

LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE TRABAJADORES EN CUERPO Y ALMA: IDENTIDAD, AUTONOMÍA Y PREVISIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL ESTATAL

DAVID LANTARÓN BARQUÍN*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

EXTRACTO

Palabras clave: subrogación convencional, Somoza Hermo, trabajadores, obligaciones documentales

La presente reflexión aborda la naturaleza, independiente o no, de la subrogación de trabajadores originada en convenio colectivo. Y, más allá de ello, los principales contenidos de las cláusulas de los convenios colectivos sectoriales estatales sobre la subrogación de trabajadores. Nivel de negociación colectiva que es, dada la exclusividad y, en todo caso, protagonismo que se atribuye al mismo, de especial relevancia. Convenios que incluyen un tratamiento autónomo y relevante de la materia. Una reflexión hilada en relación con la doctrina Somoza Hermo. Y que, debido a esta razón, no sólo analiza las cláusulas de los convenios con mayor relevancia en cuanto a aquella comentada naturaleza independiente, lo hace también con las más trascendentes para afrontar las consecuencias perjudiciales de la doctrina del TJUE y, consonante y más, de nuestro TS. Consecuencias que, desde un punto de vista, resultan no sólo perjudiciales para la empresa entrante, por extender eventualmente su responsabilidad, trabajadores subrogados, etc. sino también para el propio equilibrio del convenio y ánimo futuro de mejorar la legislación pública.

ABSTRACT

Key words: subrogation operated by collective agreement, Somoza Hermo, workers, documentary obligations

The present paper addresses the nature, independent or not, of the subrogation of workers originating in a collective agreement. And, beyond that, the main contents of the clauses of the state sectoral collective agreements on the subrogation of workers. This level of collective bargaining is, given the exclusivity and, in any case, the leading role attributed to it, of particular relevance. Agreements that include an autonomous and relevant treatment of the matter. An analysis spun in relation to the Somoza Hermo doctrine. And which, for this reason, not only studies the clauses of the agreements with the greatest relevance in terms of the aforementioned independent nature, but also the most important for dealing with the harmful consequences of the doctrine of the ECJ and, consequently and more so, of our Supreme Court. Consequences which, from one point of view, are not only detrimental to the incoming company, by possibly extending its liability, subrogated workers, etc., but also to the very balance of the agreement and the future spirit of improving public legislation.

ÍNDICE

1. SOBRE LA ORDENACIÓN CONVENCIONAL DE ESTA MATERIA. PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN, ARTICULACIÓN DE CONVENIOS Y OTRAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS
2. ¿SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y/O SUBROGACIÓN LEGAL?
 - 2.1. ¿Mejora de la subrogación legal o supuesto autónomo?
 - 2.2. ¿Impide la subrogación ex convenio la aplicación de la legislación pública?
3. TRABAJADORES SUBROGADOS Y NO
 - 3.1. La adscripción al ámbito de la transmisión
 - 3.2. Elementos no determinantes de la subrogación
 - 3.3. Subrogaciones parciales, de plantilla y de un mismo trabajador
 - 3.4. Trabajadores excluidos de la subrogación
4. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUBROGACIÓN
5. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS EN LA SUBROGACIÓN
 - 5.1. Obligaciones de la empresa saliente
 - 5.2. Obligaciones de la empresa entrante
6. RÉGIMEN CONVENCIONAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS VINCULADOS A LA SUBROGACIÓN
7. PREVISIONES ORGÁNICAS RELACIONADAS CON LA SUBROGACIÓN
8. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. SOBRE LA ORDENACIÓN CONVENCIONAL DE ESTA MATERIA. PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN, ARTICULACIÓN DE CONVENIOS Y OTRAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS¹

La subrogación de trabajadores constituye, sabido es, una materia de extrema complejidad. Las “transmisiones” de plantilla pueden originarse a través de una

¹ La muestra de convenios analizada abarca el periodo temporal comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021. Las excepciones vienen constituidas por el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, firmado el 8 de junio de 2015 (BOE, 20 de junio); por el Acuerdo para el Empleo 2015, 2016 y 2017, firmado el 8 de junio de 2015 (BOE, 20-VI) y por el V Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería, firmado el 25 de marzo de 2015 (BOE, 21-V). En este último caso por su continuada vigencia con modificaciones. Y porque, según la DA cuarta Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, de 30 de diciembre de 2020 (BOE, 14-V-2021), su capítulo XII, “incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores”, es el que rige la “subrogación convencional” en el ámbito de este convenio de la restauración colectiva. El número de convenios con referencias legales sobre el objeto de estudio supera el 20%. Y, en valores absolutos, son más de 30 los convenios sectoriales estatales analizados en profundidad. Algunos se suceden temporalmente en un mismo espacio, con o sin variación en su ámbito de aplicación funcional. Con variación, a título de ejemplo, el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, suscrito el 20 de noviembre de 2017 (BOE, 8-II) y el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, firmado el 9 de marzo de 2021 (BOE, 11-VI). Con identidad de ámbitos, caso de la sucesión del

pluralidad de vías, temporales o permanentes. Algunas de ellas, cesiones sometidas a un régimen jurídico realmente singular². De todas esas formas de transmisión, nos ocupamos en esta reflexión de la subrogación de trabajadores contemplada convencionalmente en desarrollo –o no, como más adelante analizaremos en detalle– del artículo 44 ET y de la actual Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE L 82/16, de 22 de marzo), que a diferencia de aquel no impone un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria, sino que se limita a autorizar a las legislaciones internas a establecerlo. Algo que, como veremos, conviene tener muy presente.

Cualificada doctrina ha afirmado con acierto que el análisis de esta materia ha de ser integrador, conjugando derecho de la UE y ordenamiento interno. Conjugando también, régimen jurídico-general u ordinario con el régimen especial de la legislación concursal (hay numerosos reenvíos explícitos e implícitos entre este último y el primero, en la medida en que es derecho supletorio e integrador de sus lagunas)³. Advertiría adicionalmente, al menos, un tercer plano, resultante de la

Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2017-2020, suscrito el 8 de noviembre de 2017 (BOE, 1-II) por el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021, firmado el 30 de septiembre de 2020 (BOE, 26-XI). O del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, firmado el 18 de diciembre de 2018 (BOE, 18-VI-2019) que antecede al Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021. O el III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, firmado el 17 de julio de 2018 (BOE, 23-XI) al que sucede, con idéntico contenido en lo que nos afecta, el IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, de 16 de diciembre de 2020 (BOE, 18-II), que es el que analizamos en profundidad. Algunos de estos textos han perdido, pues, su vigencia, pero, dado que el análisis se centra en identificar abordajes jurídicos de la materia, se hablará en todo caso en tiempo presente al referirse a su regulación.

² Pensamos, en concreto, en el especial caso del deporte profesional, que comprende el regulado en el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional, suscrito el 9 de octubre de 2015 (BOE, 8-XII). Convenio que en sus arts. 15 y ss. ordena la cesión temporal en este sector, contemplando el doble límite sustantivo de la aceptación del trabajador y de la limitación por el tiempo que reste de vigencia del contrato.

³ Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, número extra 5, 2017, sección Estudios, epígrafe I, p. 2. ISSN 2386-8090. Un ejemplo de esta compleja integración lo encontramos en el art. 5 de la Directiva que excluye en principio la aplicación, en los supuestos de insolvencia empresarial del cedente, de sus preceptos 3 y 4, relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso. Sucesión de unidades concursadas en las que el nuevo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE, 7-V), ha introducido importantes modificaciones legales. Recordar, entre otras precisiones, el art. 224.1. 3º TRLC.

necesidad de considerar tanto normativa laboral como, en particular, la legislación de contratos del sector público.

Planos que, en todo caso, se superponen por no responder a un único criterio. Y que contribuyen a explicar esta complejidad. Complejidad que, en definitiva, viene estrechamente unida, por un lado, a la necesidad de integrar un complejo haz normativo y su interpretación jurisdiccional. Y, de otro, la evolución del tejido empresarial y sector económico dominante a la que aquel se ha de aplicar. Desde cierta perspectiva, se debe, pues, a la transformación de los elementos configuradores de la norma jurídica, como más adelante veremos al sumar la evolución del supuesto de hecho sobre el que se aplica esta normativa.

Es también una materia de consabida trascendencia jurídica. Relevancia manifestada, entre otras innumerables ocasiones, en el apartado 1 j) capítulo II del citado III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. Una importancia jurídica y, por supuesto, en la realidad del mercado de trabajo, motivada por la doble finalidad a la que la subrogación de trabajadores sirve.

En primer lugar, y posiblemente de mayor importancia, el favorecimiento de la estabilidad en el empleo⁴. Principio expresamente acogido, si no en todos, en la práctica totalidad de los textos analizados, subrayándose en algún caso la especial relevancia de la autonomía colectiva en su tutela⁵ o que no se trata de la estabilidad en el puesto de trabajo⁶. Matiz éste de importancia cara a la justificación de eventuales reorganizaciones adoptadas por la empresa entrante. Relevancia y principio que justifican plenamente el carácter obligatorio, expresamente afirmado en muchos casos, de esta ordenación convencional⁷.

Una estabilidad que parece encomendarse fundamentalmente a la negociación sectorial estatal, razón que fundamenta el centrarnos en la misma. No es menor, ni mucho menos, el número de convenios colectivos que afronta, bajo distintas expresiones, el nivel de negociación en el que esta materia se ha de regular.

Si no de manera unánime, sí claramente mayoritarios, son los convenios que reservan en exclusiva esta materia al ámbito sectorial estatal. En otras palabras, a su propio nivel. Lo que se hace con distinto lujo de detalle o cambiando la

⁴ Como botón de muestra, art. 19 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, suscrito con fecha 20 de julio de 2017 (BOE, 7-X).

⁵ Concretamente, el art. 70 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, suscrito el 21 de octubre de 2019 (BOE, 13-I-2020)

⁶ Art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021.

⁷ Sólo por citar algunos ejemplos, en el art. 9.5 XXII Convenio colectivo para el sector de contrata ferroviarias, suscrito el 19 de diciembre de 2017 (BOE, 6-III) o el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, de 3 de abril de 2018 (BOE, 11-VI). De carácter “imperativo” de estas disposiciones habla el art. 63 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería.

aproximación, positiva o negativa⁸. E incluso se efectúa con la cautela de advertir el respeto a lo que establezca el art. 84.2 ET y, más excepcional, a expensas de ulteriores cambios de criterio de la comisión negociadora (lo que parece evidente, si se piensa en verdad en la comisión negociadora, que puede suceder, se diga o no)⁹. Existen, desde luego, algunas cláusulas singulares¹⁰.

Añadida a la anterior finalidad, algunos textos traslucen también la de evitar la competencia desleal que altere la libre competencia, llegando por ello a ordenar que los trabajadores subrogados no puedan “ver perjudicadas sus condiciones laborales mediante la aplicación de un convenio de empresa, durante al menos, un periodo de 3 años a partir de la fecha de subrogación, siempre que permanezca vigente el presente convenio, y salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el concesionario y los representantes de los/as trabajadores/as una vez consumada la subrogación” (art. 37.5 III Convenio colectivo marco estatal del

⁸ Como ocurre con la disposición adicional cuarta IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, suscrito el 13 de febrero de 2017 (BOE, 28-III) o el art. 9 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, suscrito con fecha 20 de julio de 2017 (BOE, 7-X). En esta línea, el art. 9 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), suscrito con fecha 9 de julio de 2019 (BOE, 3-X) reserva a la negociación colectiva sectorial estatal la “subrogación empresarial en el ámbito del sector: supuestos, procedimiento y efectos”. Y también, si bien con una aproximación distinta, el art. 9 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos advierte que, entre otras, tiene la “consideración de materias no negociables en ámbitos inferiores” la “subrogación empresarial, y expresamente en lo referente a las garantías reguladas en el artículo 75”. Igualmente, el art. 11 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, de 13 de julio de 2020 (BOE, 25-IX) reserva a la negociación de ámbito general estatal la “subrogación”. Con la cautela de afirmar que se hace “sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prioridad aplicativa de los Convenios de empresa o grupos de empresa en determinadas materias, conforme a lo previsto en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁹ A título de ejemplo, el art. 10 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería es un precepto singular.

¹⁰ Así, el detalle del art. 12 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, suscrito con fecha 25 de julio de 2017 (BOE, 26-IX), reserva a esta negociación colectiva sectorial estatal, entre otras materias, la “Subrogación: Libro I, Título I, Capítulo II, artículo 27 y la disposición adicional quinta”. Y obliga a los ámbitos negociales inferiores, bien a remitirse a este Convenio en dichas materias, bien a su aplicación en calidad de derecho supletorio cuando “se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T”. Y apostilla remarcando que ello es así “dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio”. Verdaderamente singular es la previsión del art. 19 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, cuando dispone que, en cuanto a la determinación del convenio colectivo de aplicación en la nueva empresa, se estará a lo dispuesto en el presente Convenio marco y en los Convenios sectoriales de ámbito inferior.

sector ocio educativo y animación sociocultural, de 20 de enero de 2021, BOE, 22-III)

Relevancia que, en definitiva, conduce a que su régimen jurídico convencional goce de autonomía en la clara mayoría de convenios que constituyen la muestra, por concentrarse en un capítulo relativo a esta materia, comprender la mayoría del mismo, o contar, al menos, con un artículo específicamente destinado a la misma. Cuando la opción es esta última, la dimensión del precepto es desmesurada, y no ocasionalmente¹¹. Parece, pues, necesario repensar, desde el punto de vista de la técnica normativa, tanto esta cuestión como otras que la muestra analizada presenta. Partiendo de un respetuoso reconocimiento de la complejidad que ello encierra una vez acordado, no sin esfuerzo, el texto a firmar por las partes negociadoras¹².

Relevancia que acaso conduce también a que excepcionalmente –salvo error, sólo en dos convenios de la muestra– se contemple una vigencia especial para el clausulado del convenio relativo a la subrogación¹³.

¹¹ Ejemplo de lo primero es el capítulo tercero “subrogación empresarial” del Título segundo (arts. 14 y ss.) del Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo. Esta materia comprende la mayor parte del capítulo III, “El inicio de la relación laboral” del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2017-2020. Con excesiva extensión, el art. 43 del Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, firmado el 19 de diciembre de 2017 (BOE, 9-II) ocupa tres páginas. Soluciones como la del art. 86, que pasa por bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies, novies, decies, undecies, duodecies hasta llegar a ter decies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, firmado el 24 de julio de 2018 (BOE, 14-VIII), constituyen otra opción de técnica normativa a valorar.

¹² Entre estas otras cuestiones y como colofón de este apartado introductorio, la existencia de un capítulo sin título con un solo artículo, cuya rúbrica se corresponde con esta materia, caso éste del capítulo III título II XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, que consta sólo de un artículo, el 9, destinado a regular la subrogación. Se detectan también, salvo error, convenios con preceptos que cuentan con un apartado 1 sin que exista el 2. Así acaece con el art. 86 quinquies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional. Y, por último, sucede como en este último Convenio citado -y otros-, que a pesar de contar con un capítulo X “Subrogación”, el mismo vuelve una y otra vez sobre idénticas cuestiones (como los trabajadores en los que se subroga la nueva empresa), en lugar de contemplarlas en una sola y unitaria ocasión.

¹³ En primer lugar, el art. 7 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, “ámbito temporal”, contempla una vigencia general del convenio hasta el 31 de diciembre de 2017, desde el 1 de enero de idéntico año. Sin embargo, el art.7.2 contempla una vigencia mucho más extensa, de 5 años no sólo, hasta el 31 de diciembre de 2021 de una serie de materias reguladas en el convenio. Entre otras, la “subrogación de personal en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado: Libro I, Título I, Capítulo II, artículo 27”.

2. ¿SUBROGACIÓN CONVENCIONAL Y/O SUBROGACIÓN LEGAL?

Esta complejidad de la que venimos hablando se presenta de forma más acusada aún, en particular tras la doctrina Somoza Hermo a la que luego nos referiremos, cuando se trata de determinar si existe o no una subrogación convencional al margen de la subrogación legal. Entendida la “subrogación convencional” como la que nace ex convenio, y no como el régimen jurídico convencional mejorador del legal. Y “subrogación legal” como aquella determinada y regulada de partida por la legislación pública antedicha.

Reflexión que, en realidad, transita necesariamente por dos pasos. En primer lugar, determinar si el convenio colectivo pretende regular el supuesto de hecho legal, mejorando la tutela del trabajador, o una realidad al margen. O ambas. En segundo lugar, ver en qué medida la regulación convencional de un supuesto de hecho ajeno al contemplado en la legislación pública evita la aplicación de ésta. Pregunta cuya respuesta es de gran importancia, en particular, entre otros ámbitos, en relación con las contrata y concesiones administrativas¹⁴.

En segundo lugar, el art. 4 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, firmado el 30 de junio de 2021 (BOE, 17-IX) demora la entrada en vigor de esta materia un mes.

¹⁴ Abrimos aquí un breve *excursus* para recordar la compleja realidad que genera el instituto de la sucesión empresarial en el ámbito público. De una parte, las contrata y concesiones administrativas no constituyen *per se* unidades productivas o entidades económicas en el sentido del art. 44 ET y de la Directiva, salvo que no encontremos elementos adicionales al hecho mismo de la contrata o concesión. No lo son al margen de la entrega al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, incluida la transmisión significativa de plantilla cuando ésta es la determinante de la continuidad de la actividad económica. Por eso, al margen de estos elementos, la subrogación operaría en principio por el convenio, no por la normativa pública puesto que, como señala autorizada doctrina, para ello la asunción de la plantilla habría de ser voluntaria y en realidad se produce porque aquel lo establece. Arastey Sahún, L., “Sucesión de contrata y subcontratas de obras y servicios”, p.12. Disponible desde el 1 de mayo de 2018 en 1-2-Arastey-Sucesion-de-contratas-y-subcontratas-de-obras-y-servicios.pdf (aedtss.com). Entendimiento que el art. 130.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE, 9-XI), viene a consolidar. Por otro lado, se plantean dificultades en la reversión de los servicios públicos indirectamente gestionados, bien con su integración directa en la Administración Pública competente, bien mediante entes instrumentales. Complejidad debida a distintas razones, entre otras que el sistema contractual administrativo se monta sobre el principio jurídico de la responsabilidad limitada de la Administración a través del contratista, ya que éste asume el riesgo y ventura del contrato. Por no señalar que en el ámbito de la Administración Pública la mayoría de los bienes, elementos materiales o patrimoniales, son de dominio público indisponibles que desempeñan un papel importante en el contrato o concesión. Según ha expuesto autorizada doctrina (Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral...”, pp. 20 a 30), diversas son las situaciones hipotéticamente pensables si bien la jurisprudencia del TJUE entiende que la propiedad de los elementos patrimoniales por parte de la Administración no evita la aplicación de la normativa

2.1. ¿Mejora de la subrogación legal o supuesto autónomo?

En relación con el primer paso, se ha de determinar si la regulación convencional pretende mejorar el régimen jurídico público, en cuyo caso la aplicación de este resulta incuestionable; regular supuestos de hecho diferenciados al de aquel constituyendo un supuesto autónomo de subrogación; o, por último, disciplinar un régimen jurídico aplicable tanto a uno como a otro supuesto, pudiendo suceder que sólo parte del régimen jurídico sea común a ambos.

En otras palabras, cuando se habla de “mejora” ésta lo puede ser sobre el estatuto jurídico del trabajador en el supuesto de hecho contemplado en la legislación pública, por la extensión de la subrogación más allá de aquellos sujetos o por ambas conjuntamente. Objetiva, subjetiva o mixta, comprensiva de ambas.

Para dilucidar esta cuestión es preciso interpretar el convenio colectivo. Existen, en particular, en su contenido, dos tipos de cláusulas que nos son de gran ayuda. Cláusulas que precisan una minuciosa lectura e interpretación en cada texto, pudiendo, pese a ello, resultar insuficientes al mentado propósito.

En primer lugar, aquellas que directamente abordan la relación del texto convencional con la legislación pública. Sobre las mismas, no ayuda el hecho de que, no siendo excepcionales, no son muchos los convenios de la muestra que se manifiestan expresamente sobre este extremo. Y, cuando lo hacen, no siempre

pública reguladora de la sucesión. Asumiendo, con el TJUE, la aplicación de la normativa pública laboral garantista, bien ex convenio o por condiciones generales de la contratación en los pliegos de las contrataciones públicas por disponerlo el convenio u otra norma. Ulterior doctrina apunta, en efecto, que atendiendo al nuevo art. 130 Ley 9/2017 la posibilidad de establecer la sucesión en un pliego de condiciones desaparece. Y que, como señala idéntico precepto, «en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general». Y ello con las limitaciones subrogatorias que la DA 26^a Ley 3/2017 y el principio de mérito y capacidad conllevan. Rodríguez Martín-Retortillo, R. M^a., “Ámbito, garantías y responsabilidad de la sucesión empresarial, en el marco de la jurisprudencia europea y española”, Trabajo y Derecho, núm. 43, 2018, sección “Estudios”, pp. 7, 8 y 14. Restaría una importante cuestión por resolver. Y es cómo conciliar esta aplicación con la garantía del principio de mérito y capacidad del art. 23 CE cuando la reversión se produce no hacia un ente instrumental sino hacia la propia Administración Pública, que pasa a gestionar directamente el servicio. Necesario es, por último, tener presente que la Directiva 2001/23/CE considera la empresa “en sentido amplio, e incluye tanto las de titularidad privada como pública, cuando ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro” (Rodríguez Martín-Retortillo, R. M^a., “Ámbito, garantías y...”, p. 3). Excluyendo el TJUE de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público (Arastey Sahún, L., “Sucesión de contrata...”, p.3) y en consecuencia la posibilidad de subrogación.

resultan fáciles de interpretar¹⁵, si bien el sector y su operabilidad haciendo uso de las antedichas contratas y concesiones pueden constituir una pista importante, como más adelante veremos.

Descendiendo al detalle, observamos la siguiente tipología de convenios colectivos de sector. En primer lugar, algún convenio se desembaraza de esta dificultad recurriendo al trámite de una llana remisión a la normativa pública¹⁶, lo que evidencia que sólo se ocupa –y poco– de ésta.

A un segundo tipo, el de acotar subrogación legal y regulada ex convenio, responden otros convenios. Acotación efectuada bien mediante una separación estricta, reservando el régimen convencional a los casos en que no sea de aplicación la legislación pública, bien estableciendo un régimen jurídico aplicable a ambas subrogaciones y otro que no. Aplicando –o no– a este último ex convenio subsidiariamente, en lo no contemplado, la legislación pública¹⁷.

En una tercera y última categoría de convenios, el régimen convencional aplicable a ambos supuestos, subrogación, convencional y legal, alcanzan la totalidad del contenido subrogatorio del convenio¹⁸.

El segundo tipo de cláusulas instrumentales al propósito de determinar la voluntad del convenio de regular un supuesto autónomo, viene conformado por aquellas que pretenden delimitar el cambio organizativo empresarial o título

¹⁵ A título de ejemplo, véase el art. 27.2 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción.

¹⁶ Así, el IX Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada, suscrito con fecha 22 de julio de 2021 (BOE, 28-X), cuyo artículo 10 afirma que “en lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁷ Separando claramente ambas subrogaciones, el art. 16 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, intitulado “subrogación empresarial”, establece que “cuando resulte de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se estará al régimen y efectos que le son propios” mientras que “cuando el cambio de titularidad no se encuadre en el ámbito de aplicación citado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, los efectos subrogatorios, en atención a las peculiares características de la actividad del Bingo, vendrán condicionados a los supuestos y reglas válidamente previstos en el presente capítulo”. También en esta línea se sitúan el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional y el Preámbulo del Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Estableciendo la aplicación a ambas subrogaciones de parte del régimen convencional –en concreto, de las obligaciones formales y documentales que se establecen y subsidiaria del art. 44 a la subrogación convencional en lo no estipulado en el convenio, se sitúa el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que bifurca en su art. 57 su régimen jurídico.

¹⁸ Régimen jurídico aplicable tanto a los supuestos de subrogación *ex lege* como ampliable a otros generados por el propio convenio, como es el caso del Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, ex art. 43.4.

jurídico causante de la subrogación convencionalmente contemplada. Pues, de reconducirse su identificación a una situación encuadrable en la transmisión empresarial contemplada en la legislación pública, las previsiones convencionales actuarían en desarrollo de aquel.

Obviando aquellas cláusulas interesantes por excluir situaciones, no de parte del régimen convencional, sino de la propia subrogación, y también las que subrayan que la prestación provisional del servicio no excluye la subrogación¹⁹, se observa en la muestra analizada que existe una triple opción. Una referencia genérica²⁰, una numeración de supuestos²¹ o una vía mixta, incluyendo las dos anteriores. Probablemente esta última la más habitual, más allá de la exhaustividad de la identificación de supuestos. Más allá del hecho de que la redacción de aquellas cláusulas generales puede llegar a absorber la tipología, diluyéndose entonces, en la redacción, la diferenciación entre los dos primeros tipos de convenios²².

¹⁹ El art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 excluye expresamente el supuesto en que “el usuario final sea un particular y destinado a su uso privativo y residencial”. Por descontado, la subrogación no sólo se produce entre la empleadora primera prestadora del servicio y aquella siguiente adjudicataria del mismo, sino que, como acoge expresamente el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as a aquella que entrara de “forma provisional” a prestar el servicio, “con independencia del tiempo de duración del mismo”.

²⁰ El art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 constituye un ejemplo de una referencia genérica, al establecer que “la subrogación se produce cuando una empresa sustituye de forma total o parcial a otra en la prestación de los servicios contratados por un cliente, público o privado, cualquiera que fuera la causa, en los supuestos y términos establecidos en este Convenio”. Como también el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, firmado el 13 de marzo de 2019 (BOE, 4 de julio), que también habla de “cualquier otra figura o modalidad”. Y algunos otros. El art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil de 22 de mayo de 2019 (BOE, 26-VII) igualmente destaca la necesidad de que el cambio se produzca “en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del articulado del presente Convenio, en cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado”. El art. 57 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua llama, además, a la aplicación de la garantía del art. 130.3 L. 9/2017, de Contratos del Sector Público.

²¹ Representativo de este segundo tipo es el art. 17 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, de rúbrica, precisamente, “supuestos de sucesión o sustitución empresarial”. Que incluye un amplio listado de casos en que se produce la subrogación. Y también el art. 60 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que probablemente incluye el listado más amplio de supuestos de la muestra. Y que parte de dos supuestos generales: cuando la empresa cese en la actividad de colectividades por decisión de la empresa principal y ésta se haga cargo directamente de la explotación; o la continuación de la actividad por una tercera empresa. Supuesto este último que desglosa en una infinidad de supuestos.

²² Al tercero de los tipos corresponde el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios que habla, en primer lugar, de la “finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales

2.2. ¿Impide la subrogación ex convenio la aplicación de la legislación pública?

Un segundo paso a la hora de determinar si existe o no una subrogación convencional al margen de la subrogación legal, viene dado –según advertíamos– por esclarecer si, siendo la subrogación *ex convenio*, esto es, un supuesto diferente al legalmente contemplado en las normas públicas, ello por sí solo obsta la aplicación de estas.

Respuesta cuya dificultad crece exponencialmente por la evolución de la delimitación del supuesto legal en la interpretación efectuada tanto en la doctrina del TJUE como por nuestro TS. El giro copernicano parece haber venido dado, al menos con mayor claridad, por la STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17, Somoza Hermo). Cuya doctrina es, por ejemplo, aplicada por la STS de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 2747/2016)²³. Doctrina Somoza Hermo sobre la que se han vertido ya ríos de tinta, coligiendo algún autor que parece desprenderse de la jurisprudencia europea²⁴ el entendimiento de que la voluntad convencional es cumplir los objetivos de la Directiva.

Doctrina Somoza Hermo que se distancia de la STJUE de 24 de enero de 2002, Temco (C-51/00), por obstar el entendimiento de que la subrogación convencional operada *ex convenio* pueda ser un supuesto autónomo que mejora las previsiones heterónomas²⁵. Nuevo criterio que, a nuestros efectos, erosiona diáfana y gravemente la autonomía de la subrogación convencional. Y lo hace por afectar fundamentalmente a aquellos convenios aplicables a actividades empresariales

produciéndose la sustitución por cualquier otra empresa”. Añadiendo a continuación un amplio listado de motivos. Diluyendo la diferenciación, una redacción del supuesto de sucesión empresarial que integra la tipología es el art. 86 bis II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional.

²³ Un primer comentario sobre esta sentencia del TS cabe ser consultado en García-Perrote Escartín, I. Y Mercader Uguina, J.R., “Nuevos escenarios de futuro para la subrogación convencional: la STS 27 de septiembre de 2018”, *Revista de Información Laboral* num.12/2018, 5 páginas. Doctrina del TJUE estudiada en profundidad por De La Puebla Pinilla, A., “Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional. Reflexiones a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018”, *Trabajo y Derecho*, núm. 48, sección “Práctica Jurídica y Despachos Profesionales”, 2018, 14 páginas. Entre otras reflexiones adicionales, amén de las citadas a lo largo de este artículo, cabe consultar también el trabajo de Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sucesión de plantilla en contrataciones en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina *Somoza Hermo*”, *Trabajo y Derecho*, núm. 50, 22 páginas.

²⁴ Analizada en Rodríguez Martín-Retortillo, R. M^a., “Ámbito, garantías y...”, aptdo. 2.2.

²⁵ Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., «Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional —“ex convenio colectivo sectorial”—. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo», *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 31 de diciembre de 2018, p.17.

“despatrimonializadas”, de importancia en el tejido productivo por distintas razones, entre las que cabe citar la importancia del sector terciario²⁶.

Ello es así porque la trascendencia en ciertas actividades productivas del elemento material –lo mismo que de intangibles como la cartera de clientes o el know-how en ciertas empresas– hace depender en todo caso de su transmisión la concurrencia del supuesto de hecho de la legislación pública y, en consecuencia, su aplicación. Por el contrario, en aquellos casos en que lo determinante es la transmisión significativa de plantilla, las previsiones del convenio ordenando ésta, observados sustantivamente sus requisitos –como los documentales–, resultan concluyentes también a la hora de colegir si se produce o no subrogación legal. Caso de producirse la subrogación significativa de plantilla el convenio pierde, por así decirlo, el control de sus efectos a los que se suma, prevaleciendo, el régimen público, desapareciendo, entre otros, los límites de trabajadores a subrogar (a STS 8 de enero de 2019, Rec. 2833/2016, Asunto Securitas/Prosegur, si no hay división de contratas) y de responsabilidad de la empresa entrante²⁷.

Es cierto, y conviene recordarlo, que esta despatrimonialización llevó a algún autor²⁸ a hablar en su día de riesgo de “vaciamiento relativo” del supuesto de hecho del art. 44 ET. Vaciamiento eludido gracias al derecho UE y la interpretación del actual TJUE, al no exigir la transmisión de activos materiales o inmateriales sino de la entidad económica, como expresamente refleja el art. 1 Directiva. Vaciamiento ante el cual reaccionó también la negociación colectiva asumiendo la tutela de los trabajadores, apuntalando el principio de estabilidad en el empleo al regular la

²⁶ En efecto, esta despatrimonialización se produce fruto del protagonismo en nuestro país del sector terciario, con empresas básicamente prestadora de servicios. Es también debida al cambio en la organización empresarial y en el concepto de trabajo. La abundancia de las empresas en red, de formas de producción más reducidas y adaptativas, la deslocalización, la creciente trascendencia de un concepto de trabajo cada vez más intelectual fruto, entre otros factores, de la automatización, etc., contribuyen indudablemente a ello. Una realidad capitaneada por la tecnología y que toma como eje no los medios de producción, sino los propios trabajadores, su principal valor.

²⁷ Nos atrevemos a destacar, amén de otras reflexiones sobre la doctrina Somoza Hermo citadas, la profunda y actual de De La Puebla Pinilla, A., «La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos», *Revista Labos*, vol. 2, número 3, 2021, pp. 4-12, EISSN 2660-7360. Relevante es su precisión (p. 6) sobre las empresas que requieren activos inmateriales o intangibles, cuya transmisión entre cedente y cesionario es determinante para la apreciación de una sucesión de empresa. Y la cita a tales efectos de, entre otras, la STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-194/18, Dodic. También la especial gravedad para la empresa entrante del régimen probatorio, ya que el demandante solo ha de acreditar que la actividad empresarial descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, operando sobre la prueba de la sucesión de una parte significativa de la plantilla la inversión de la carga probatoria ex art. 217.3 LEC. Al contrario, en empresas patrimonializadas la actora ha de acreditar la transmisión de esos elementos patrimoniales (entre otras, STS, Social, núm. 1158/2021, de 24 noviembre).

²⁸ Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral...”, pp. 4 y 5.

subrogación. La propia negociación colectiva no es, pues, ajena a la interpretación efectuada por el TJUE.

Concepto de “entidad económica” del derecho UE “capaz de abarcar tanto el modelo clásico e industrial –materializado– como potencialmente el modelo postindustrial –desmaterializado– de empresa transmisible”²⁹, descansando en este caso en la transmisión significativa de la mano de obra como evidencia de la propia transmisión empresarial. Criterio de la sucesión de plantilla que, en determinados sectores y cuando la entidad económica puede operar sobre la base de este elemento, se importa por nuestro TS de la jurisprudencia comunitaria a partir de su S. 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003), siendo en todo caso relevante analizar si el grupo de trabajadores transferido es suficientemente autónomo, preservando cierta libertad para organizar y prestar sus servicios. La transmisión significativa de plantilla no es, pues, un criterio estrictamente numérico³⁰.

Entidad económica que, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, precisa de dos elementos, su preexistencia a la sucesión o transmisión y el mantenimiento de su identidad tras el traspaso. Mantenimiento de la identidad que el TJUE analiza evaluando conjuntamente una serie de elementos concurrentes, entre los que se incluye la duración de una eventual suspensión de las actividades³¹. De hecho, una gran parte de los convenios de la muestra contemplan expresamente que la suspensión temporal de la actividad, siempre que no supere un periodo concreto de tiempo, no evita la subrogación.

En otras palabras, una suspensión prolongada de la actividad puede excluir la concurrencia de este requisito y, en consecuencia, impedir observar la transmisión de una entidad económica y, con ello, la subrogación de trabajadores. Periodo de tiempo que no es el mismo en todos los convenios, aunque en la inmensa mayoría se concreta en que la subrogación demanda que la suspensión no sea superior a un año (doce meses o 1 año), si bien excepcionalmente se indica que no alcance los seis meses. Tampoco resulta idéntica la causa de esta suspensión. En algunos convenios se omite mientras que en otros se hace referencia a la previsión o intención de realización directa del servicio o al cierre del centro de trabajo.

²⁹ Monereo Pérez, J.L., “Tratamiento jurídico-laboral...”, p.22. Criterio, por otra parte, objeto de atinada crítica desde el inicio, al exponer autorizadas voces que genera más problemas de los que resuelve, por focalizar la atención en el resultado (mano de obra transmitida) más que en la causa que la origina (la existencia de una sucesión de empresa), cuya preexistencia es la verdaderamente relevante y que es la que ha de determinar la subrogación del nuevo empresario. DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa. Una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, Madrid, 2002, págs. 253 y siguientes.

³⁰ Arastey Sahún, L., “Sucesión de contratas y...”, p. 10.

³¹ Según advierte Arastey Sahún, L., “Sucesión de contratas y...”, pp. 3 y 6.

Contemplándose en algunos casos expresamente la apertura de un expediente de regulación suspensivo³².

Retomando el hilo conductor, la sucesión de empresa habría, pues, de rastrearse, siguiendo no ya solo la transmisión de aquellos activos materiales, sino también vigilando el desplazamiento de estos, de mano de obra, en lo que conspiciua doctrina apreciaba tiempo ha como transmisión inmaterial³³. En estas empresas desmaterializadas la plantilla es el principal activo, el elemento determinante de su actividad económica.

En resumen, tratarse de una subrogación ex convenio no impide la aplicación de la legislación pública (como bloque mientras ésta sea la apreciación de nuestro TS) si a resultas de la aplicación del convenio nos entramos en el supuesto de hecho contemplado en la directiva. Sería, como mínimo, preciso acreditar que la transmisión de trabajadores operadas ex convenio no constituye transmisión significativa de plantilla.

Dicho lo anterior y no obstante, como autorizada doctrina expone³⁴, aunque el TJUE y la doctrina judicial “han identificado ya numerosos sectores productivos que descansan en la mano de obra: servicios auxiliares de vigilancia e información; servicios de gestión, recursos humanos y administración; limpieza de habitaciones en establecimientos hoteleros; atención domiciliaria y familiar; ayuda a domicilio, limpieza de edificios y locales (...) supuestos como el contemplado en la STJUE de 27 de febrero de 2020 (Asunto C-298/18, Grafe y Pohle) demuestran que, en

³² Entre los convenios que acogen la suspensión por un tiempo no superior a doce meses: a) sin contemplar la causa, encontramos el art. 27.9 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción; sumando el considerar que el cambio del lugar de prestación del servicio, o modificaciones no sustanciales del mismo, no afecta la subrogación, el art. 34.3. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; incluyendo la intención de asunción directa y precisándose la apertura mientras tanto de un expediente de regulación de empleo que autorice la suspensión, el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020. De un tiempo no superior a 1 año hablan: motivado por el cierre temporal del centro de trabajo y con la previsión de expediente de suspensión en el interin, los arts. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios y art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil; por la idea de realizar el servicio con su propio personal, precisando que si fuera de nueva incorporación quedará obligado a incorporar a su plantilla los trabajadores de la empresa prestadora del servicio afectados, el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Que no alcance los seis meses, y con intención de la realización del servicio por su personal, encontramos el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

³³ Véase García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, J., “La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. En AA. VV. “La reforma laboral de la Ley 12/2001”, Lex Nova, Valladolid, 2001.

³⁴ De La Puebla Pinilla, A., “La subrogación convencional...”, pp. 6 y 7.

esta materia, no caben soluciones generales”. Es decir, en todo caso, incluso en empresas con activos materiales relevantes, hay que analizar las circunstancias concurrentes, pues, parafraseando al TS en su S. de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 2747/2016), colegir si una actividad descansa o no en la plantilla no es algo “que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático”.

Cabe incluso, como colofón, ir más allá, ahondar en la diferenciación analizada, pues algún convenio establece regímenes subrogatorios diferenciados dentro de su propio ámbito de aplicación en atención al personal del que se trate³⁵. Diferenciación que puede conducir, en alguna puntual ocasión, a excluir de la ordenación de la subrogación del convenio un subsector de actividad incluido en el mismo³⁶.

3. TRABAJADORES SUBROGADOS Y NO

3.1. La adscripción al ámbito de la transmisión

La subrogación de los trabajadores parte de su necesaria adscripción al ámbito de la transmisión (art. 27.2 *VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, como botón de muestra*) como elemento determinante de la misma³⁷. Vinculación que conduce a exigir encontrarse en activo en la misma y un cierto periodo de actividad en dicho ámbito.

³⁵ Así, el art. 71 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos establece que dentro de los servicios de asistencia en tierra tienen tratamiento diferenciado los de prestación libre (asistencia a pasaje, -salvo PMR-, mercancías y correo) y los sujetos a adjudicación (Servicios de Rampa, PMR o Pasarelas). Entendiendo ser “necesario que reciban un tratamiento diferenciado para la subrogación, en función del Servicio afectado”.

³⁶ Así, a título de ejemplo, el art. 58 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería excluye a la “actividad de Alojamiento y Hospedaje, ni como empresa principal o cliente, ni como empresa cedente o cesionaria, por lo que las empresas de este subsector de actividad se registrarán, exclusivamente en esta materia, por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas legales de aplicación”.

³⁷ No vamos a recalcar aquí en la naturaleza e identidad de la entidad económica transmitida, en muchos casos -sin ánimo de su agotamiento- el centro de trabajo. Por ejemplo, en el artículo 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias. Existe alguna cláusula llamativa, como la precisión de la DA quinta IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, que refiere la subrogación de los trabajadores conforme actas de subrogación de fechas 23 y 22 de enero del 2014, registradas y depositadas en la COPA.

En cuanto al requisito de estar activo en el ámbito transferido³⁸, el requisito también se considera cumplido cuando son circunstancias coyunturales que no rompen con su finalidad las que explican su aparente inobservancia.

Muchos de estos convenios contemplan expresamente situaciones en que el trabajador no se encuentra en activo un cierto tiempo comprendido en el periodo de antigüedad en el puesto exigida, o al momento del cambio de titularidad.

Por una parte, se advierte en general en relación con vicisitudes de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo. La subrogación de estos trabajadores se salva recurriendo a distintas técnicas, bien manifestando que esos periodos se incluyen en el cómputo temporal a realizar, bien exigiendo no un tiempo de prestación de servicios sino de adscripción al ámbito transferido, bien cambiando el periodo de tiempo en el cual se ha de acreditar el requisito, anticipándolo a la vicisitud acaecida al trabajador³⁹.

Un segundo tipo de situaciones se da respecto del personal que con posterioridad es obligatoriamente readmitido en el ámbito de la subrogación⁴⁰. *A sensu contrario*, si la relación no habría de estar activa al momento de la transmisión, no ha de operar la subrogación⁴¹.

Cambiando de tercio, en cuanto al tiempo mínimo de prestación de servicios, este conlleva la exclusión de los trabajadores que no alcanzan esta duración. Requisito que ha sido aceptado por la jurisprudencia con base en el entendimiento de que se produce una “sucesión a posteriori, esto es, tras haberse aceptado la obligada subrogación por mor del convenio”⁴², entendimiento y aceptación que claramente operan con la doctrina Somoza Hermo.

³⁸ Como a título de ejemplo evidencia el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

³⁹ La primera técnica se observa en relación con situaciones de excedencia, vacaciones o cualquier otra causa comprendida en el tenor del art. 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias. De la antigüedad en la contrata transferida se habla en el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios respecto de las situaciones contempladas en el mismo. Por último, el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 confirma la subrogación de los trabajadores que en el momento de la sustitución se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, en invalidez provisional, vacaciones, permiso, descanso maternal, siempre y cuando hayan prestado servicio a la contrata a la que se refiere la subrogación al menos los cuatro últimos meses antes de sobrevenir cualquiera de las situaciones citadas.

⁴⁰ Situación ésta contemplada expresamente en el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁴¹ Como se contempla en el art. 34.7 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

⁴² Según manifiesta Arastey Sahún, L., “Sucesión de contratas y...”, p.13, a expensas precisamente de aquel pronunciamiento entonces pendiente.

Un tiempo mínimo de prestación de servicios que varía enormemente en su entidad de un convenio a otro⁴³ y que adquiere un alcance distinto en atención a una pluralidad de parámetros. Parámetros tales como el ámbito de referencia de la misma, la unidad transferida, o el periodo respecto del cual se exige. En ocasiones, además, se precisa que sea ininterrumpida.

Tiempo de prestación de servicios que, para concluir, en ocasiones presenta regla general y especial/es o presenta periodos alternativos para satisfacer el requisito. Y que cuenta con excepciones, como la más habitual de la incorporación del trabajador a la plantilla en periodos cercanos a la subrogación, el tránsito hacia la fijeza en esos periodos temporales de referencia, o ambas situaciones⁴⁴.

⁴³ En orden decreciente, puede ser, sin pretensiones de agotamiento, una antigüedad mínima de los ocho últimos meses (art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional); siete meses de antigüedad real mínima en el servicio o cliente objeto de subrogación inmediatamente anteriores a la fecha de la subrogación (art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones); los últimos seis meses anteriores al inicio del servicio por la empresa adjudicataria (art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as); seis meses de trabajo “de forma ininterrumpida”, si bien computando las suspensiones o excedencias con reserva del puesto de trabajo (art. 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios); antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, si bien se extiende también a los trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la contrata como consecuencia de una ampliación de plantilla en esos cinco meses (art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios); cuatro meses (art. 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias y del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción); mínima de los tres últimos meses en el centro transferido (art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad); o, para concluir, una antigüedad mínima de los tres últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio (art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil).

⁴⁴ El art.34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, diferencia una regla general, un mínimo de cuatro meses anteriores a la fecha de la adjudicación; y una especial, cuando los trabajadores llevasen seis o más meses en el centro y el cambio de concesionario se produjera estando los trabajadores en IT, por enfermedad común o accidente, excedencia, invalidez permanente o cualquier otra causa legal que obligue a la empresa a reservar su puesto de trabajo, pasarán al nuevo concesionario igual que el resto de personal, aunque se reincorporarán cuando legalmente les corresponda. Esta misma regla especial se aplica para la subrogación, hasta la incorporación del trabajador sustituido, de los interinos. El artículo 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional exige, por su parte, que los trabajadores que pueden subrogarse hayan estado contratados/as al menos los cuatro últimos meses anteriores a la subrogación o como mínimo seis meses dentro de los últimos dieciocho meses anteriores a la fecha de la subrogación. Cierto es que con excepciones pues se incluye los “controladores/as de nuevo ingreso que han ocupado puestos fijos con motivo de las vacantes que de forma definitiva se hayan producido en los cuatro meses anteriores al cambio de proveedor designado”. Como

3.2. Elementos no determinantes de la subrogación

La subrogación se produce con independencia de la naturaleza de la relación laboral y, cláusula muy generalizada, de la modalidad de contratación. También de la clasificación profesional del trabajador, según veremos.

Se reconducen, entre otras posibles, a la naturaleza de la relación laboral –expresión ésta más difícil de interpretar–, aquellas situaciones que determinan la conversión de una relación laboral especial en una ordinaria, como sucede en el ámbito de la discapacidad⁴⁵.

En segundo lugar, un sinnúmero de convenios contemplan la no afectación de la modalidad contractual de los trabajadores subrogados en general⁴⁶. Pueden también apreciarse referencias a concretas modalidades contractuales, incluyendo las mismas en la subrogación, cumplidos los requisitos generales: de interinidad, con doble precisión, sobre la duración del contrato, hasta la incorporación del sustituido de ser por sustitución y, en ocasiones, haciéndose depender de la aceptación voluntaria de la subrogación por parte del trabajador sustituido⁴⁷; trabajadores fijos

ejemplo de excepciones, el art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil establece la subrogación de los trabajadores de nuevo ingreso que, bien por ampliación del contrato con el cliente bien por pasar a ocupar puestos fijos por vacante y acreditar su incorporación simultánea al concreto centro, se hayan incorporado a la contrata en los tres meses anteriores a la finalización de aquélla.

⁴⁵ El art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad habla de naturaleza de la prestación laboral y de modalidad contractual. Y establece que la subrogación se producirá, “aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía”. Por el contrario, la subrogación de un centro especial de empleo no convierte una relación laboral ordinaria en especial, según establece idéntico art. 27. Podría reconducirse a esta “naturaleza de la relación laboral” -si bien guarda en realidad más relación con el mantenimiento o no del encuadramiento profesional, al no tratarse, como parece, de altos directivos- la previsión el art. 11 *XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil* y que afecta a los cargos directivos temporales (citando, “entre otros”, los de Director, Subdirector y Director pedagógico), condición directiva que se pierde al operar la subrogación volviendo al puesto para el que fueron contratados “salvo que el nuevo adjudicatario mantenga la designación”.

⁴⁶ Por citar dos ejemplos, el art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 o el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional.

⁴⁷ Se produce así también la subrogación de las personas trabajadoras con contrato de interinidad que sustituyan a trabajadores que reúnen los requisitos de la subrogación (botón de muestra, el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional). Subrogación que puede ser objeto de un doble condicionamiento. En primer lugar, la duración de su contrato. Término éste literalmente acogido en el art. 27.3 VI Convenio colectivo general del sector de la

discontinuos, aunque no se encuentren en activo al momento de la comunicación o de la transmisión⁴⁸; extinta figura de los contratos como fijo de obra⁴⁹; etcétera.

Modalidades contractuales que, sabido es, han quedado profundamente afectadas por la reforma operada mediante el convalidado RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE, 30-XII), a cuyos extremos, y en particular a su complejo régimen transitorio, habrá necesariamente de estarse. Particularmente importante a nuestros efectos, el nuevo art. 16.4 ET resultante de la reforma encierra una notable proyección en nuestro ámbito, al establecer que la contratación fija discontinua puede justificarse por “la celebración de contratos, subcontratos o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo”, entendiéndose que “los periodos de inactividad sólo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. Y atribuyendo ciertos aspectos de esta cuestión a la regulación de los convenios colectivos sectoriales.

Mención aparte merecen el tratamiento del mecanismo del relevo y de la garantía del art. 15.5 ET. En cuanto al primero, no son muchos los convenios que incluyen un trato expreso del relevo, muy diferenciado en la negociación colectiva a estudio. Existen convenios que se muestran a favor de la subrogación de ambos trabajadores y otros que no. Distinta es también la solución de situaciones que en principio conllevarían la adscripción a dos empresas diferentes, bien permaneciendo ambos en la cedente dando prevalencia a la situación del relevista,

construcción –“mientras dure su contrato”–. Mientras que el art. 34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores aclara que estos trabajadores/as interinos pasarán a la nueva empresa concesionaria “hasta la incorporación del sustituido correspondiente”. En segundo lugar, puede hacerse depender de la aceptación voluntaria de la subrogación por parte del trabajador sustituido (art. 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional).

⁴⁸ Así, el art. 86 septies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional. En idéntica línea, sin mayores precisiones, el art. 51 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. Contratación fija discontinua que ha sido profundamente afectada por la reforma, acabando con la artificiosa bifurcación de este modo de prestación del trabajo en dos modalidades contractuales y reconduciendo la temporalidad extrínseca del extinto contrato de obra o servicio determinado, previamente desterrada aquella por nuestro Tribunal Supremo, igualmente hacia esta modalidad.

⁴⁹ Art. 24 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción y art. 10 c VI Convenio colectivo general de Ferralla (2015-2017), firmado el 19 de diciembre de 2018 (BOE, 14-III-2019). Sucede que esta modalidad desaparece con la reforma, al tiempo que el contrato de obra o servicio determinado, con lo que el tiempo de esta sucesión llama a su fin, transitoriedad al margen.

bien manteniendo cada contrato en la empresa correspondiente estableciendo obligaciones recíprocas entre ambas⁵⁰.

Por otra parte, en ocasiones no se contempla la naturaleza, ni las modalidades contractuales, sino la aplicación de ciertas garantías, en concreto de la garantía del art. 15.5 ET. Y, más específicamente, si se computan o no las contrataciones del trabajador en ambas empresas, con soluciones bien distintas⁵¹.

Por último, la subrogación se produce en principio con independencia del encuadramiento profesional del trabajador, aunque pocos convenios lo manifiesten expresamente⁵². Esto es así porque, en realidad, el elemento determinante es la adscripción del trabajador a la unidad, centro o servicio transferido. Cierto es que, a la hora de proceder a su identificación y deslinde de trabajadores adscritos al mismo, y por ende objeto de subrogación, la frontera puede venir dada por dicha clasificación profesional entre otros factores⁵³. Aunque bien pudiera suceder que las referencias a un colectivo agoten la totalidad de trabajadores implicados en la unidad sucedida⁵⁴.

⁵⁰ En favor de la subrogación de ambos trabajadores, jubilado parcialmente y relevista, se muestra el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, tanto del trabajador. En contra de la subrogación de ambos trabajadores se sitúa el art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. En cuanto al segundo aspecto, el art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, establece que “cuando la persona trabajadora jubilada parcialmente esté adscrita al centro objeto de subrogación, pero su relevista no”, la empresa cedente garantizará el puesto de trabajo de ambos trabajadores en la misma. Por el contrario, el art. 59.4 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua establece que si la subrogación determinara la adscripción a dos empresas diferentes “cada uno de sus contratos mantendrá las condiciones establecidas”, estableciendo obligaciones de información recíprocas de las empresas sobre las incidencias relevantes en los respectivos contratos.

⁵¹ En algunos casos, su no aplicación en el supuesto de producirse, bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T., bien la subrogación convencional (artículo 27 VI Convenio de la Construcción; VI Convenio colectivo general de Ferralla 2015-2017). Sin embargo, la mayoría de los convenios, por el contrario, sí computan la subrogación a efectos de la aplicación de la garantía del art. 15.5 ET y consiguiente conversión a indefinidos (art. 18 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios a título de ejemplo). Garantía del art. 15.5 ET que, es de tener presente, se ha visto profundamente modificada con el R.D-Ley 32/2021.

⁵² Sí lo hacen el art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 y el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

⁵³ Así, por ejemplo, el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional habla de la subrogación del “personal de atención al cliente incluido en los Grupos Profesionales I y II de la empresa saliente, adscrito al servicio en cuestión”.

⁵⁴ Pudiera suceder así con el artículo 86 quater II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional.

3.3. Subrogaciones parciales, de plantilla y de un mismo trabajador

Existen supuestos en los que la selección de los trabajadores a subrogar es más compleja. Y, en consecuencia, se hace necesario establecer criterios al efecto. Pensamos, en particular, en fragmentaciones o agrupamientos que afecten al ámbito transferido. Normalmente estos supuestos siguen el criterio lógico de atender a la parte, zona o servicio objeto de sucesión y a los trabajadores adscritos al mismo para identificar el ámbito de la subrogación⁵⁵. Ciertamente que cuando ésta no presenta una autonomía propia, cuando se trata, por ejemplo, de una parte del servicio, parece se ha de estimar en primer lugar el quantum de este transmitido, para determinar después el número de trabajadores a subrogar⁵⁶.

En relación con la división algún convenio atribuye al empleador saliente la determinación inicial de los empleados del ámbito transferido, dando traslado de su valoración a la representación de los trabajadores o, si no los hubiere, a los propios trabajadores. Y, caso de no alcanzarse acuerdo, atribuye a la comisión paritaria la decisión con carácter vinculante. Tarea para cuya facilitación se parte de la existencia de un censo de personal permanentemente actualizado⁵⁷.

Por el contrario, el art. 59.2 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua, aplicable en caso de subrogación con pérdida parcial de la actividad para el nuevo adjudicatario, determina en primer lugar el número de trabajadores a subrogar considerando el porcentaje de la actividad perdida sobre el número total de la plantilla, redondeándose las fracciones. Después, para seleccionar a los trabajadores, parte de que estos han de haber estado asignados al servicio en el cual se produce la subrogación o tener relación directa con las tareas, funciones y responsabilidades respecto a la actividad que está siendo objeto de cambio de contratista, al menos cuatro meses anteriores a la fecha de la subrogación.

⁵⁵ Así ha de entenderse, por ejemplo, el art. 27.6 y 7 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, que contempla la fragmentación o división de la contrata. Este es también el criterio, para la división y agrupación de contratas, del art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020.

⁵⁶ En este sentido ha de interpretarse también el art. 86 quinquies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, al establecer que cuando medie proceso de fusión, tanto propia como impropia, o de adquisición del 100 % del Capital Social de un NPSNA, y si el proveedor cesionario no recupera la totalidad de la actividad del proveedor cedente, se hace necesario determinar el quantum de la subrogación, para determinar la plantilla afectada se tendrá en cuenta los controladores/as habilitados en el bloque de espacio aéreo para el cual el NPNS cedente esté designado.

⁵⁷ Pensamos, en concreto, en el art. 29 III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar, suscrito el 17 de diciembre de 2019 (BOE, 27-II-2020), que establece como se efectuará la adscripción de los empleados en caso de división de un registro en varios por creación “ex novo” o división de registros que funciones en régimen de comunidad de bienes. Y en la relación con su art. 26.

En otros casos las necesidades de selección de trabajadores responden a razones distintas, como su movilidad, lo que dificulta su adscripción al centro o servicio objeto de subrogación. El art. 16 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 establece por ello previsiones comunes y otras específicas para la subrogación en servicios de transporte y distribución del efectivo, por una parte, y en servicios de manipulado, de otra. Y cuenta, entre otros criterios, con el ofrecimiento voluntario de los trabajadores y el sorteo.

Distinta a la subrogación parcial de la plantilla, que conlleva la existencia de un único empleador para cada trabajador, es la subrogación parcial de concretos trabajadores. Supuesto que se presenta cuando el trabajador realiza su prestación de servicios en centros de trabajo distintos, afectando a uno sólo de ellos el cambio de titularidad de la contrata. Y que se resuelve en ocasiones expresamente en favor del pluriempleo, y consiguiente distribución de sus derechos y obligaciones laborales entre empresa saliente y entrante⁵⁸.

3.4. Trabajadores excluidos de la subrogación

La subrogación excluye a trabajadores que no observan los requisitos establecidos en el convenio. Algo que en ocasiones se señala expresamente, especialmente en relación con el incumplimiento de los requisitos generales vistos: falta de correspondencia entre el ámbito de la prestación de trabajo, por exceso, y el afectado por la sucesión; inobservancia del requisito del tiempo de prestación de servicios; y otros como traslados o cese definitivo de la actividad en dicho ámbito⁵⁹.

No obstante, existen otras exclusiones contempladas de manera expresa en el Convenio y cuyo fundamento es diverso de aquél. En primer lugar, por una manifestación de voluntad: unilateral del empleador saliente⁶⁰; por mutuo acuerdo con el trabajador⁶¹, determinando el mantenimiento en su plantilla; y,

⁵⁸ A título de ejemplo, así sucede con el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. También en el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

⁵⁹ A título de ejemplo, el art. 9.1 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias excluye así trabajadores que por su actividad superen el ámbito de la sucesión al momento de la misma, alcanzando la totalidad de la empresa; trabajadores movidos geográficamente de forma previa a la sucesión; y personal de nuevo ingreso que no alcance la antigüedad demandada, salvo ciertos supuestos. Todos ellos continúan en la disciplina de la empresa sucedida.

⁶⁰ El empleador “tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación” indica el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. Idéntica letra a la del art. 34.2. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. Caso éste también del art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁶¹ Caso del art. 27.2 c) Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

más excepcionalmente, se contempla la falta de subrogación por manifestación de voluntad unilateral del trabajador, exponiéndose a un despido por causas objetivas⁶².

En segundo lugar, unos pocos convenios excluyen de la subrogación al propio empleador individual –que estaría de partida excluido por su propia condición– y su círculo de trabajadores personal –familiares– y profesionalmente *más estrecho*. Cláusula que se presenta con un distinto alcance, abriendo en ocasiones los convenios analizados la posible existencia de pacto en contrario⁶³ o su inclusión condicional, demandándose la acreditación de la existencia de su relación contractual⁶⁴.

Similar enfoque se adopta en el caso de las cooperativas, alcanzando la subrogación a los socios trabajadores, pero no a los socios cooperativistas que no tengan la condición de socios trabajadores/as ni a los trabajadores/as autónomos⁶⁵.

4. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUBROGACIÓN

Varias son las interrogantes abiertas por la muestra de convenios analizada sobre la relación entre representación de los trabajadores y subrogación. En primer lugar, la ambigüedad de su texto sobre cuál es esa representación. La expresión más generalizada es referirse a la representación de los trabajadores. Expresión genérica que encuentra, a su vez, varias formulaciones: algún convenio utiliza la

⁶² En concreto, el art. 86 decies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional abre la posibilidad de que la subrogación no se produzca por manifestación voluntaria por escrito del controlador al proveedor cedente de no ser subrogado al cesionario, bien es cierto que el “proveedor cedente podrá extinguir su relación laboral mediante la realización de un despido por causas objetivas, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente”, incluyendo la prohibición de contratación por el nuevo proveedor en un plazo de 12 meses desde el cambio de proveedor, debiendo en caso contrario indemnizar al anterior.

⁶³ Así, el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional o el art. 61 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que aclara la continuidad de la relación laboral con la empresa cedente. En parecidos términos, el art. 37 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural.

⁶⁴ Caso del art. 27.2 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁶⁵ Art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil; art. 34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; art. 27 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, con ciertas limitaciones de los socios trabajadores subrogados en sus derechos como igualmente establece el art. 37 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural; etc.

expresión abreviada RLT⁶⁶; más frecuentemente se refieren a la representación legal de los trabajadores⁶⁷; por último, en ocasiones, de manera somera e imprecisa, se habla de representantes o representación de los trabajadores⁶⁸. Más extraordinarias son otras referencias que comprenden esta representación, si bien la desbordan o identifican de forma cuestionable⁶⁹.

En segundo lugar, es importante concretar cuál es su papel en la subrogación en general, usualmente en línea con lo previsto en el artículo 44.6 ET y el artículo 7 de la Directiva. En orden creciente de relevancia, variando la representación referida en el convenio: de mera presencia en el acto de subrogación; de información, en gran número de convenios; información y consulta; y, por último, contemplando incluso el derecho a formular alegaciones sobre la subrogación⁷⁰.

En tercer lugar, y brevemente, es preciso prestar atención al sujeto obligado, principalmente la empresa saliente. En cuanto al contenido de la obligación, lo común es referir el hecho mismo de la sucesión empresarial e identidad del nuevo empleador, sin perjuicio de mayores detalles en algunas cláusulas convencionales. También se contempla en ocasiones el plazo para proceder a tal efecto. A veces

⁶⁶ Art. 58 I Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua.

⁶⁷ Por ejemplo, el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

⁶⁸ Art. 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional y art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, como botones de muestra.

⁶⁹ Singular es, en este sentido, el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, que establece como destinatario de obligaciones documentales de la empresa saliente, amén de a la entrante, a la “Comisión Paritaria del Convenio Colectivo estatal de Instalaciones Deportivas y a la representación de los trabajadores o, en su defecto a los organismos provinciales de las centrales sindicales firmantes del presente Convenio”. Y también el artículo 9 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, que habla de sindicatos más representativos del centro de trabajo afectado.

⁷⁰ El art. 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios establece, en primer lugar, que los sindicatos firmantes del presente convenio podrán estar presentes en el acto de subrogación si así lo solicitan. Gran parte de los convenios de la muestra reflejan una mera obligación de información, a título de ejemplo, el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. No de mera información, sino del derecho de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores, habla el art. 65 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. Con una materialización potencialmente distinta, el artículo 9.3 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, ordena la puesta a disposición de los sindicatos más representativos en el centro de trabajo afectado y en caso de no haber afiliación, a los sindicatos firmantes del convenio, de la documentación que, referente a la plantilla de la empresa, va a ser entregada a quien resulta ser la nueva contratista. Reconoce, además, que en el plazo de diez días hábiles desde dicha puesta a disposición, los sindicatos formularán las alegaciones que estimen pertinentes.

con plazos subsidiarios. Extraordinarios son, desde este prisma, los convenios que contemplan obligaciones periódicas⁷¹.

Se regula, por último, el régimen jurídico de su propia subrogación. Gran parte de los convenios de la muestra recogen la opción de la representación de los trabajadores de ser subrogados o mantenerse en la plantilla de la empresa saliente. Opción que normalmente se refiere a integrantes de la representación unitaria y delegados sindicales, si bien existen convenios que afectan a un rango menor de representaciones (delegados sindicales, delegados sindicales territoriales o representación unitaria fija de plantilla, etc.)⁷². Opción que en ocasiones viene acompañada de un plazo para su ejercicio, por ejemplo, de 24 o 48 horas, con distinto *dies a quo*. Y también de la inexistencia de dicha opción cuando el representante sea trabajador vinculado claramente al ámbito transferido⁷³.

Subyace en esta opción, entendemos, la búsqueda de un correcto equilibrio entre la tutela especial del mandato, la general del trabajador, comprendiendo en este último la igualdad de trato con el resto de los trabajadores subrogados, y su vinculación laboral al ámbito transferido. Parece por ello muy acertado el equilibrio en general alcanzado.

Cuando estos trabajadores representantes no se ven subrogados, en principio el destino de su representación lo determina la situación subsistente y reglas legales

⁷¹ Caso del art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020 y del art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.

⁷² Afectando a un rango menor de representaciones contamos con otros convenios. Así, los artículos 59 y 61 Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 recogen esta opción entre subrogarse o, se explicita, pasar a prestar servicios en cualquier otro centro de la misma provincia de la empresa saliente, únicamente para los delegados sindicales de empresa y los delegados sindicales sectoriales. Estableciendo sólo para los primeros que la empresa vendrá obligada a concederlo dentro de las que tengan mayores posibilidades de puestos de trabajo. También limita esta opción el art. 34.4. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

⁷³ Así, el art. 37.4 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural extiende así esta opción a representantes unitarios y delegados sindicales, establece para su ejercicio el plazo de 24 horas tras la designación del número de trabajadores/as a subrogar y la excluye cuando los representantes han sido contratados expresamente para el centro o unidad afectada por la subrogación o la representación sea específica de ese centro de trabajo. En cuyo caso también serán subrogados. El art. 20 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones contempla la opción para representación unitaria y delegados sindicales, establece un plazo de 48 horas desde la recepción de la comunicación y excluye que hayan sido contratados expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación habiendo mantenido dicha naturaleza la relación laboral y que la representación sea específica de dicho centro y la subrogación afecte a toda la plantilla del mismo. En estos casos serán también subrogados.

ordinarias. Sin embargo, algunos convenios colectivos contemplan qué sucede con su mandato cuando sí se incluyen entre los trabajadores subrogados. Algo que va muy ligado en las previsiones convencionales a la propia subsistencia de la unidad electoral y la medida en que ésta satisface los requisitos legales, tal y como sucede en los artículos 44.5 ET y 6 Directiva con posiblemente más facilidad. Ocasionalmente, la extinción del mandato no obsta el mantenimiento de ciertas garantías propias del mismo⁷⁴.

5. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS EN LA SUBROGACIÓN

5.1. Obligaciones de la empresa saliente

Las obligaciones que estos convenios establecen para las empresas son diversas. Mientras que en el caso de la empresa saliente estas obligaciones se centran en aquellas de carácter formal, documental, en favorecer el equilibrio y seguridad jurídica de la subrogación misma para todas las partes, en el caso de la empresa entrante se encaminan directa y principalmente a la satisfacción de los derechos de los trabajadores subrogados.

En efecto, el empleador saliente –o, subsidiariamente en algún caso, entrante– ha de comunicar a los propios trabajadores afectados por la subrogación el cambio de titularidad en la prestación de servicios. Lo que expresamente se precisa en algunos convenios⁷⁵. Convenios que, ocasionalmente, establecen el plazo para proceder a esta comunicación. Plazo de cinco o diez días siguientes al

⁷⁴ El art. 9.2 *XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias* contempla la continuidad del mandato de la representación unitaria. También el art. 64 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que incluye además a los delegados sindicales. En otros casos la continuidad del mandato expresamente se somete más claramente a la de la propia unidad electoral, al ser representantes exclusivamente del centro objeto de sucesión y permanecer en el mismo, como parece sucede en el art. 34.4. *IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*. Singular es el art. 25 *IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios*, al optar por la continuidad del mandato representativo de todos ellos, representación unitaria y delegados sindicales, si bien teniendo muy presentes los requisitos del mandato, en particular en relación con los delegados sindicales, subrogados manteniendo las garantías establecidas en el artículo 68, apartados a) y c) ET.

⁷⁵ Así se aprecia, como botón de muestra, en los artículos 18 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo, 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional y art. 34.5. *IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*.

conocimiento formal y fehaciente, o, con carácter subsidiario, de forma inmediata al conocimiento⁷⁶.

Puede también haber indemnizado por terminación de contrato a los trabajadores que no se ven Subrogados, si bien si finalmente la subrogación opera aquella indemnización ha de ser reintegrada (art. 34.3. IV *Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*). Consecuencia que parece natural más allá de la existencia de previsión convencional al efecto.

No obstante, adquieren un mayor cuerpo en los convenios –regla, diría, sin excepción– la inclusión de una serie de obligaciones formales o documentales a satisfacer con la empresa entrante para que opere la subrogación⁷⁷. Excepcionalmente se contempla incluso un modelo de comunicación al efecto⁷⁸.

Obligación de particular importancia a resultas de la doctrina Somoza Hermo porque, según autorizada doctrina⁷⁹, la STS de 18 de febrero de 2020 (Rec. 1682/2017) parece seguir sosteniendo que el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en la norma convencional para que opere la subrogación impide esta, manteniendo el trabajador su vinculación con la anterior empresa que, a su vez, podrá recurrir a la extinción por causas objetivas. Salvedad hecha de que la información recibida sea suficiente para a la finalidad de conocer los trabajadores subrogados, circunstancias profesionales y corriente al pago de deudas salariales y de Seguridad Social⁸⁰.

⁷⁶ El art. 14 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021, dispone que se comunique dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento formal y fehaciente. Al igual que el art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. Y el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, particularmente detallado en lo relativo a esta documentación, precisa que esta comunicación se producirá dentro de los diez días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento formal y fehaciente de cada una de las circunstancias, o de forma inmediata si no pudiera cumplirse ese plazo por razones ajenas a la empresa -se entiende si no pudiera cumplirse antes de la transmisión-.

⁷⁷ La lista de convenios sería aquí interminable, baste mencionar como ejemplo el art. 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; artículo 9 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias; art. 27.4 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción; o el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021.

⁷⁸ En sólo dos puntuales convenios (Anexo IV V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería y Anexo 4 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural), relatando además todas las obligaciones documentales a satisfacer, plazo e incorporando, lugar, fecha y firma e incluso, el primero de los anteriores, los correspondientes recibidos de principal y nueva adjudicataria.

⁷⁹ De La Puebla Pinilla, A., “La subrogación convencional...”, p. 10.

⁸⁰ De La Puebla Pinilla, A., “La subrogación convencional...”, p. 10.

Obligaciones documentales, más o menos detalladas según el caso, que cubren distintos propósitos, se refieren en su conjunto a distintos aspectos. No todos ellos abordados o agotados en todos los convenios. En primer lugar, comprende la relación de los trabajadores subrogados, con una serie de datos necesarios, personales y profesionales, para su identificación. Más excepcionalmente, aclaraciones en relación con ciertos colectivos para determinar este carácter de subrogados o no⁸¹.

En segundo lugar, comprenden la acreditación de la situación de la empresa saliente al corriente del pago en sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

En tercer lugar, incluyen, con mayor o menor extensión, los aspectos más relevantes de la prestación de trabajo de estos trabajadores subrogados. En líneas generales de mayor a menor presencia en los convenios: estructurales, tales como la modalidad contractual, jornada, antigüedad, nivel funcional, cuadrante, calendario de vacaciones, salarios; más circunstanciales (días propios, suspensiones por IT, reducciones de jornada, conciliación, etc.); relativos a la condición de representante de los trabajadores y duración del mandato e incluso, en algún caso aislado –art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as–, sobre la unidad electoral, etc.; y algunos convenios, no muchos, prestan especial atención a las condiciones pactadas colectiva o individualmente por los trabajadores, tratando de verificar si existen condiciones *ad personam*, así como a las circunstancias judiciales o administrativas, que pudieran condicionar aquellos aspectos más relevantes⁸².

En cuarto lugar, comprenden datos particulares de cada sector, tales como las autorizaciones administrativas o licencias pertinentes para la realización de una actividad o prestación laboral, relacionadas con el cumplimiento de requisitos legales específicos, etc.

Se identifican también en los convenios los documentos que sirven al propósito de acreditar la información anterior. Algunos de los cuales se mencionan

⁸¹ Tal es el caso del art. 86 undecies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional que precisa el listado de trabajadores que no quieren ser subrogados optando por la extinción del contrato con la empresa saliente. Y también del art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil, para el caso de que la empresa saliente fuera una cooperativa de trabajo.

⁸² Art. 62 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería establece que la empresa saliente informe, en su caso, del “estado exacto de los procesos, pleitos, litigios y de cuantos asuntos laborales se hallen pendientes o en curso ante la autoridad laboral competente o ante cuales quiera organismos públicos, tanto respecto a los trabajadores y trabajadoras en activo como a los ya cesados”. Obligación a la que, en distintos términos, se refiere el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Convenio éste particularmente detallado en cuanto a la documentación a aportar y muy exigente en cuanto al modo de acreditar la información.

frecuentemente⁸³, en tanto que otros son de inusual presencia, bien de alcance general bien más limitado⁸⁴. Parte de esta documentación, como el certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales, intuimos encierra una gran dificultad técnico-jurídica detrás de su exigencia. Otras, como el reconocimiento por el trabajador de haber sido satisfechos en todos sus derechos por la empresa saliente, o la declaración jurada del apoderado de dicha empresa declarando que la

⁸³ Certificación actualizada del organismo competente de estar al corriente de pago de cuotas a la Seguridad Social o, en su caso, resguardo acreditativo de haberlo solicitado, al igual que de los pagos tributarios; relación de trabajadores; copia de los partes de alta y de los boletines TC1 y TC2 de cotización a la Seguridad Social; copia de las nóminas de los trabajadores, aunque tanto en el caso de aquellos boletines como de las nóminas se suele pedir un número concreto de mensualidades -siempre de las últimas- distinto (últimas 3, 7, 12 y, más frecuentemente, 4 o 6), mensualidades que no tienen que ser idénticas para toda la documentación (v. gr. art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones); documentación relativa a la prevención de riesgos laborales de los centros objeto de subrogación; parte de baja por incapacidad temporal y último parte de confirmación de los trabajadores que se encuentren en tal situación en el momento de producirse la subrogación; documentación justificativa de la situación especial en que se encuentre el trabajador (reducción de jornada, guarda legal, baja por maternidad y paternidad, excedencias, etc.); copia del documento diligenciado por cada trabajador afectado manifestando haber recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus retribuciones hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna, esto es, de los finiquitos firmados.

⁸⁴ El art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 es una buena muestra de un acopio de singularidades: certificación individual por cada trabajador en la que deberá constar los datos de contacto, precisando ser los del modelo 145 del IRPF (Retenciones sobre rendimientos del trabajo. Comunicación de datos al pagador); exige también la copia de resoluciones administrativas o judiciales, acuerdos o pactos individuales o de empresa que afecten al trabajador o a los trabajadores afectados como condición más beneficiosa, incluida la vida laboral de afiliado al código de cotización correspondiente; y las copias de la Cartilla Profesional, Tarjeta de Identidad Profesional, y, en su caso, Licencia de Armas. Sin olvidar la cláusula de cierre referida a “cualquier otro documento que proceda o se requiera a estos efectos, necesario o preceptivo, por la adjudicataria entrante”. Algunas de estas singularidades son de alcance más general como, por ejemplo, la copia del certificado de formación recibido por el trabajador; la documentación propia de singularidades del sector; el documento acreditativo de permiso de residencia con validez para trabajar en el sector (art. 34.5. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores); o la existencia de una cláusula de cierre indicando que se aportará cuanta documentación se considere necesaria al propósito subrogatorio. Otras más específicas: certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales (art. 36 Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021); original y fotocopia compulsada de los títulos habilitantes para el desempeño de su puesto profesional (art. 27.3 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as). Significar la especial relevancia del art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que habla expresamente de la “declaración jurada suscrita por el apoderado de la empresa cesante” haciendo constar una información. Y que incluye la inexistencia de deudas pendientes -laborales,

misma está al corriente en el pago de todas sus obligaciones, de gran trascendencia siempre, y en particular en el contexto generado por la doctrina Somoza Hermo.

En muy contadas ocasiones estos convenios abordan el tratamiento de cuáles se consideran medios fehacientes de comunicación, incluyendo aquellas aceptadas expresamente por la empresa entrante como cláusula de cierre que reduce enormemente la formalidad⁸⁵.

Sí es frecuente, por último, establecer el plazo en que se ha de satisfacer esta obligación, que no es idéntico en estos textos en entidad (entre 3 y 10 días –hábiles, usualmente–), naturaleza o *dies a quo*, usualmente la comunicación del cambio de empresa prestadora del servicio (identificando la procedencia de la comunicación de forma variopinta y acaso no siempre acertada), utilizándose en ocasiones una fecha *ad quem*⁸⁶.

Por otra parte, un mismo convenio refleja en ocasiones plazos diferenciados según de qué obligación documental se trate. O bien plazos generales alternativos

de Seguridad Social y tributarias-, adjuntando la documentación acreditativa en la que se hagan constar, por separado, una serie de datos.

⁸⁵ El Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as es uno de los escasísimos que lo aborda. Lo hace detalladamente en su art. 27.3, estableciendo que se considerarán medios fehacientes de comunicación el “envío de la documentación por conducto notarial, mediante burofax, telegrama o método equivalente que deje constancia del contenido”. También que “no harán falta las compulsas, si la empresa adjudicataria acepta expresamente la validez de las copias debidamente selladas y firmadas por la empresa saliente”. A cuyos efectos, continúa el convenio, “la empresa adjudicataria designará a una persona encargada de la verificación de originales y copias. Si la empresa adjudicataria, posteriormente, reclamara la aportación de las copias compulsadas, la empresa saliente, dispondrá, a partir de la reclamación de la empresa adjudicataria efectuada dentro del plazo establecido dispondrá de 15 días para su presentación”.

⁸⁶ A título de ejemplo: tres (art. 9 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias) o cinco días hábiles (art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional) desde el momento en que la empresa entrante comunique fehacientemente a la saliente ser la nueva adjudicataria del servicio; en los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la comunicación del empresario principal (art. 62 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería); 10 días hábiles desde la comunicación fehaciente, por entrante o saliente, a la otra empresa del cambio de adjudicación (art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020); una antelación mínima de 15 días naturales respecto del término de la prestación del servicio por la empresa saliente (art. 34.5. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores). Lo idóneo, en nuestra opinión, es fijarse en la recepción de la comunicación inicial (de la principal) bien es cierto que en muy pocas ocasiones se habla expresamente de la constancia de esta recepción. Sí se hace en algún modelo citado, cuando se habla de la fehaciencia de la comunicación y también, por ejemplo, en el art. 34.5. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores que regula la firma del oportuno recibí por la empresa entrante en el duplicado de la documentación presentada.

o, más frecuentemente, subsidiarios. Muy excepcionalmente la fijación de este plazo se remite al convenio de ámbito territorial inferior⁸⁷.

5.2. Obligaciones de la empresa entrante

Las obligaciones documentales de la empresa entrante con la saliente son, naturalmente, de menor entidad, dada la finalidad de esta información y el hecho de que los trabajadores no forman parte, hasta la subrogación, en su plantilla. Existe, no obstante, alguna excepción, si bien dentro de aquella lógica pues usualmente se refiere al acto de adjudicación⁸⁸.

El bloque regulador de las obligaciones de la empresa entrante se centra, pues, en el respeto de las condiciones laborales de todo tipo de los trabajadores subrogados. No debe perderse de vista, en todo caso, la doctrina de la STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-328/13*, entre otras, cuando afirma que el objetivo de la directiva es garantizar un equilibrio justo entre los intereses de los trabajadores y de la empresa entrante, de modo que ésta puede realizar los ajustes necesarios para continuar su actividad. No se exige, por ello, mantener a toda costa la organización específica heredada de la empresa saliente, según se desprende del art. 6, apartado 1 Directiva 2001/23/CE. Algo que, si cierto en relación con la subrogación legal, en mayor medida parece lo ha de ser con la nacida ex convenio.

⁸⁷ Así, muestra de plazo alternativo, el art. 27.4 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción habla del término improrrogable de quince días naturales anteriores a la fecha efectiva de finalización de la contrata, o de quince días a partir de la fecha de comunicación fehaciente del cese. Muestra de plazo subsidiario, en defecto del conocimiento del cambio de adjudicación dentro del plazo general, es el art. 17 Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021. Que habla de una antelación mínima de cinco días hábiles a que ésta dé comienzo a la prestación del servicio o, con carácter inmediato y siempre como mínimo 24 horas antes del inicio del servicio, si tuviese conocimiento de la adjudicación en un plazo inferior a los cinco días hábiles antes del inicio del servicio. Entre los 5 y 15 días naturales desde el momento de la comunicación por entrante o saliente del cambio de adjudicación y siempre como mínimo 3 días hábiles antes del inicio de la prestación por el nuevo adjudicatario (art. 31 XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil. Sin duda alguna, singular es la previsión del art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad al señalar que “el plazo de entrega será el que se establezca en cada Convenio de ámbito territorial inferior”. Y sólo subsidiariamente, en el supuesto de que en aquellos no estuviera regulado dicho plazo de entrega, éste será de cinco días hábiles contados a partir del momento en que la empresa entrante comunique a la saliente el cambio de la adjudicación de servicios.

⁸⁸ Así, el artículo 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios establece que esta empresa, “una vez conocida la adjudicación, lo pondrá en conocimiento de la empresa saliente, de la asociación empresarial y de los sindicatos más representativos, en un plazo no superior a 5 días desde el hecho producido”.

Respeto, garantía, que, claro está, guarda íntima conexión con aquella documentación a presentar por el empleador saliente, gran parte de la cual va encaminada, según se ha señalado, a informar sobre las condiciones de empleo y laborales del trabajador. En buena lógica, el contenido de esa documentación relativo a estos derechos conforma un primer elemento determinante de las obligaciones del empleador entrante. En otras palabras, su regulación constituye un clausulado del convenio sobre el que también hay que volver la vista para identificar éstas⁸⁹.

Al margen de ello, varias son las cuestiones atendidas en los convenios –usualmente en un clausulado específico al efecto– en relación con el estatuto jurídico del trabajador a respetar por la empresa entrante. Cuestiones de índole general y que abordan específicos derechos laborales.

Entre las primeras, se presta atención al devenir de las condiciones pactadas a nivel individual o colectivo con el empleador saliente, siendo frecuente, en consonancia con lo sostenido por el TJUE⁹⁰, su observancia por el empleador entrante, con el lugar común de la especial exigencia a la hora de acreditar las mismas, aunque existen excepciones⁹¹. En alguna ocasión se exige, además, en positivo o negativo, sea acordado con cierta antelación a la subrogación⁹². Disfrute

⁸⁹ Expresivo de este vínculo es el art. 129 Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo cuando manifiesta que “los trabajadores de la empresa cedente pasaran a adscribirse a la empresa cesionaria o entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicas, sociales, de representación sindical y personales que se disfrutasen en la empresa cedente y que se acrediten documentalmente”.

⁹⁰ En su interpretación del art. 3 Directiva 2001/23/CE, en relación con los derechos y obligaciones nacidos de un pacto entre empresas saliente y trabajadores en virtud del principio de autonomía de la voluntad. STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos acumulados Asklepjos, C-680/15 y C-681/15, sobre la legislación de un Estado Miembro que autoriza la introducción de cláusulas en el contrato que remiten a convenios colectivos de trabajo posteriores a la fecha de la transmisión y la problemática de su oponibilidad al cesionario.

⁹¹ Lo pactado al margen de este Convenio solo producirá efectos entre las partes afirma el III Convenio colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar.

⁹² El artículo 9.2 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, establece que la obligación de la empresa entrante de satisfacer aquellas mejoras o modificaciones del convenio pasa por su “acreditación mediante copia literal del acta” que recoja las mismas y que ha de verse reflejado en el registro de la comisión paritaria. En esta línea, el art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios establece que “serán válidos y de aplicación los pactos o acuerdos, individuales o colectivos que afecten al Centro de Trabajo debidamente justificados”. El art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios exige además “que se hayan acordado con una antelación de cinco meses a la fecha cierta de subrogación del concesionario y se haya comunicado con el mismo plazo a la Comisión Paritaria, salvo que ésta pueda tener conocimiento por su publicación en boletines oficiales. Asimismo, se mantendrán los plazos establecidos en los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando respeten

previo durante un cierto tiempo que se aprecia ocasionalmente también como requisito de mantenimiento de condiciones laborales nacidas al margen de estos pactos⁹³.

También presentan este carácter general las cláusulas preocupadas por identificar el convenio colectivo aplicable a los trabajadores subrogados. La solución, conservadora de la aplicación del convenio colectivo que venía siendo aplicable a los trabajadores, con ciertas excepciones y temporalidad, es la habitual, de ser sus condiciones superiores a las existentes en la empresa entrante⁹⁴.

Centrados en las cláusulas que específicamente abordan las condiciones de trabajo, se hace habitualmente explícita referencia al carácter lícito de los mismos⁹⁵. Partiendo de ello, este clausulado bien procede a realizar una delimitación general

los contenidos mínimos regulados en el presente capítulo”. Antelación temporal que también demanda, en negativo, el art. 34.1 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores al establecer que “no se respetarán las modificaciones salariales, contractuales y sociales que se hubieran producido dentro de los 6 meses anteriores a la fecha en la que se produzca la cesión efectiva del servicio, salvo que estén suficientemente justificadas”. Antelación mínima de seis meses a la nueva adscripción igualmente visible en el art. 31 Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, para que la empresa entrante respete las condiciones salariales extra convenio pactadas colectivamente.

⁹³ Así, el artículo 11 IV Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios establece la subrogación en los derechos y obligaciones que disfrutaran los trabajadores los últimos 6 meses anteriores a la subrogación, y provienen “de pactos y acuerdos lícitos, que se hayan puesto en su conocimiento junto con la documentación pertinente”.

⁹⁴ El art. 27.10 VI Convenio colectivo general del sector de la construcción dispone que el personal subrogado deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si este fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. Y en idéntico sentido se expresa el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020. Singular es el art. 59 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua, que parte de mantener la aplicación del convenio colectivo de origen de los trabajadores, salvo pacto entre las partes afectadas de adscripción a este convenio, salvaguardando una serie de garantías en relación con ciertos derechos de los trabajadores. Solución, en definitiva, acorde con la incluida en el art. 3.3 Directiva 2001/23/CE, al mantener la aplicación del convenio colectivo aplicable al ámbito transferido hasta su pérdida de vigencia o la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo. Matizando nuestro art. 44.4 que ello será así salvo acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión.

⁹⁵ Como a título de ejemplo atestigua artículo 17 apartado 2 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 o el art. 27.5 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as. También el art. 37.3 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural.

de estos derechos de los trabajadores subrogados, bien, en la mayoría de los convenios, regula detalladamente estos⁹⁶.

Más allá de esta categorización, merecen particular atención en la muestra analizada derechos de satisfacción periódica superior al mes. Concretamente las pagas extraordinarias y el disfrute del derecho de vacaciones. Regla general es la distribución proporcional de las obligaciones entre las dos empresas *pro rata temporis* en relación con el servicio del trabajador en cada una de ellas. Excepcionalmente, sin embargo, esto no es posible en relación con el derecho de vacaciones, por la propia naturaleza de la situación, contemplándose compensaciones económicas entre las empresas o el acuerdo entre ambas⁹⁷.

Esta garantía del derecho, si bien condicionada a que “a la actividad subrogada lo permita”, se extiende a otros días de descanso, asuntos propios o permisos retribuidos, pero sin precisar regla de compensación, en el por ello singular art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

⁹⁶ Ejemplo de los primeros es el art. 43.1 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, al establecer que la empresa entrante respetará “los derechos y obligaciones económicos, sociales, sindicales y personales que disfruten los trabajadores subrogados en la empresa sustituida”. También el art. 34 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, cuando habla de respetar “la modalidad de contrato, grupo profesional, jornada, horario, antigüedad e importe total de salarios, tanto los de este convenio como los extraconvenio, que cada uno de ellos tuviera reconocidos en el momento de finiquitar su relación laboral con el concesionario saliente”. Como decimos, es más frecuente, sin embargo, detallar los mismos. Excepcional botón de muestra, el art. 86 octies II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional incluye un sinnúmero de conceptos.

⁹⁷ Regla general apreciable, a título de muestra, en relación con las pagas extraordinarias y las vacaciones (art. 9.5 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias). Conceptos que son los usualmente referidos. No responde en puridad a esta proporción la cláusula apreciable, entre otros convenios, en el art. 43 Convenio colectivo del sector de la jardinería 2017-2020, al establecer el disfrute de las vacaciones en la empresa entrante en la medida necesaria para la satisfacción del derecho, estableciendo sólo como compensación el abono proporcional de su retribución por la saliente. Y a la inversa para el caso de que se hubiere disfrutado el derecho de vacaciones íntegra o de manera superior a la correspondiente en la empresa saliente, operando idéntica regla. Generándose, en definitiva, una descompensación en la relación entre tiempo de trabajo y tiempo de vacaciones en el seno de una misma empresa. Regla también presente, por ejemplo, en el art. 34.1. IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. Retribución a la que ha de sumarse el correspondiente coste de Seguridad Social, como expresamente contempla el art. 59.5 VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua. Singular, también por su articulación con la negociación colectiva de menor nivel, es el art. 28 Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, que incluye particularidades para distintos territorios y, en concreto, para Zaragoza, llama al acuerdo entre empresas saliente y entrante sobre “el disfrute de las vacaciones del/la trabajador/a, de forma que el mismo disfrute efectivamente de ellas”.

Más extraordinarias, por la condiciones o derechos contemplados, son algunas cláusulas. Relativas a la retención de la cuota sindical, mantenimiento del cuadrante preexistente a la subrogación y a la sucesión entre las empresas en la condición de promotora del plan de pensiones⁹⁸.

Para concluir, también se regula en esta negociación colectiva sectorial estatal el tiempo y forma en que la empresa saliente salda sus obligaciones laborales. Goza de cierta extensión el plazo de cinco días siguientes a la terminación de la contrata con la saliente, v.gr. art.25.VII *IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios*. Mediante un documento cuya naturaleza, se sostiene expresamente en algún caso, no es la de finiquito, llegándose a prohibir tal denominación⁹⁹.

6. RÉGIMEN CONVENCIONAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS VINCULADOS A LA SUBROGACIÓN

Sin perjuicio, como es natural, de la aplicación de otra normativa general, estos convenios se ocupan de las consecuencias aparejadas a una serie de incumplimientos.

En primer lugar, de la inobservancia de la obligación de proporcionar la documentación cuando es una exigencia convencional de la propia subrogación. En algunos casos se establece que entonces no se produce la subrogación. Algunos convenios, por el contrario, afrontan esta cuestión afirmando expresamente, para la subrogación que contemplan, que los incumplimientos documentales no obstan la subrogación, en cuyo caso ésta claramente ha de producirse, parece sin opción, sin perjuicio de la correspondiente indemnización. Y en otros convenios se establece un plazo de subsanación, si bien con unas consecuencias sorprendentes¹⁰⁰.

⁹⁸ El art. 80 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias establece que la empresa entrante vendrá obligada “a retener e ingresar las cuotas sindicales cuando así conste en las nóminas entregadas en la subrogación y no exista manifestación en contrario por parte del trabajador”. El art. 52.2 g) Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 establece el mantenimiento del cuadrante. El anexo I *IV Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería*, relativo al Plan de Pensiones de Promoción Conjunta de los Trabajadores de Centros de Jardinería, establece la subrogación en los derechos y obligaciones de la entidad promotora originaria por parte de la nueva o nuevas empresas. Cláusula igualmente acogida en el Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, suscrito el 10 de julio de 2018 (BOE, 6-IX), al que sucede con idéntico contenido el Convenio colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas, firmado el 15 de junio de 2021 (BOE, 3-IX).

⁹⁹ Por ejemplo, en el art. 9.5 XXII Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias.

¹⁰⁰ Sin obstar la subrogación, pero con indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, véase el art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. El art. 62.3 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el

Como hemos visto, al menos si se trata de una subrogación legal, para obstar la subrogación parece que el incumplimiento ha de ser sustantivo. Teniendo además recorrido, en todo caso, la doctrina de la STS de 6 marzo 2007 (RC Ud. núm. 3976/2005), que estableció que «la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores».

En segundo lugar, pocos son, igualmente, los convenios que contemplan expresamente las consecuencias de la inexactitud e, incluso, falsedad de la documentación aportada. Y, cuando lo hacen, se regula habitualmente el error en la identidad de los trabajadores subrogados. Y se hace para corregir el mismo, compensando además a los trabajadores la empresa que haya generado el error. Junto a lo anterior, en algún convenio se prevé además que la empresa infractora resarza los perjuicios ocasionados a la otra¹⁰¹.

Distinta a esta situación es la eventual responsabilidad de la empresa entrante –o de la principal – por incumplimientos laborales –o de otro tipo– de la empresa saliente previos a la sucesión. Materia ésta, en primer lugar, completamente determinada por la doctrina Somoza Hermo. Al margen de la misma, en lo que ahora nos interesa, en la relación entre empresa entrante y saliente, la regla general

sector de hostelería, por ejemplo, habla de que se producirá la incorporación de los trabajadores a la cesionaria “en la fecha de la subrogación prevista y una vez cumplidos los requisitos establecidos en el presente Acuerdo”, en cuyo caso parece este cumplimiento habría de producirse en un tiempo razonable. Sin embargo, el último párrafo de dicho apartado concluye afirmando que “de no cumplir los requisitos establecidos, la empresa cesionaria automáticamente y sin más formalidades, se subrogará en el personal que preste sus servicios en el centro de actividad objeto de la sucesión o sustitución, en los términos contemplados en el presente capítulo”.

¹⁰¹ Así, el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 establece que en tal caso la “nueva empresa adjudicataria tendrá derecho a revertir la subrogación ya realizada respecto de los trabajadores subrogados como consecuencia de dicha identificación errónea, estando obligada la empresa cesante a reincorporar a dichos trabajadores en su plantilla, teniendo éstos derecho a recibir una compensación indemnizatoria de la empresa cesante, por razón de la falsedad o inexactitud manifiesta”, según los conceptos y cálculo que el propio convenio regula. En muy similares términos se expresa el art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Último botón de muestra, comprendiendo las dos situaciones precedentes (inobservancia de las obligaciones como falsedad o inexactitud) el art. 37.3 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural establece como cláusula general que “en todo caso, la empresa o entidad infractora debe responder por la totalidad de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento”, precisando que la saliente “responderá de las consecuencias derivadas del incumplimiento de lo anteriormente expuesto, así como de la falsedad o inexactitud manifiesta de la información facilitada que puedan producir error o confusión a la empresa o entidad adjudicataria, todo ello sin perjuicio de la reversión a la misma de los/as trabajadores/as indebidamente subrogados”.

de estos convenios es predicar la responsabilidad exclusiva de la segunda sobre sus propias deudas, si bien la identificación de éstas diverge de un convenio a otro. Obviamente, se parte de que se trata de la subrogación convencional ajena al supuesto de hecho de la legal, pues en caso contrario dicha previsión sería claramente *contra legem*¹⁰².

Finalizando este apartado, apuntar dos soluciones originales que pueden contribuir a salvar los inconvenientes de la doctrina Somoza Hermo. O, cuanto menos, inciden en el equilibrio de los argumentos jurídicos a manejar. La disposición de un aval bancario o seguro de caución por la empresa saliente en favor de la entrante para responder de los incumplimientos. Y la consideración como contraria a la buena fe de cualquier conducta de la empresa saliente incrementando las percepciones económicas u otros derechos de los trabajadores¹⁰³.

¹⁰²El art. 63 V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería establece -que de las deudas a la Seguridad Social por descubiertos o por diferencias salariales generadas por dicha empresa saliente, “será ésta la que responda de las mismas, sin que exista responsabilidad alguna por parte de la empresa cesionaria”. Idéntico precepto establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas salariales y extrasalariales de la empresa saliente. Materia ésta más propia de la descentralización productiva, remitiéndonos con carácter general -que no sólo- al artículo 42 ET, interpretación judicial y comentarios doctrinales al efecto. En idéntica línea DTª primera Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, que establece la exclusiva exigibilidad de ciertos conceptos a la empleadora obligada saliente. Regla, la de la condición de única y exclusiva obligada de la empresa saliente, que el art. 27.4 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as incluye en relación con los salarios, conceptos extrasalariales y pago de cuotas a la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta que en principio correspondan a la misma.

¹⁰³El art. 19 Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, dispone la existencia de un aval bancario o seguro de caución, a favor de la empresa entrante y por importe equivalente a seis meses de salario y cuota empresarial de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación. Vigente durante 48 meses desde el cese en la prestación de servicios por parte de la empresa saliente y que se podrá ejecutar si la empresa entrante se viese obligada a “responder frente a personas trabajadoras, terceros o a cualquier Entidad o Administración Pública, al abono de cualquier cantidad devengada con carácter previo a la subrogación del personal de la empresa cesante, incluyendo aquellas indemnizaciones que pudieran derivarse en el supuesto de que, por sentencia judicial, no se apliquen las reglas de subrogación establecidas en el Convenio Colectivo”. En segundo lugar, el art. 86 duodécimos II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, que entiende contraria a la buena fe y perjudicial para el empresario entrante -que puede reclamar daños por ello-, cualquier conducta de la empresa saliente incrementando las percepciones económicas u otros derechos de los trabajadores, previsión que si bien tiene otro alcance y, acaso, enfoque, es proyectable también sobre el particular.

7. PREVISIONES ORGÁNICAS RELACIONADAS CON LA SUBROGACIÓN

Colofón de este análisis, algunos convenios contemplan órganos con funciones varias relativas a la subrogación de trabajadores. Si siempre relevantes, este tipo de cláusulas lo son aún más en la presente tesitura, más considerando el supuesto de hecho especialmente contemplado en la intervención de los órganos diseñados. *Órganos* que se suman a otras eventuales intervenciones desde distintos ámbitos de las AA.PP.¹⁰⁴.

Dentro de los convenios con menciones expresas, las previsiones más conservadoras asignación expresamente a la comisión paritaria del convenio competencias vinculadas a esta materia. Bien sobre la ejecución de los procesos de subrogación (art. 14 IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, que demanda celeridad en su actuación); sobre la resolución de los conflictos originados en la aplicación, interpretación o regulación de las subrogaciones (art. 9 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios); bien, aunando ambas competencias (art. 25 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios)¹⁰⁵. En algún caso, incluyendo, a falta de acuerdo en la COPA, la intervención obligatoria de los sistemas de solución extrajudicial correspondientes al ámbito de conflicto, primero la mediación y a falta de acuerdo el arbitraje¹⁰⁶

Algún convenio habla, en segundo lugar, de la comisión negociadora, invitándola a adoptar el acuerdo legalmente preciso para adecuar el articulado del convenio a cambios legales, estableciendo el plazo para reunirse al efecto.

¹⁰⁴ Algún convenio refleja así la posibilidad de emprender acciones ante la Inspección de Trabajo y/o ante el órgano de contratación o empresa licitadora para arbitrar medidas y que se produzca la subrogación en las condiciones de mayor seguridad jurídica (art. 27.6 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.). Y ello, más allá de obligaciones informativas con aquellos órganos de contratación, como la declaración responsable del art. 38 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, detallando un sinfín de condiciones de trabajo “con la finalidad de asegurar el mantenimiento de las condiciones por parte de las empresas licitadoras”.

¹⁰⁵ Ambas competencias atribuidas igualmente por el art. 86 duodécimos II Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional que suma la valoración como contraria a la buena fe y perjudicial para el empresario entrante –que puede reclamar daños por ello– de cualquier conducta de la empresa saliente incrementando las percepciones económicas, derechos de los trabajadores o cualquier otro.

¹⁰⁶ Art. 27.6 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as.). Y ello para determinar cómo ha de producirse la subrogación de personal cuando el nuevo contrato o concurso público modifique los términos en los que se hubiese adjudicado con anterioridad y ello afecte a la subrogación del personal de movimiento.

Cambios que se especifica pueden ser por modificación del art. 44 ET, exclusión de la responsabilidad solidaria o, al contrario, establecimiento forzoso de la subrogación¹⁰⁷.

Mayor interés tienen acaso, a nuestros efectos, las previsiones de comisiones específicas –alguna en el seno de la propia comisión paritaria– e incluso de un Observatorio con competencias en esta materia: sea a efectos de estudiar la subrogación y adscribir los trabajadores a concretos centros de trabajo¹⁰⁸; analizar las especificidades de la subrogación en las enseñanzas musicales de gestión indirecta y, en su caso, trasladar al texto del convenio el acuerdo al que se llegue¹⁰⁹; estudiar las situaciones derivadas de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial¹¹⁰; o garantizar las obligaciones

¹⁰⁷Modificación del art. 19 para responder, bien a una eventual modificación normativa de la sucesión de empresas regulada en el art. 44 ET, bien a una “nueva regulación que contemplase la exclusión de la posible responsabilidad solidaria derivada de un cambio en la empresa prestadora de un servicio respecto de las deudas generadas con carácter previo a que se produzca la subrogación”. Acuerdo de la comisión que ha de prestar “especial interés en modificar y/o eliminar la condición indispensable para que opere la subrogación consistente en la constitución de aval bancario o seguro de caución”. Y a cuyos efectos ésta ha de reunirse en el plazo de 1 mes desde la entrada en vigor de aquella (DA cuarta Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones). En parecido sentido, la DA sexta IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos incluye una particular previsión para actualizar el contenido del convenio, obligando a “ambas partes” a proceder a la misma cuando “se produjera una modificación legal que permita el carácter forzoso de la subrogación para el trabajador o la trabajadora”.

¹⁰⁸La DT segunda Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva, ordena establecer, a efectos de favorecer la homogeneización del conjunto de condiciones recogidas en el convenio, la constitución de una serie de comisiones de trabajo, compuestas cada una de ellas por 8 personas, 4 por parte patronal y dos por cada una de las organizaciones sindicales firmantes. Entre otras, la comisión de compromiso de mantenimiento de empleo indefinido, que ha de estudiar una cláusula referida a la materia que nos ocupa y que habla de la adscripción de los trabajadores a concretos centros de trabajo. Idéntico contenido a la disposición transitoria segunda de su sucesor Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021.

¹⁰⁹La DA séptima VII Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos, de 18 de noviembre de 2020 (BOE, 28-XII) compromete la constitución de, entre otras, una comisión “para analizar en profundidad, las peculiaridades de los centros de enseñanzas musicales de gestión indirecta, especialmente la subrogación empresarial, y en su caso, trasladar al texto del convenio el acuerdo al que se llegue”.

¹¹⁰El art. 27 XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad ordena crear, en el seno de la comisión paritaria de este Convenio colectivo, la comisión para la propuesta del tratamiento a contemplar para situaciones derivadas de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial.

del contratista saliente en materia de salarios y cotizaciones a la seguridad social hasta la fecha efectiva de la subrogación¹¹¹.

8. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La subrogación convencional de trabajadores es relevante por la estabilidad en el empleo a la que sirve, sin desconocer la tutela de la leal competencia. Y una materia de extraordinaria complejidad. Una dificultad que estriba en los propios elementos configuradores de la norma jurídica. En la evolución de la realidad empresarial que configura el supuesto de hecho. Y en unas consecuencias que penden de la diferencia normativa entre Directiva y legislación interna y del carácter autónomo que, a resultas de la interpretación de aquella legislación pública, mantenga (subrogación ex convenio) o no la previsión convencional.

Esta autonomía de la subrogación ex convenio, depende de la interpretación de la legislación pública, reduciendo exponencialmente su espacio la doctrina Somoza Hermo, y del propio convenio, dentro del cual las cláusulas subrogatorias relativas a su relación con aquella normativa, así como las que describen la fenomenología empresarial causante de la transmisión de la entidad económica, son de especial importancia.

La voluntad convencional de regular la subrogación, puede deberse a un intento de dar respuesta al vaciamiento de la legislación pública, en cuyo caso la doctrina Somoza Hermo –obstativa en gran medida de la inaplicación de la legislación pública, en realidad de la Directiva– resulta más comprensible pues tampoco parecería estar presente el ánimo de crear una regulación autónoma. No obstante, el convenio ha de tener un espacio propio, pese a lo cual esta doctrina erosiona, en todo caso, diáfana y gravemente la autonomía de la subrogación convencional. Y lo hace por afectar fundamentalmente a aquellos convenios aplicables en sectores “despatrimonializados”, de importancia creciente en el tejido productivo por distintas razones.

En definitiva, la acotación de supuestos subrogatorios, legal y convencional, es difusa por la volátil dinámica de la normativa pública y su interpretación y por la falta de mayor especificidad en la finalidad y contenido de los textos convencionales.

¹¹¹ El art. 22 Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as habla de la constitución, entre los firmantes del convenio, del Observatorio Sectorial de Transporte Sanitario. Compuesto por los mismos y que se reunirá con una periodicidad mensual para valorar la evolución de éste y hacer un seguimiento del cumplimiento de las normas por parte de las empresas que operan en el sector. En lo que nos afecta, realizarán una “labor de vigilancia del cumplimiento de lo establecido en el artículo 130 apartado 6 de la Ley para garantizar las obligaciones del contratista saliente en materia de salarios y cotizaciones a la seguridad social hasta la fecha efectiva de la subrogación”.

Es evidente que esta reflexión general no exime del análisis de la concreta realidad, que puede conocer incluso una pluralidad de regímenes subrogatorios convencionales. Una interpretación de la que cabe colegir que la subrogación se produce con independencia del título que determina la sucesión de empresa, pero no con independencia de quién sea el usuario final y cuál el destino del servicio. Se produce, determine la sucesión de empresas no principales o la asunción del servicio por la principal. Que puede ser total o parcial, tanto respecto de la plantilla de la entidad económica afectada por la transmisión como del concreto trabajador. Y que, salvo rarísimas excepciones, se produce dentro del ámbito de aplicación del convenio.

Una realidad, la del diseño convencional de la subrogación de trabajadores, que, partiendo de la negociación colectiva sectorial estatal, aborda un sinfín de aspectos: las consecuencias de la suspensión de actividad; los elementos, determinantes y no, de la subrogación de la plantilla; las subrogaciones parciales de la plantilla y de un mismo trabajador; la identificación de los trabajadores excluidos y su variada razón de ser; la identificación, subrogación propia, rol en la subrogación de plantilla y mantenimiento del mandato de la representación de los trabajadores; las obligaciones de empresa saliente y entrante; las consecuencias jurídicas de incumplimientos de variado tipo; y, por último, los órganos diseñados *ad hoc* o con específicas competencias atribuidas a efectos de la subrogación.

Cláusulas, estas últimas, no suficientemente extendidas, pues consideramos que en la actual tesitura, para navegar en la doctrina Somoza Hermo, son de particular relieve. Como también lo es, sin duda, la contraposición entre las principales obligaciones de la empresa saliente, documentales (diversas en objeto, plazo y fehaciencia del cumplimiento), y entrante, centradas en el mantenimiento del status quo laboral. Siendo de destacar la importancia del cumplimiento sustantivo de aquellas y la búsqueda del equilibrio entre los intereses de los trabajadores y de la empresa entrante, *más allá de estas obligaciones documentales, en la capacidad de reorganización de la actividad empresarial con afectación a los trabajadores. Y ello sin olvidar el tratamiento específico de pagas extraordinarias y vacaciones, y el general de los pactos individuales y colectivos y su pervivencia de efectos, o la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores subrogados, como parte de este último status quo.*

Adicionalmente, y para concluir, se han apuntado otras cláusulas a las que prestar una especial atención, como aquellas que incluyen declaraciones de los trabajadores sobre la satisfacción de sus derechos por el empresario saliente; la disposición de un aval bancario o seguro de caución por esta empresa en favor de la entrante para responder de los incumplimientos; y la posible consideración como contrarias a la buena fe de ciertas conductas de la empresa saliente incrementando percepciones económicas u otros derechos de los trabajadores. Cláusulas que contribuyen a compensar los efectos de la doctrina Somoza Hermo en lo, a nuestro entender, pernicioso o, cuanto menos, cuestionable de la misma.