que sin duda puede suponer un quebranto con respecto a nuestro sistema de representación sindical, ya que nuestra normativa subrogatoria en cuanto a este deber de notificación establece claramente que serán los "representantes legales de los trabajadores" los encargados de recibirla y no los propios trabajadores afectados (64).

#### \* Obligaciones para la nueva adjudicataria

Por último, en cuanto a la nueva empresa adjudicataria del servicio objeto de subrogación, el Convenio Colectivo le impone las siguientes obligaciones:

"1. Deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente.

2. No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese el mismo, por un período no superior a seis meses, si la empresa cesante o los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hubiesen resuelto o no, por motivo de esta suspensión, probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado por ésta o por otra empresa".

Como puede apreciarse son las obligaciones propias que toda norma subrogatoria impone a la nueva empresa, como son, fundamentalmente, la estabilidad en el empleo y el mantenimiento de las condiciones de trabajo.

### 3. Empresas organizadoras del juego del bingo

La normativa laboral de esta actividad aparece regulada en el Convenio Colectivo estatal para las Empresas organizadoras del Juego del Bingo (65), en

(64) Cfr. art. 44 y 64.1 ET.

(65) Publicado por Resolución de 2 de julio de 1993 (BOE de 18 de agosto), siendo su antecesor el convenio colectivo publicado por Resolución de 15 de octubre de 1991 (BOE de 29 de octubre), siendo regulada la subrogación también en su art. 20 v en términos muy similares a los del convenio actualmente en vigor.

el que a través de su art. 20, y bajo la rúbrica habitual —Subrogación de servicios—, se prevé que:

"Con el fin de regular la estabilidad en el empleo de los trabajadores de la actividad, cuando la Empresa de Servicios pierda la adjudicación de los servicios de un Centro de trabajo por resolución de contrato de arrendamiento de servicios, y no pueda asignar al personal afectado a otro puesto de la misma categoría en su plantilla, el trabajador pasará a la plantilla de la Empresa de Servicios adjudicataria del servicio que venga a desempeñar o a la Entidad titular, la cual deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviera reconocidos en su anterior empresa, incluso la antigüedad; en este caso, el productor tendrá derecho exclusivamente a recibir con cargo a su anterior empresa la liquidación de los haberes y partes proporcionales de gratificaciones y vacaciones, integrándose en el momento en que esté en posesión de la documentación, licencias gubernativas y demás requisitos reglamentarios para el desempeño de sus funciones".

De la redacción algo confusa de este precepto se desprende una vez más —al igual que el resto de normas sectoriales que han regulado estos supuestos— que la finalidad principal que persigue toda norma subrogatoria es garantizar el principio de estabilidad en el empleo. En este sentido, la presente norma sectorial se sitúa en consonancia con el conjunto de normas que han regulado de manera específica estos supuestos aunque con algunas peculiaridades que seguidamente comentamos.

Por un lado, la subrogación se impone de una forma ciertamente novedosa, ya que de la redacción del art. 20 se desprende la posibilidad de una alternativa en cuanto al obligado a subrogarse, a través de la fórmula disyuntiva: "el trabajador pasará a la plantilla de la Empresa de Servicios adjudicataria del servicio que venga a desempeñarlo o a la Entidad titular".

Esta fórmula subrogatoria plantea la duda de si la verdadera intención del precepto es la de establecer un derecho de opción para el trabajador entre la Entidad titular del servicio o la nueva adjudicataria del mismo. O por el contrario, trata de expresar una dualidad de situaciones posibles que pueden presentarse, ya que por un lado, si existe nueva empresa adjudicataria el personal de la empresa cesante pasará a la plantilla de aquella, o en otro caso, dicho personal pasará a la Entidad titular en el supuesto de que no exista nueva empresa adjudicataria y esta Entidad titular se haga cargo de la gestión del servicio de manera directa.

A nuestro juicio, la interpretación correcta ante esta disyuntiva debe ser la segunda, es decir que el obligado a la subrogación será la Entidad titular en el caso de que ésta decida hacerse cargo de manera directa de la gestión del servicio, salvo que otorgue nuevamente dicha gestión a una nueva empresa adjudicataria, en cuyo caso ésta será la obligada a asumir el personal de la anterior contratista.

Otro aspecto que diferencia a esta norma de otras consiste en la imposición de la subrogación a la Entidad titular del servicio con independencia de que la citada Entidad precise o no contratar personal para atenderlo.

Se produce de esta forma una obligación que puede resultar excesivamente onerosa y poco ajustada a la realidad, ya que, en el caso de que la Entidad titular no precise contratar nuevo personal se producirá un sobredimensionamiento de su plantilla, lo que posiblemente conducirá a la apertura de un expediente de regulación de empleo, produciéndose de este modo la extinción por causas objetivas de los contratos de los trabajadores subrogados, efecto éste que es precisamente el contrario al perseguido por la normativa subrogatoria tanto general como sectorial y por el propio art. 20 en particular, y que como ya hemos mencionado anteriormente no es otro que la estabilidad en el empleo (66).

Por último cabe señalar que una vez operada la subrogación, el art. 20 impone sendas obligaciones tanto para el empresario que cesa en el servicio como para el que se subroga en el mismo, estableciéndose como obligación para la empresa cesante —con terminología algo anacrónica y confusa— lo siguiente:

“el productor tendrá derecho exclusivamente a recibir con cargo a su anterior empresa la liquidación de haberes y partes proporcionales de gratificación y vacaciones”.

Se trata en definitiva de obligar a la empresa que pierde la adjudicación del servicio y cuyo personal se subroga, a que liquide con los trabajadores afectados las deudas salariales pendientes, en suma que se firme el finiquito y se proceda a la extinción definitiva de la relación laboral entre el trabajador y su anterior empresa (67).

Con respecto a la empresa que se subroga en el servicio, y que en consecuencia asume los trabajadores de la anterior adjudicataria, el repetido art. 20 obliga a aquélla a respetar “todos los derechos laborales que tuviera reconocidos en su anterior empresa, incluso la antigüedad (68)” al personal subrogado. Por nuestra parte entendemos que la aclaración es ociosa, ya que entre los derechos de los trabajadores que deben conservarse, sobre todo en una norma subrogatoria, se encuentra el de la antigüedad.

(66) Sería el caso opuesto al contemplado por el art. 13 de la ordenanza laboral de limpieza de edificios y locales que hemos comentado más arriba.

(67) Creemos que la finalidad de esta obligación se corresponde con lo que en el art. 44 ET se establece como la responsabilidad solidaria empresarial durante tres años, lo que sin duda supone una plausible diferencia con respecto a otras normas sectoriales de esta naturaleza, ya que de esta forma la nueva adjudicataria recibe la contrata libre de cargas, al tiempo que los trabajadores ven satisfechas sus deudas desde el mismo momento de subrogarse, aunque debemos tener presente que esta norma sólo habla de deudas salariales, dejando fuera de su tutela otras deudas laborales no salariales como pueden ser las derivadas de la Seguridad Social, las cuales, sin embargo, sí se contemplan en el art. 127.2 LGSS con respecto a las sucesiones empresariales en general.

(68) Cfr. art. 14.c) del Convenio Colectivo nacional para las empresas de vigilancia y seguridad en términos muy similares la misma obligación.

#### 4. Empresas de contratas ferroviarias

Dos han sido principalmente las regulaciones que han recogido en su articulado los efectos laborales acerca del cambio de titularidad en este sector. Por una parte, el art. 25 del Reglamento de Trabajo de las Empresas de Contratas Ferroviarias de 31 de julio de 1972 (69), y por otra, los sucesivos convenios colectivos del sector, siendo el último el XV Convenio Colectivo de Contratas Ferroviarias (70), cuyo art. 6 vamos a dedicar nuestro análisis (71).

Se aprecia en este artículo una clásica regulación de una sustitución de empresas contratistas, contemplándose en la misma no sólo la subrogación en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la anterior contratista, sino también la imperativa adscripción de todos ellos a su plantilla, incluyéndose en esta adscripción tanto a los trabajadores con contrato de interinidad como a los tuviesen suspendidos su contrato por causa predeterminada por la ley (72).

(69) B.O.E. de 15 de agosto. Esta Reglamentación de Trabajo ha sido prorrogada íntegramente (Anexo I) por Orden del Ministerio de Trabajo de y de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1994 (BOE del 29) por la que en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores, se prorroga la vigencia de determinadas Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo. En consecuencia, y por efecto de la Disposición transitoria 6ª, no vamos a entrar en un estudio de esta regulación aunque sí consideramos oportuno citarla, con el fin de que pueda observarse las diferencias entre esta regulación y la convencional. Así, el art. 25 de este Reglamento de trabajo establecía que: “si a la finalización de un contrato de prestación de una obra o servicio por una empresa auxiliar, todas o parte de las funciones desarrolladas por aquélla continuaran prestándose por otra u otras empresas auxiliares, los trabajadores de la primera empresa auxiliar que hubieren cesado en su cometido pasarán a formar parte con el mismo carácter que tuvieran de la empresa o empresas auxiliares que la hubieran sustituido, incluso aunque se produjera un intervalo de hasta tres meses entre la terminación de la actuación de la primera empresa auxiliar y el comienzo de la actividad de la segunda”.

(70) Publicado por Resolución de la Dirección Gral. de Trabajo de 31 de julio de 1995 (B.O.E. de 29 de agosto), y con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 1996. Los inmediatos antecesores de este convenio, el XIII Convenio Colectivo publicado por resolución de 20 de mayo de 1992 (BOE de 16 de junio) y el XIV Convenio publicado por resolución de 23 de diciembre de 1994 (BOE de 25 de enero), han repetido la misma regulación que el actual incluso en el ordinal de su articulado: el art. 6.

(71) Este art. establece: “1. La nueva empresa que sustituya a la anterior titular de una concesión de contrata, adscribirá a su plantilla al personal que perteneciese a la del centro de trabajo afectado en la sucesión, subrogándose en las obligaciones y derechos derivados de la relación laboral existente. Esta adscripción incluirá al personal que, con anterioridad a la sucesión, tuviera suspendido su contrato de trabajo por causa legal. De la misma forma se entenderá integrado en la plantilla al personal con contrato de interinidad y en tanto que su relación permanezca vigente”.

(72) Esta regulación subrogatoria se asemeja en gran medida a la contemplada en el art. 14 del Convenio Colectivo nacional de Empresas de Seguridad.

No obstante se exceptúan de esta adscripción obligatoria los trabajadores que el mismo precepto indica expresamente (73). Esta exclusión se refiere a dos situaciones laborales perfectamente diferenciadas de trabajadores que no van a entrar dentro del ámbito de aplicación de la norma subrogatoria. Veamos seguidamente cada una de ellas.

En el apartado a), la no inclusión de estos trabajadores se justifica en base a que éstos no han tenido una adscripción exclusiva al centro de trabajo subrogado, al tiempo que la empresa que cede la adjudicación de la contrata posee otros centros de trabajo pertenecientes al mismo sector de las contratas ferroviarias, en los que puede dar ocupación efectiva a estos empleados, razón por la cual parece lógico excluirlos de la subrogación empresarial.

Por otro lado, en el apartado b), las razones de la exclusión son completamente distintas a la situación anteriormente referida. En este caso se trata de evitar que, por efecto de la subrogación, determinados trabajadores queden desvinculados de su empresa y puedan ser endosados, sin causa justificada, a la nueva contratista, o bien que por esta razón, se vean abocados a una situación fraudulenta de desempleo al negarse la nueva adjudicataria a integrar en su plantilla a estos trabajadores para los que sí existe trabajo en su empresa de origen.

Para tratar de paliar esta situación, se establece un límite de cuatro meses anteriores a la conocida determinación de la contrata (74), por debajo de los cuales queda sin efecto la subrogación empresarial. Además se impone el requisito esencial de que la empresa que pierde la concesión no tenga otro centro de trabajo dedicado a esta actividad en el que sus trabajadores puedan continuar trabajando, es decir que la contratista cedente carezca en la práctica de actividad dentro de este sector, y por lo tanto sus trabajadores queden desvinculados laboralmente a causa de esta rescisión (75), lo que es contrario al espíritu de toda norma subrogatoria en general y de ésta en particular.

(73) "a) Aquellos trabajadores y trabajadoras que, por la específica función que realizan, superan en su actividad el límite del centro de trabajo, que extienden a la totalidad de la empresa, y siempre que ésta, al momento de la sucesión, mantenga su actividad dentro del sector en otro u otros centros de trabajo. b) Trabajadores y trabajadoras de la empresa sucedida que hayan sido contratados, trasladados o desplazados al centro de trabajo afectado cuatro meses antes de la fecha prevista para la terminación de la concesión de la contrata, salvo cuando la empresa sucedida no tuviera ningún otro centro de trabajo ni, en consecuencia, fuera a continuar su actividad, en aquel momento, dentro del sector". Y finalmente añade: "En ambos casos, los trabajadores o trabajadoras comprendidos en tales situaciones continuarán adscritos a la plantilla de la empresa sucedida".

(74) Éste es un dato importante a tener en cuenta, ya que si se desconoce la fecha exacta de la terminación de la concesión, podría destruirse la mala fe por parte de la contratista cedente, tratando en tal caso de un evento sobrevenido que excluye, en principio, cualquier indicio de simulación o fraude de ley.

(75) Posiblemente se cerraría la empresa y se abriría un expediente de despido colectivo por causas objetivas.

Otro aspecto que conviene destacar de este Convenio Colectivo es el que recoge en el último párrafo del apartado 2º de su art. 6, relativo a los representantes de los trabajadores (76). Al respecto, se impone al nuevo adquirente de la contrata no sólo la subrogación de los trabajadores sino también la de sus representantes legales, por el lapso de tiempo por el que inicialmente estaba previsto su mandato, al término del cual habrá de celebrar nuevos comicios electorales, en los que estos representantes subrogados podrán participar conjuntamente con el resto de los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la empresa adjudicataria, a la cual pertenecen ya de pleno derecho.

Esta regulación supone una importante y plausible novedad en este tipo de normas ya que evita cualquier controversia acerca de la vigencia del mandato de los representantes de los trabajadores afectados por una subrogación empresarial.

#### IV. EL CAMBIO DE CONCESIONARIO: NORMATIVA SECTORIAL APLICABLE

Al igual que sucede en la esfera jurídico-privada, en la esfera jurídico-pública, presidida por la legislación administrativa, se suceden igualmente situaciones muy próximas a las contempladas por el supuesto de hecho del art. 44 ET, y que por encontrarse en el límite de la asimilación de los efectos subrogatorios contenidos en la norma laboral básica, se han establecido una serie de normas específicas que regulan directamente tales situaciones de sucesión de concesionarios, con el fin de asimilar los efectos tuitivos garantizados por la norma sucesoria básica a estos supuestos de cambio de empresas concesionarias de determinados servicios o actividades.

Pese a que las concesiones administrativas se rigen en su práctica totalidad por sus respectivos Pliegos de Condiciones —a los que más tarde haremos alusión—, existen algunos sectores que por su naturaleza han sido objeto de una regulación específica a través de la correspondiente normativa sectorial y que seguidamente estudiaremos.

##### 1. Recaudación de impuestos y exacciones municipales

Esta actividad se regula en el art. 59.2 de la Ordenanza Laboral para los Recaudadores de Exacciones Municipales (77). La posibilidad de realizar esta

(76) "Los Delegados/as de personal o, en su caso, miembros del Comité de Empresa del centro de trabajo afectado por la subrogación, continuarán en su mandato hasta la terminación del mismo por el plazo para el que resultaron elegidos/as, sin perjuicio de su cese por las causas y procedimientos que establece la ley".

(77) Aprobada por O.M. de 7 de febrero de 1975, en la que se establece que "al cese de un recaudador, se hará cargo de la plantilla de su oficina aquel que le sucede, cuando se trate de otro recaudador que, como empresario, continúe la función recaudatoria, no estando obligada la propia Corporación titular de los impuestos a subro-

actividad recaudatoria a través de la vía concesional, es contemplada por la propia legislación sobre Régimen Local, arts. 256 y 258 del Reglamento de Haciendas Locales (78) junto a la posibilidad de la gestión municipal directa (79).

En caso de concesión, se dispone la aplicación de los efectos propios de la normativa subrogatoria general, cuando se opera el cambio de empresario recaudador con ocasión del rescate de la concesión del servicio recaudatorio. En cambio, cuando se municipaliza el servicio y el propio ayuntamiento pasa a gestionarlo directamente, la corporación no se subroga (80).

## 2. Referencia especial al rescate y subrogación "ope legis" de las oficinas de recaudación de contribuciones e impuestos estatales

La situación que seguidamente vamos a analizar, constituye un ejemplo significativo de proceso subrogatorio de un servicio de naturaleza pública gestionado a través de concesiones administrativas, el cual es operado a través del rescate de dichas concesiones administrativas y posterior adscripción de los trabajadores contratados por los concesionarios que ostentaban la titularidad en la gestión indirecta de tales servicios recaudatorios; pero con la particularidad de haberse realizado todo el proceso —rescate y subrogación— mediante disposiciones reglamentarias de carácter general, junto con otras particularidades que seguidamente comentamos.

Esta actividad recaudatoria a la que nos referimos fue establecida a través del art. 31 del Estatuto Orgánico de la Función Recaudatoria (81), que contemplaba la gestión indirecta de tales servicios mediante lo que en él se denomina "encomienda de servicio" a las Diputaciones Provinciales, las cuales, como tales concesionarias, nombraban a su vez a los propios Recaudadores de Zona, quienes recibían la calificación de "órganos de recaudación" en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del citado texto legal (82).

Con ocasión de la entrada en vigor del Real Decreto 1327/1986, de 13 de junio, se elimina este sistema de gestión indirecta, al disponer el párrafo primero de su art. 1 que:

garse en las obligaciones del cesante, si efectúa dicha recaudación por medio de sus funcionarios y se hace cargo de la misma directamente, viniendo obligada en cambio a la subrogación citada, cuando la función recaudatoria deba efectuarla por medio de personal con el que haya de concertar contrato laboral...".

(78) Aprobado por Decreto de 4 de agosto de 1952 (BOE de 7 de octubre).

(79) Vid. STCT de 6 de octubre de 1987 (RA-20801) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de septiembre de 1991 (RA-5200).

(80) Vid. SSTCT de 18 de diciembre de 1984 (RA-9766), 28 de mayo de 1986 (RA-3740), 18 de julio de 1986 (RA-6529), y la de 22 de marzo de 1988 (RA-2061).

(81) Aprobado por Decreto 3286/1969, de 19 de diciembre.

(82) Disposición reiterada por el art. 6 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Decretos 3154/1968, de 14 de noviembre.

"Las Delegaciones y Administraciones de Hacienda asumirán directamente la gestión recaudatoria conducente a la realización ejecutiva de los créditos y derechos del Estado y sus organismos autónomos, previendo expresamente que tanto los recaudadores de Hacienda como los recaudadores de zona dejarán de ser órganos de recaudación".

De esta forma se transforma la modalidad de gestión, de indirecta a directa, de los mencionados servicios, lo que conlleva un cambio en la titularidad de los mismos, habiendo sido operada ésta a través del correspondiente rescate de las concesiones o "encomiendas de servicio" que al efecto hubieren sido otorgadas a los recaudadores de zona. Rescate éste que, por haberse establecido mediante una disposición reglamentaria de carácter general, podríamos calificar como rescate "ope legis".

Con esta revocación surgió la incertidumbre acerca de las consecuencias laborales que tal medida conllevaría con respecto a los empleados que prestaban sus servicios como auxiliares en las ya extintas oficinas de recaudación de tributos, motivada principalmente por la inexistencia de una regulación sectorial similar a la que hemos visto anteriormente de impuestos y exacciones municipales unida al diferente origen del cambio de titularidad, puesto que aquí no se trata de la sustitución de recaudadores sino de la extinción "ex lege" de un servicio que se estataliza.

No obstante, esta situación de incertidumbre quedaba aparentemente resuelta por la Disposición Adicional 2ª del propio R.D. 1327/1986 (83), de la que conviene resaltar que su tercer párrafo establecía que:

"para el personal que no tuviera previamente la condición de funcionario, su adscripción sólo podrá realizarse en régimen de contratación laboral".

En este sentido cabe señalar que la adscripción se realizará mediante contratación laboral, salvo para el personal que no tuviera previamente la "condición de funcionario", lo cual obliga a una doble reflexión.

Por una parte, los auxiliares de los recaudadores, sólo podrán acceder a las respectivas Delegaciones y Administraciones de Hacienda mediante contratación laboral. Y por otro lado, el hecho de la asunción de la actividad recaudatoria por la propia Administración concedente —Mº de Economía y Hacienda— y asimilación de los efectos subrogatorios similares a los contemplados en determinadas regulaciones sectoriales —Disposición Adicional 2ª— no puede otorgar a los trabajadores afectados por dicha condición de funcionario, dado que el acceso a dicha condición se encuentra supeditado a la correspondiente regulación administrativa de ingreso en la Función Pública, y de no

(83) Al disponer que "por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda se determinará el procedimiento para, en función de las necesidades de personal de las unidades administrativas que se establezcan en Delegaciones y Administraciones de Hacienda a que se refiere el art. 2 de este Real Decreto, adscribir a las mismas a los Recaudadores y personal auxiliar de recaudación de las actuaciones Zonas recaudatorias que opten por dicha adscripción y cumplan los requisitos y condiciones que se establezcan al respecto".

ser así, podría incurrirse en fraude de ley al pretender acceder a dicha condición mediante una vía subrepticia y no contemplada por la propia normativa administrativa reguladora de la materia (84).

Como resultado de lo anteriormente expuesto, se dictó por el Tribunal Supremo la sentencia de 9 de julio de 1991 (RA-5879) por la que se resolvían, en sentido estimatorio, las pretensiones sobre reconocimiento de antigüedad y categoría profesional, en relación con la existencia —o inexistencia— de un supuesto de subrogación empresarial subsumible en el art. 44 ET, derivado del proceso de adscripción del R.D. 1327/1986 y normas complementarias.

A este fin, la citada resolución judicial entendió, sin apartarse de la línea previamente establecida por las sentencias de la misma Sala 4ª del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990 (RA-2069) y 10 de junio de 1991 (RA-5141), que “el régimen de adscripción que establece el R.D. 1327/1986 en la medida en que éste se configura como una mejora sobre las garantías generales, similar a la que, para supuestos análogos, se ha contemplado en determinadas regulaciones sectoriales... el ofrecimiento de una opción por la adscripción, lleva así, necesariamente implícita, una oferta de conservación de la relación laboral, por lo que (se) admite un régimen subrogatorio especial”.

Pese a este reconocimiento de un régimen subrogatorio especial, tanto la sentencia de 13 de marzo de 1990 como la de 9 de julio de 1991, señalaron que el Ministerio de Economía y Hacienda “no se subroga en la titularidad de las empresas que venían realizando la gestión recaudatoria”, al estimar que “faltan los presupuestos necesarios para que se produzca una sucesión de empresas (85)”, por lo que se admitían que esta reconocía plenamente la conservación de todos los derechos laborales que comporta una sucesión empresarial en el sentido que dispone el art. 44 ET, como así sucede con las reclamaciones de antigüedad y categoría profesional objeto del litigio.

(84) Sobre las condiciones de esta adscripción vid. la O.M. de 23 de septiembre de 1987, por la que se desarrollaba la mencionada Disposición Adicional 2ª, así como la Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de 25 de septiembre de 1987, por la que se convocaba el correspondiente concurso para adscripción a las respectivas delegaciones de Hacienda.

(85) Sobre la falta de presupuestos necesarios para la que se produzca una sucesión tal y como se estipula en el art. 44 ET, la propia sentencia fundamenta su resolución en que “la actividad de los recaudadores de zona constituía una típica gestión indirecta de una función pública... que fue realizada con medios y organización propia de los recaudadores, que no retornan a la Administración, al reasumir ésta la gestión del servicio de recaudación... de acuerdo con la doctrina que distingue entre concesiones administrativas que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, supuesto en el cual la transmisión de la concesión o su asunción por la Administración, daría lugar a la subrogación del art. 44 del Estatuto de aquellas otras concesiones, en que por no concurrir la puesta a disposición de los elementos patrimoniales básicos de la explotación, se carece de presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresas y por ello es inaplicable el precepto citado”.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha reconocido únicamente la primera de las pretensiones —antigüedad—, declarando, con respecto a la segunda, que la categoría a la que hace referencia la O.M. de 23 de septiembre de 1987 “hay que entenderla referida, exclusivamente, a los destinos disponibles, pero no a la categoría personal que los trabajadores disfrutaban en su empresa precedente, pues así lo exige la opción que les concede la disposición adicional segunda del Real Decreto 1327/1986”

### 3. La subrogación en los pliegos de condiciones

Las concesiones administrativas constituyen una de las modalidades contractuales existentes dentro de la contratación pública y que con mayor profusión ha sido desarrollada en la práctica administrativa para la realización de las actividades y servicios legalmente encomendados y cuyo contenido se rige por un conjunto de cláusulas que conforman el denominado “Pliego de Condiciones (86)”.

El establecimiento de aspectos laborales, dentro del elenco de cláusulas que articulan los pliegos de condiciones de las concesiones administrativas, arranca prácticamente desde el propio origen de la figura concesional. De esta forma, ya en la Ley General de Ferrocarriles de 13 de abril de 1977 se establecían algunas normas de contenido laboral —arts. 25 y 60— en relación con las concesiones del sector, así como en el art. 25.3 del Reglamento de 24 de mayo de 1878 por el que se desarrollaba la antecitada Ley de Ferrocarriles.

Con la evolución experimentada en la regulación de los contratos administrativos en general y de las concesiones en particular, los aspectos laborales dentro de éstas pasaron a estar contenidas en el seno de los propios pliegos de condiciones de cada concesión. No obstante hay que reseñar que esta circunstancia no siempre se produce ni la inclusión se realiza en los mismos términos. Circunstancias éstas que han dado lugar a innumerables situaciones de muy diversa índole sobre la aplicación de medidas subrogatorias de carácter laboral en los pliegos de condiciones.

Por ello, interesa traer a colación algunas sentencias que se han pronunciado al respecto, caracterizadas sobre todo por ser una postura ya superada pero que pone de relieve la falta de unidad de criterios y la inseguridad jurídica (87)

(86) El cual podría definirse como el documento en el que se recogen con carácter general las obligaciones de ambas partes (Administración y contratista) y ciertas cláusulas de estilo tales como garantías convencionales, responsabilidades y cláusulas compromisorias”. Cfr. García-Torres Entrala, A. “Pliego de condiciones” en *Diccionario jurídico*, Granada, 1985, pg. 305. Con mayor amplitud vid. Villar Palasí, J.L., “Concesiones administrativas”, *Nueva enciclopedia jurídica* Seix (vol. IV), Barcelona, 1952.

(87) Sobre esta falta de unidad, vid. la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 66/1987, de 21 de mayo.

que ha presidido esta materia hasta fechas muy próximas en las que han comenzado a concretarse algunos extremos, sobre todo a raíz de la STS de 5 de abril de 1993 a la que después nos referiremos.

De entre estas controvertidas sentencias, llama la atención la STCT de 20 de julio de 1983 (RA-7176) y más recientemente la STSJ (C.Valenciana) de 7 de julio de 1992 (RA-3941) al señalar "que en el caso concreto de la concesión que se extingue, la anterior no depende, como es el supuesto normal de aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores de la transmisión de un patrimonio, utillaje o cualquier medio material u organización empresarial (88) por cuanto la actividad objeto de la concesión tiene una autonomía funcional suficiente para delimitar la transmisión de una unidad económica susceptible de explotación, ni depende tampoco de que tal obligación de subrogación figure en el pliego de condiciones del concurso en la medida que se trata de una obligación directamente establecida por la Ley (89) con efectos *ope legis*, ya que las cláusulas del pliego de condiciones no bastan por sí mismas a excluir la aplicación de una norma imperativa como es la contenida en el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (90), cuyo cumplimiento y aplicación efectiva prevalece sobre las eventuales manifestaciones contenidas en los pliegos de condiciones (91)".

Y en términos muy similares se ha pronunciado el mismo Tribunal, en su resolución de 29 de noviembre de 1991 (RA-6359), al estimar que es intrascendente "que la existencia o no de trabajadores a transferir se haya hecho constar en el pliego de condiciones de la contrata en cuanto que ello sería tanto como hacer depender una norma imperativa cual es la estatutaria que contemplamos, de la voluntad unilateral de un tercero, o de un simple requisito administrativo, lo que es contrario al espíritu y a la letra de la norma a aplicar (92)".

Como respuesta a esta situación y para otorgar una respuesta jurídica a la misma, es indispensable traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 (RA-2906) y que a continuación comentamos.

(88) Cfr. S. del Tribunal Supremo 9 de julio de 1987 (RA-5123).

(89) Cfr. art. 1090 del Código Civil.

(90) Vid. SSTS de 25 de febrero de 1988 (RA-948) y 19 de junio de 1989 (RA-4813).

(91) Vid. STCT de 13 de marzo de 1988 (RA-1698).

(92) El mismo criterio es mantenido por la STS de 5 de junio de 1986 (RA-3476), así como por las sentencias del TCT de 26 de febrero de 1987 (RA-4330), 7 de julio de 1987 (RA-15343) y 23 de julio de 1987 (RA-16808).

## V. HACIA LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE ESTOS SUPUESTOS: LA STS DE 5 DE ABRIL DE 1993

Esta sentencia resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, planteado ante un supuesto de subrogación empresarial de una concesión administrativa de limpieza. El objeto del recurso consistía en la diferente interpretación que se había observado en sentencias de un mismo órgano judicial ante supuestos de idéntica naturaleza (93).

Como solución a este conflicto, el Alto Tribunal proclamó dos ideas fundamentales. De un lado, entendió que "cuando el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones pueden ocuparse —y generalmente lo hacen— sobre la asignación de personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deja a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone *ope legis*; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse, por parte de la empresa concesionaria, por la vía contractual que ofrece la Administración en su convocatoria".

La segunda de las ideas que apunta esta sentencia, y sin duda la más concluyente, es la que se establece en los siguientes términos: "no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando... no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico a la cuestión".

Como puede advertirse fácilmente, el Tribunal Supremo se decanta, a través de esta sentencia, por una solución contraria a la aplicación directa e inmediata de la normativa subrogatoria a estos supuestos de cambio de contratista

(93) De conformidad con lo establecido en los arts. 216 y 221 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, para que pueda plantearse el recurso de casación para la unificación de doctrina, se precisa la concurrencia de dos sentencias contradictorias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. En el recurso de referencia, las dos sentencias que aparecen como contradictorias son ambas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, concretamente la de 21 de junio de 1991 y la de 29 de noviembre de 1991 (RA-6359), y también ambas fueron dictadas en suplicación de sendas sentencias de los Juzgados de lo Social de Alicante número 2 —sentencia de 30 de mayo de 1990— y número 4 —sentencia de 10 de julio de 1990— respectivamente; sobre reconocimiento de antigüedad tras un proceso de subrogación empresarial de empresas contratistas de limpieza que se suceden en la concesión administrativa del servicio de limpieza de un ayuntamiento.

—o concesionario— al no cumplirse los requisitos necesarios —objetivos y subjetivos— en los procedimientos de cambio de titularidad en la gestión indirecta —pública y privada— de servicios.

No obstante, la sentencia deja sobre el particular una puerta abierta en aras de la protección de los derechos laborales y del principio de estabilidad en el empleo, aunque precisando al respecto dos consideraciones fundamentales.

Por un lado señala que las eventualidades medidas laborales de naturaleza tuitiva, que pudieran contemplarse al respecto, deberán estar contenidas de manera explícita en los correspondientes pliegos de condiciones, para los supuestos de cambio en la titularidad de una concesión administrativa, o bien en la normativa sectorial en los casos de las empresas contratistas.

Ello implica que la no mención a los referidos efectos subrogatorios en el pliego de condiciones o norma sectorial, determina automáticamente la inexistencia de fenómeno subrogatorio alguno, dejando de esta forma a los trabajadores afectados por el cambio de titular al margen de la cobertura legal contenida en el art. 44 de nuestra norma social básica.

Esta solución jurisprudencial pone de manifiesto el criterio del Alto Tribunal de no estimar aplicable una norma de rango legal, imperativa y de Derecho mínimo por naturaleza como es el art. 44 ET, ante el eventual silencio —o negativa— que una norma, contrato o pacto pueda establecer sobre los efectos laborales que una medida como la rescisión de una contrata o concesión conlleva.

Esta solución, sin duda, se opone diametralmente al principio de jerarquía normativa que contiene el art. 3 ET, ya que una norma convencional no puede contravenir lo dispuesto en un precepto legal, máxime cuando ante un conflicto normativo de esta índole, resulta además más favorable el contenido de la disposición legal y de mayor rango, que lo establecido en la norma sectorial o en el contrato administrativo, lo que por aplicación del apartado 3º del art. 3 ET debe resolverse en favor de la primera.

Por otra parte, la misma sentencia indica que, de contemplarse los efectos tuitivos propios de la regulación subrogatoria, se entiende que ello es así por acuerdo entre las partes intervinientes en la traslación de la contrata o concesión —Administración, empresarios y trabajadores—, ya sea a través de los pliegos de condiciones o de la normativa sectorial que asuma tales garantías, y no por aplicación de los mismos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores.

## EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE APRENDIZAJE (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 1996)

POR SUSANA BARCELÓN COBEDO(\*)

**SUMARIO:** I. Antecedentes de hecho.- II. Análisis de las cuestiones jurídicas: 1. Finalidad del contrato de aprendizaje: formación o inserción profesional: A) Edad del trabajador aprendiz y duración del tiempo dedicado a la formación.- B) Protección social y retribución salarial del trabajador aprendiz.- 2. Posibilidad legal de un tratamiento diferente del trabajador aprendiz: exclusión del ámbito del Convenio Colectivo. 3. La formación según Convenio Colectivo y la formación, prevista en la Ley. III. Conclusión.- IV. Anexo.

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

Por la Federación Estatal de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras (en lo sucesivo FEBA CC.OO) se plantea, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, *demanda sobre Conflicto Colectivo* contra la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona "La Caixa". Basa la demandante su causa de pedir, de una parte, en el reconocimiento a los trabajadores contratados mediante la modalidad de aprendizaje —concretamente 897 trabajadores— del derecho a percibir las ayudas de estudios para empleados y para hijos de empleados regulados en el artículo 61.5 del XIII Convenio de Empleados de Cajas de Ahorros (1), en el artículo 22 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro (2) y en el artí-

(\*) Profesora de Derecho del Trabajo (Universidad Carlos III de Madrid).

(1) Artículo 61.5 del XIII C.C. de Empleados de Cajas de Ahorros (BOE 4 de mayo de 1982), "Ayudas a empleados.- A los empleados que cursen estudios de Enseñanza Media, Universitaria y Técnicos de Grado Superior y Medio, la Institución les abonará el 90 por 100 de libros y matrículas. Los que cursen el COU, podrán optar entre percibir esta ayuda o la prevista para hijos que estudien este mismo curso."

(2) Artículo 22 del C.C. de Cajas de Ahorros (BOE 13 de mayo de 1992), "Ayuda a la formación de hijos de empleados:

1. Se deroga el artículo 61 del EECA regulador de la ayuda para estudios, en los puntos específicamente destinados a la ayuda de estudios para hijos de empleados, cuya cuantía será de 45.000 pesetas por hijo para el año 1992, aplicándose para los años 1993 y 1994 los incrementos correspondientes a la