

SUBROGACIÓN CONTRACTUAL A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Resumen ejecutivo

Investigadora principal

Ana de la Puebla Pinilla

INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES



GOBIERNO
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones**

RET: 23-2.407

Subrogación contractual a través de la negociación colectiva

Resumen ejecutivo*

* El texto completo se encuentra disponible en la librería virtual del MITES en <https://expinterweb.mites.gob.es/libreriavirtual/inicio>

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS

Serie Relaciones Laborales Núm. 130

Subrogación contractual a través de la negociación colectiva

Resumen ejecutivo*

Investigadora principal

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad Autónoma de Madrid

* El texto completo se encuentra disponible en la librería virtual del MITEOS en <https://expinterweb.mites.gob.es/libreriavirtual/inicio>

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo y Economía Social

Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mites.gob.es

Internet: www.mites.gob.es

NIPO Papel: 117-24-006-8

NIPO Pdf: 117-24-009-4

NIPO Epub: 117-24-010-7

ISBN Papel: 978-84-8417-624-4

ISBN Pdf: 978-84-8417-625-1

ISBN Epub: 978-84-8417-626-8

Depósito legal: M-35744-2023

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Imprime: Namac Comunicación S.L.



ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	9
METODOLOGÍA DEL ESTUDIO.....	17
Organización del desarrollo de la investigación: un equipo de investigador plural y especializado.....	17
Descripción y selección de la muestra.....	18
Fuentes de la investigación.....	19
I. LA SUCESIÓN DE EMPRESA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y TIPOLOGÍA.....	21
1. Introducción al estudio del diseño legal y convencional de la sucesión de empresas.....	21
2. La subrogación convencional.....	27
3. La sucesión de plantillas. Construcción judicial y aplicación práctica.....	31
4. Activos inmateriales y sucesión de empresa. Un reto para la negociación colectiva.....	36
5. Subrogación convencional y derecho de la competencia.....	40
II. SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	45
1. Estructura de la negociación colectiva y subrogación convencional.....	45
2. Ámbito de aplicación del convenio y empresas vinculadas por la subrogación convencional.....	48
3. Subrogación convencional y sector público.....	52
III. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA SUBROGACIÓN.....	59
1. Exigencias y condiciones para que opere la subrogación convencional: Requisitos documentales, de información y procedimiento.....	59
2. Criterios convencionales sobre selección de trabajadores afectados por la subrogación.....	63
3. Previsiones convencionales sobre los derechos individuales de los trabajadores subrogados.....	67

4. Aspectos colectivos de la regulación convencional de la subrogación. Mandato de los representantes y el alcance de los derechos de información..... 69

CONCLUSIONES DEL ESTUDIO..... 73

I. LASUCESIÓNDEEMPRESA.DELIMITACIÓNCONCEPTUAL Y TIPOLOGÍA..... 73

1. Diseño legal y convencional de la sucesión de empresas..... 73

2. La subrogación convencional..... 74

3. La sucesión de plantillas. Construcción judicial y aplicación práctica..... 75

4. Activos inmateriales y sucesión de empresa. Un reto para la negociación colectiva..... 78

5. Subrogación convencional y derecho de la competencia 79

II. SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA 80

1. Estructura de la negociación colectiva y subrogación convencional..... 80

2. Ámbito de aplicación del convenio y empresas vinculadas por la subrogación convencional 81

3. Subrogación convencional y sector público..... 82

III. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA SUBROGACIÓN..... 83

1. Exigencias y condiciones para que opere la subrogación convencional: Requisitos documentales, de información y procedimiento..... 83

2. Criterios convencionales sobre selección de trabajadores afectados por la subrogación..... 85

3. Previsiones convencionales sobre los derechos individuales de los trabajadores subrogados..... 86

4. Aspectos colectivos de la regulación convencional de la subrogación. Mandato de los representantes y el alcance de los derechos de información 88

PRESENTACIÓN

La intervención legal en el ámbito laboral de las transmisiones de las organizaciones empresariales o de parte de ellas presenta una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico nacional, del mismo modo que constituye una de las materias con las que arranca el proceso de armonización legislativa en torno a la política social de las instituciones europeas. Con el paso del tiempo la regulación se ha ido perfeccionando, precisando con amplitud el presupuesto de hecho determinante de la subrogación contractual laboral determinada por la transmisión, así como el régimen jurídico de la misma, tanto desde la perspectiva individual como de la colectiva. En particular, el régimen jurídico de los efectos de la subrogación hoy en día se presenta muy completo, en términos tales que, a diferencia de lo que sucede con otras instituciones laborales, no se efectúa remisión alguna a la negociación colectiva para que esta desarrolle o complemente a la normativa estatal. Dejamos al margen la posibilidad prevista por la Directiva de que el poder público de un Estado miembro autorice a la de la negociación colectiva para que efectúe su transposición, por cuanto que se trata de una posibilidad inexplorada en España hasta el momento presente, asumiendo el cometido de la transposición exclusivamente la normativa estatal, sin perjuicio de algún matiz que indicaremos más adelante. Dicho de otro modo, la normativa se presenta como autosuficiente y acabada, sin necesidad de que sea precisa u oportuna una intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva.

A pesar de lo anterior, resulta igualmente práctica extendida desde hace bastante tiempo que algunos convenios colectivos contemplen la subrogación contractual respecto de supuestos no incluidos en las transmisiones contempladas legalmente, en principio, por no comportar las mismas una sucesión empresarial en el sentido de que no se transmita una unidad económica que mantenga su identidad. Es decir, extenderlo a supuestos en los que tan sólo se transmite la actividad pero no la entidad productiva como tal.

Esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ha posibilitado la realización y publicación de diversos estudios que analizan parcialmente esta materia, especialmente con ocasión de los estudios realizados sobre sectores concretos en los que se incluyen este tipo de cláusulas convencionales que extienden el efecto subrogatorio. Baste a tal efecto con mencionar dos de los estudios más recientes que incluyen en parte significativa de los mismos el análisis parcial de esta materia. En primer lugar, la monografía sobre Derecho de la competencia y negociación colectiva (2022), cuyo investigador principal es el prof. García-Perrote, donde, sobre todo, se analiza la conexión entre la subrogación contractual por vía negociada y el derecho de la competencia derivado de los imperativos del Derecho de la Unión Europea. En segundo lugar, el estudio sobre la negociación colectiva en el sector de la seguridad privada, con especial atención a la subcontratación y subrogación empresarial (2022), cuyo investigador principal es el prof. García Viña, que,

como el propio título indica, dedica especial atención a la transmisión de actividad en la seguridad privada, ámbito de tradicional intervención por parte de la negociación colectiva.

La importancia de la materia, especialmente a la luz de las sucesivas novedades provocadas por la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como del Tribunal Supremo, fueron muy tomadas en consideración por la CCNCC al proponer en la correspondiente convocatoria pública, la realización de un estudio completo, que abordase la enorme cantidad de asuntos complejos que se plantean hoy en día por las cláusulas de los convenios colectivos que incorporan la subrogación empresarial en determinados sectores donde lo que se transmite es una actividad y no una organización empresarial propiamente dicha. Dicho concurso se falló en su día a favor de un prestigioso equipo de investigación, al frente del cual se encuentra la profesora Ana de la Puebla Pinilla, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid, con la coordinación de los profesores Luis Gordo González, profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid, y del prof. Daniel Pérez Prado, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid. Todo ello junto con un valiosísimo plantel de investigadores de las Universidades Autónoma de Madrid, Carlos III y Universidad Nacional de Educación a Distancia. A todos ellos mi especial agradecimiento por el enorme trabajo realizado, por su calidad de resultados y las valiosas aportaciones a los interlocutores sociales, que, con total seguridad, serán de enorme utilidad para la aplicación y perfeccionamiento del régimen actualmente vigente en materia de transmisión de empresa, tanto desde la perspectiva legal como, sobre todo, desde la negociación colectiva.

Tal como ya hemos tenido la oportunidad de apuntar, la intervención de la negociación colectiva, en principio, se presenta como paralela a la establecida tanto en la Directiva de la Unión Europea como en el Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que los convenios colectivos cubren el espacio de las transmisiones de la actividad que quedan fuera de la normativa estatal. Por tanto, podría presumirse que se trata de regulaciones, una y otra, independientes, la autónoma de la regulación del convenio colectivo respecto de la previa contemplada por la normativa estatal. Dicho de otro modo, para los interlocutores sociales les bastaría con conocer el ámbito de actuación de la subrogación 'ex lege' para decidir en qué otros supuestos intervienen ellos con carácter adicional, pero sin sentirse condicionados por cuál sea el régimen jurídico contemplado en el Estatuto de los Trabajadores. Sobre esa hipótesis de partida, podríamos pensar que el estudio de la negociación colectiva en esta materia se puede realizar de manera independiente, sin condicionamientos legales de ningún tipo. Del mismo modo, que sobre esta misma hipótesis de partida, podríamos presumir que la negociación colectiva goza de una amplia capacidad de decisión respecto de los supuestos adicionales para los que contempla

el efecto subrogatorio y el régimen jurídico que le atribuye a dicho régimen jurídico de subrogación empresarial, tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva.

Sin embargo, hay que comenzar por advertir que, como bien detectan los autores del presente estudio, la premisa de partida no es correcta en modo alguno, lo que necesariamente conduce al trabajo que aquí se prologa a realizar un análisis mucho más amplio; un análisis que, con todo acierto, junto con el pormenorizado estudio de lo que hacen los convenios colectivos en materia de subrogación contractual, venga necesariamente enmarcado por la regulación en la Directiva y en el Estatuto de los Trabajadores de la subrogación contractual 'ex lege'. En efecto, a resultas de sucesivas resoluciones judiciales, los puentes de conexión entre regulación legal y negociación colectiva resultan cada vez más estrechos, de modo que la intervención adicional por parte de los convenios colectivos se encuentra cada vez más condicionada por la interpretación que se le dé a la regulación europea y estatal. En estos términos, el estudio ha sido de especial amplitud y complejidad, por cuanto que el conocimiento de la labor de la negociación colectiva no puede determinarse adecuadamente sin analizar con profundidad, no sólo como una simple premisa, lo que hace el legislador público y, complementariamente, sin estudiar la precisa jurisprudencia dictada al efecto por parte tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo.

Como primera conclusión de carácter general a la que llegan los autores de esta monografía, con la que necesariamente ha de coincidirse, se encuentra en el hecho de que, al romper la premisa precedente, también debe cambiarse de perspectiva respecto del margen de actuación actual en el terreno de los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva. En términos más concretos, mientras que en el pasado el margen regulativo de los convenios colectivos era de enorme amplitud, a resultas de importantes criterios jurisprudenciales dictados en los últimos tiempos, especialmente por parte del Tribunal de Luxemburgo, los condicionantes para la negociación colectiva son cada vez más intensos.

Tres criterios jurisprudenciales provocan este efecto de notable condicionamiento de la regulación pública respecto del margen de negociación a través de los convenios colectivos: primero, la jurisprudencia que supera la exigencia de transmisión de bienes materiales para que se produzca la subrogación contractual 'ex lege', que propicia esta última en casos de transmisión de intangibles; en segundo lugar, el criterio de la aplicación de la Directiva y del Estatuto de los Trabajadores a los supuestos en los que de facto se produce la sucesión de plantilla más allá de que concurra o no una estricta transmisión de empresa; en tercer lugar, la regla que entiende aplicable los efectos jurídicos de la subrogación contemplados en la Directiva no sólo a la subrogación que se produce por aplicación del Estatuto de los Trabajadores, sino igualmente la que deriva de la negociación colectiva.

El primer resultado de esta jurisprudencia, dicho con simplicidad en estos momentos, es una interpretación extensiva de la subrogación contractual derivada de los imperativos legales, que, como efecto reflejo, achica los espacios de actuación sucesiva por parte de la negociación colectiva. Ciertamente ello se hace sin romper con la dualidad entre transmisión de entidad económica con mantenimiento de su identidad atendida por el Estatuto de los Trabajadores, de un lado, y la mera transmisión de actividad que puede ser libremente afrontada por la negociación colectiva. Sin embargo, ello comporta indudablemente una notable inseguridad jurídica, que con brillantez afrontan los autores del estudio, sobre todo por lo que afecta a la delimitación de frontera entre lo que es una transmisión de empresa atendiendo a la cesión de intangibles decisivos para la continuidad de la actividad y la mera transmisión de actividad sin intangibles.

Más complejo aún si cabe es el dilema derivado de una transmisión de actividad para la que se impone la subrogación contractual a través de la negociación colectiva que, por derivación, comporta una sucesión de plantilla, que, en los mismos términos aplicando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, se convierte en una transmisión de empresa por imperativo de la Directiva de la Unión Europea y que, como tal, no escaparía de la correlativa aplicación de la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores; desde la otra perspectiva, ya no estando sometida sin condicionantes a lo negociado por las partes en los convenios colectivos. En estos términos, se produce un llamativo efecto traslativo de lo convencional a lo legal: lo que surge como libre negociación entre los interlocutores sociales, en el ámbito de la mera transmisión de actividad, se altera cualitativamente en su caracterización para convertirse en un supuesto típico de transmisión empresarial incluido dentro del ámbito de la Directiva. No se trata de un mero fenómeno de calificación jurídica de la subrogación, por cuanto que acaba repercutiendo de manera decisiva sobre el régimen jurídico de la subrogación contractual, que pasa de lo convencional a lo legal. El estudio, con todo acierto, detecta el problema e intenta ofrecer una interpretación de conexión entre lo legal y lo convencional.

El tercer aspecto, deriva de una importante sentencia del Tribunal de Luxemburgo, aplicada a un supuesto de una empresa española, que desencadena en la conclusión de que, si los convenios colectivos optan por extender el efecto subrogatorio a supuestos no contemplados legalmente en el Estatuto de los Trabajadores, lo hacen en clave de transposición de la Directiva y, por ello, han de someterse a todos los efectos al régimen jurídico de esta última. Ello implica, por ejemplo, que se exija respetar sobre todo las reglas de carácter colectivo de la Directiva (mantenimiento de la representación legal de los trabajadores, deberes de información por parte de cedente y cesionario a los representantes de sus trabajadores, así como aplicación provisional del convenio colectivo de la empresa cedente), así como las reglas de carácter individual sobre mantenimiento de condiciones laborales precedentes a la transmisión. En definitiva, ello comporta, igualmente, una importante limitación del mar-

gen regulativo por parte de los convenios colectivos. Y también, con toda seguridad, la necesaria aplicación a estos supuestos de subrogación convencional del régimen jurídico impuesto como imprescindible por la Directiva, de lo que la jurisprudencia española parece que deriva la aplicación de la regulación contemplada en el Estatuto de los Trabajadores, aun cuando la normativa nacional contenga elementos de tutela adicionales a los impuestos por la normativa europea, por ejemplo, en lo que afecta a la responsabilidad solidaria entre empresa cedente y cesionaria (STS 12 de noviembre de 2019, rec. 357/2019, ECLI:ES:TS:2019:3810). Los autores del estudio, por el contrario, consideran que en algunos casos esa tutela adicional no vincula a la subrogación convencional, por cuanto que la misma tan solo tiene como condicionante los imperativos derivados de la Directiva. A la luz de ello, el estudio identifica cuáles son esos elementos de tutela adicional de la normativa nacional que no derivan de la Directiva y que, por tanto, constituyen espacio de libre decisión por parte del convenio colectivo.

En esa línea de la obligada aplicación de la Directiva respecto de la aplicación del convenio colectivo, para estos casos habría que preguntarse hasta qué punto esta constituiría una regla ineluctable para la negociación colectiva que contempla una subrogación por vía del propio convenio colectivo. En efecto, teniendo presente que la regla de la aplicación provisional del convenio aplicable a la empresa cedente, lo es “salvo pacto en contrario”, nada impediría que fuese el propio convenio colectivo que introduce la subrogación contractual la que pactase la pervivencia o no del convenio precedente, naturalmente siempre que se respeten las reglas generales sobre concurrencia entre convenios.

En todo caso, no cabe la menor duda de que el panorama actual, por mucho esfuerzo de exégesis que se realice por la doctrina y por mucha clarificación que efectúen los Tribunales resolviendo casos concretos, mantiene dosis importantes de inseguridad jurídica, que dificulta que las empresas procedan a aceptar las cláusulas subrogatorias vía convenio colectivo. Inseguridad jurídica que convendría superar en la medida de lo posible o, cuando menos, ofrecer garantías compensatorias a las empresas adquirentes. En este último terreno el estudio se refiere a la idoneidad y oportunidad de algunos convenios colectivos que introducen la necesidad de que la empresa cedente aporte un aval bancario que garantice la posible responsabilidad de la empresa entrante por deudas precedentes a la transmisión. Se trata de una fórmula a estudiar con detalle, especialmente por cuanto que esas cláusulas pueden presentar problemas no menores de respeto a la necesaria bilateralidad de derechos y deberes entre los empleadores y los trabajadores consustancial al carácter contractual del convenio colectivo; dicho de otro modo, dicha bilateralidad no permitiría vía convenio colectivo resolver posibles conflictos de intereses y de reparto de obligaciones entre empresas, por cuanto que ambas se sitúan en el mismo banco de negociación del convenio.

Por lo demás, el estudio es muy minucioso y de enorme utilidad en el detalle del régimen jurídico de aspectos que derivan de todo lo anterior: capa-

idad de establecer criterios selectivos de los afectados por la subrogación, por ejemplo, en base a la exigencia de una antigüedad mínima; obligaciones formales de información de la situación de la plantilla por parte de la cedente a la cesionaria; necesidad o no de que se produzca en ciertas ocasiones el consentimiento individualizado de los trabajadores susceptibles de subrogación contractual; forma de disfrute de las vacaciones anuales pendientes y correlativo reparto de costes entre ambas empresas; mantenimiento o no del régimen de teletrabajo que pueden estar disfrutando algunos trabajadores; extensión de la responsabilidad solidaria por las deudas pendientes a abono en el momento de la transmisión, etc.

Finalmente, el estudio igualmente analiza el ámbito de vinculación empresarial respecto del convenio colectivo que establece el efecto subrogatorio. Ello lo realiza, sobre todo, desde tres perspectivas, prácticamente todas ellas conectadas con la aplicación del principio de correspondencia, tan afianzado a estas alturas por nuestra jurisprudencia. En primer lugar, señalando que estas cláusulas se encuentran de forma paradigmática en los convenios sectoriales, a lo que habría que añadir que posiblemente el convenio de empresa no puede convertirse en instrumento de introducción de unas reglas que pueden afectar a terceros. Debe tenerse en cuenta que en estos casos se pueden pactar condiciones que provoquen una lesión a intereses de tercero que repercuta sobre la libre concurrencia entre las empresas del sector. En segundo lugar, para exigir que el convenio colectivo correspondiente entre dentro del ámbito de aplicación de la empresa adquirente, pues ello constituye la consecuencia lógica del principio de correspondencia, sin que deban introducirse requisitos adicionales al derivado de este principio de correspondencia. En tercer lugar, la imposibilidad de que estas reglas de subrogación puedan ser de aplicación a las Administraciones Públicas, conforme al criterio jurisprudencial, de nuevo, del principio de correspondencia en el sentido de que los convenios del sector público no pueden vincular a la Administración Pública, sin perjuicio de que sí lo puedan ser para el sector público.

Con la publicación del presente estudio mantenemos la fórmula de difusión de los encargos periódicos efectuados por esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que está proporcionando unos resultados que se valoran muy positivamente. Recordar que, a la vista de los resultados de investigación presentados en los años precedentes, por diversos motivos, se estimó conveniente ofrecer al público dos presentaciones del trabajo efectuado por cada equipo de investigación. De un lado, una edición en formato digital a través de la página web de la Comisión Consultiva, extenso y pormenorizado al detalle, que permitiera una información exhaustiva de toda la materia objeto de estudio, lo que facilita una información al más mínimo detalle, que permita efectuar cualquier consulta concreta que se desee realizar al respecto. De otro lado, una edición en papel, de dimensiones más reducidas, donde se recoja de manera más condensada y directa el diagnóstico general realizado, las conclusiones principales del estudio, así como las propuestas de buenas

prácticas y propuesta de medidas que se sugieren por parte de los investigadores. Por esta segunda vía se pretende que los resultados de la investigación puedan tener un mayor impacto, en la medida en que por esta vía en papel se logra concentrar lo más relevante de los resultados de la investigación. A tenor de ello, obligado resulta efectuar un especial agradecimiento al equipo de investigación por haber tenido que realizar este doble esfuerzo, de elaboración en paralelo de dos documentos, complementarios entre sí, de modo que uno invita a la lectura del otro y que confiamos que de este modo la difusión del enorme esfuerzo de investigación realizado pueda resultar mucho más efectiva.

Solo me resta invitar a cuantos puedan estar interesados a una lectura fructífera de este estudio, así como agradecer al Ministerio de Trabajo y Economía Social el apoyo material a la realización y publicación de un estudio de una indudable valía.

Febrero 2024

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos*

METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

Organización del desarrollo de la investigación: un equipo de investigador plural y especializado

La complejidad y extensión de la materia a analizar han hecho aconsejable contar con un equipo de investigación altamente cualificado, con diversidad de perfiles —para incorporar diferentes perspectivas— y habituado a trabajar en equipo —para garantizar la coherencia interna del estudio y de las conclusiones del mismo—.

Por este motivo, el equipo investigador está conformado mayoritariamente por juristas y economistas. Ello ha facilitado, no solamente abordar el análisis del contenido de las cláusulas convencionales desde una perspectiva plural, sino también facilitar un análisis cuantitativo de algunas cuestiones clave, como puede ser el peso de la subrogación en el conjunto de la negociación colectiva sectorial y en determinados sectores o la importancia de cada nivel de la estructura negocial en esta concreta materia.

La Investigadora principal (Ana de la Puebla Pinilla) es Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El equipo de investigación ha estado coordinado por los profesores Luis Gordo González (Profesor Contratado Doctor de la Universidad Autónoma de Madrid) y Daniel Pérez del Prado (Profesor Titular de la Universidad Carlos III de Madrid), que se encargaron de la selección inicial de la muestra de convenios colectivos, y de la coordinación de los avances del equipo en las diferentes fases en las que se organizó el trabajo.

El equipo de investigación está compuesto, además, por los siguientes investigadores de las Universidades Autónoma y Carlos III de Madrid, UNED y Valencia: José María Goerlich Peset, (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia); Jesús R. Mercader Uguina (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid); Cristina Aragón Gómez (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional de

Educación a Distancia); Pablo Gimeno Díaz de Atauri (Profesor Ayudante Doctor, Universidad Carlos III de Madrid); Amanda Moreno Solana (Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional de Educación a Distancia); Rafael Moll Noguera (Profesor Permanente Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia); Patricia Nieto Rojas (Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional de Educación a Distancia); Luis Enrique Nores Torres (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia) y por Víctor Sánchez del Olmo (Contratado predoctoral, Universidad Autónoma de Madrid).

Descripción y selección de la muestra

De acuerdo con los criterios de la convocatoria que rigen este estudio de investigación, la selección de la muestra está basada en el conocimiento previo de ciertos sectores o empresas debido a dos motivos fundamentales. Por una parte, porque ya en las propias bases se establecía un listado de treinta y dos convenios sectoriales de ámbito estatal cuyo estudio era imprescindible. Por otra, porque, por la propia naturaleza de la institución jurídica objeto de estudio, los problemas de aplicación práctica se suscitan fundamentalmente en sectores de actividad intensivos en mano de obra. De ahí la necesidad de que la muestra se encuentre prediseñada teniendo en cuenta esta particularidad, que a su vez excluye cualquier tipo de selección aleatoria.

Por todo ello, se diseñó una muestra que identificó los convenios en los que efectivamente se incluían a priori cláusulas subrogatorias y, en todo caso, comprendía aquellos sectores que han planteado problemas de aplicación práctica más frecuentemente. Para ello se utilizó un sistema de búsqueda en textos en el Registro de Convenios Colectivos (REGCON) del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

En una primera aproximación, la búsqueda directa permitió identificar 394 convenios colectivos, entre denunciados y no denunciados, en los que se contenía el término “subrogación”. La muestra final, sin embargo, es menor (373) debido a que, durante el proceso de vaciado de los convenios, con la lectura detenida de los mismos, se redujo el número de convenios disponibles. En cualquier caso, la importancia cuantitativa de la muestra es muy superior a los 200 convenios colectivos que exigían las bases de la convocatoria. A ello se ha añadido el análisis de convenios colectivos, no incluidos en la muestra inicial, que han sido acordados y publicados durante el periodo de desarrollo de la investigación.

Aunque la muestra es analizada con detalle en los diferentes capítulos de esta monografía, puede ahora adelantarse que el 95% de los Convenios colectivos analizados son convenios sectoriales (gráfico 1). Siendo el 57% de ámbito provincial, el 27% de ámbito autonómico y el 16% de ámbito estatal (gráfico 2).

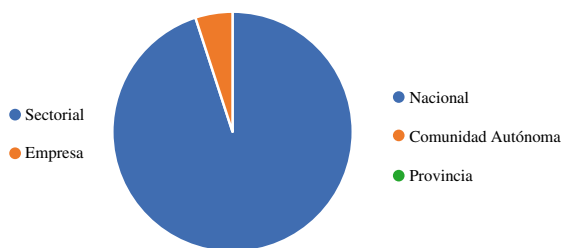


Gráfico 1

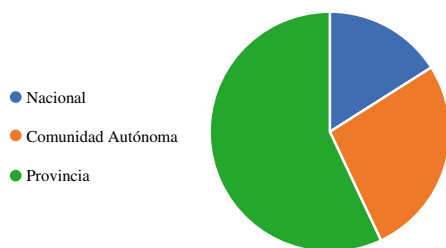


Gráfico 2

De la muestra analizada casi el 90% contiene alguna previsión sobre la subrogación del personal (gráfico 3), y de ellos aproximadamente el 75% recoge una regulación novedosa que se aparta, en mayor o menor medida, de la regulación legal de la subrogación (gráfico 4). Son, por tanto, minoritarios aquellos convenios que se limitan a aplicar en su ámbito funcional y territorial las previsiones legales.

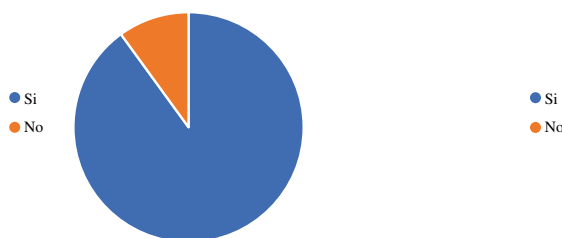


Gráfico 3

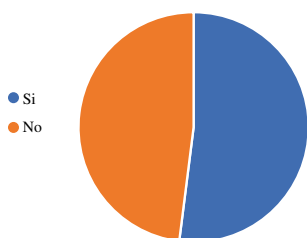


Gráfico 4

Fuentes de la investigación

Además de la importancia nuclear que en un proyecto de este tipo tiene la muestra de Convenios colectivos, el presente estudio se asienta, igualmente, sobre otros dos elementos básicos desde un punto de vista metodológico.

En primer lugar, como no podría ser de otra manera, un análisis riguroso y profundo de la subrogación convencional exige la sistematización de la literatura académica, de los informes y recomendaciones y normas vigentes o en negociación sobre las realidades que son objeto del estudio. Así, aunque dicho análisis es transversal a lo largo de todo el estudio, es aún más exhaustivo en el capítulo primero —La subrogación de personal. Delimitación conceptual y tipología— que sirve de sólida base para la construcción del resto de los capítulos.

Por otra parte, en segundo lugar, ante un marco normativo, entendido en sentido amplio, relativamente estable, como se pone de manifiesto a lo largo de este estudio, el análisis de la subrogación convencional ha exigido un exa-

men minucioso de la acción judicial, que ha supuesto un auténtico revulsivo en la interpretación y aplicación de las normas legales y convencionales sobre la sucesión de empresa.

En base a los tres vértices anteriores —la muestra de convenios colectivos, el estudio de la doctrina y el análisis de la jurisprudencia— se ha realizado el examen del estado actual de la cuestión y su implicación laboral y, a partir de dicho planteamiento, se ha elaborado un análisis pormenorizado de las principales líneas de tendencia y de los problemas prácticos que se pueden suscitar en la subrogación del personal. Todo ello ha permitido también que este estudio no se limite al escrutinio de las cláusulas y de los problemas existentes, sino que ha ido más allá y recoge también propuestas de mejora en diferentes apartados, evaluando la viabilidad jurídico-técnica en cada caso y teniendo en cuenta el doble ámbito de aplicación de nuestras propuestas y líneas de actuación, el legislativo y el propio de los sujetos negociadores.

En el “Informe ejecutivo” que se presenta a continuación se recogen las principales aportaciones y conclusiones que derivan del estudio realizado. Se trata de una síntesis de la investigación que ha llevado a cabo cada uno de los autores que han participado en el estudio. El Informe ejecutivo recoge, por tanto, únicamente las líneas principales que derivan del análisis de la muestra de convenios analizados. Su estudio exhaustivo y completo, con remisiones detalladas a prácticas convencionales concretas o a problemas específicos se recoge en la versión completa de este Informe.

I. LA SUCESIÓN DE EMPRESA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y TIPOLOGÍA

El Capítulo I, que pretende servir de marco conceptual para el desarrollo del resto de la investigación, desempeña un papel fundamental y transversal para el análisis posterior. Su objetivo es analizar, en primer lugar, la regulación legal del fenómeno de la sucesión de empresas para identificar sus características esenciales. Este primer objetivo, a cargo de Profesor D. Pérez del Prado, conlleva el análisis del marco legal aplicable a la sucesión laboral de empresas, así como del papel que la negociación colectiva puede desempeñar. Pero también se analiza el papel que la interpretación judicial ha jugado en la delimitación del concepto de sucesión de empresa que deriva de las previsiones convencionales. En segundo lugar, el profesor L.E. Nores Torres trata de fijar el marco general de la subrogación convencional, desde una perspectiva que atiende al análisis global de las previsiones convencionales. La Profesora Amanda Moreno Solana aborda, a continuación y desde una perspectiva general, la noción de sucesión de plantilla, los elementos que determinan su aplicación y los numerosos problemas aplicativos que la misma suscita. El siguiente apartado, a cargo de la Profesora A. de la Puebla Pinilla, remite al análisis de una cuestión apenas acogida en la práctica negocial, cual es la relevancia que la transmisión de activos inmateriales pueda tener a efectos de apreciar la existencia de sucesión de empresa, cuestión de especial importancia en algunos sectores o actividades, especialmente, aunque no solo, en empresas de última generación, donde ni la plantilla ni los activos materiales son suficientes para dotar de identidad a una entidad económica. Este primer Capítulo se cierra con una valoración de la validez de las cláusulas convencionales que regulan la subrogación desde la perspectiva del derecho de la competencia, a cargo de Profesor J.M. Goerlich Peset.

1. Introducción al estudio del diseño legal y convencional de la sucesión de empresas

Ante los fenómenos, cada vez más frecuentes, de cambios en la titularidad de la empresa, el Derecho del Trabajo tradicionalmente ha reaccionado garantizando la continuidad de las relaciones laborales ligadas a la actividad, em-

presa o centro que se traspa. El objetivo de esta regla general es evitar que las decisiones empresariales que afectan a la estructura de la unidad productiva o a su titularidad determinen la extinción de los contratos de trabajo vinculados a la entidad económica afectada. La finalidad, por tanto, es asegurar la continuidad de los contratos de trabajo y garantizar la preservación de los derechos y obligaciones reconocidos a las personas trabajadoras, pero también, huelga decirlo, que tales decisiones permitan mantener la actividad productiva de la entidad económica afectada.

Dada la trascendencia económica de esta institución, ya en el año 1977 el Consejo Europeo adoptó Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Su versión actual, la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, define la transmisión de empresas como aquella en la que se produce el traspaso «de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio» (art. 1.1 b)). Cuando esto ocurre, sin perjuicio de las garantías que se establecen en el plano colectivo, en el individual se procura que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso sean transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Asimismo, aunque de forma potestativa, «los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso» (art. 3.1).

La transposición de esta Directiva en nuestro ordenamiento jurídico se articuló a través del art. 44 ET. Sin embargo, esta no es una institución nueva en nuestro sistema legal, pues la sucesión de empresa es una figura vigente desde la época de la Ley del Contrato de Trabajo. Sea como fuere, desde la incorporación de España a la entonces Comunidad Económica Europea, la normativa europea y española siempre han estado alineadas en esta materia. Incluso, puede afirmarse que el régimen jurídico laboral de la sucesión de empresa incorpora, respecto de la regulación europea, mayores garantías para los trabajadores, ofreciendo, de este modo, un modelo más garantista y protector del que deriva de la norma europea.

Conforme al citado art. 44 ET, existe sucesión de empresa cuando concurren dos requisitos de forma simultánea: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo se concreta en la existencia de un negocio o hecho jurídico que suponga un cambio en la posición jurídica del empresario. El elemento objetivo alude a la necesidad de que el cambio de titularidad afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

La apreciación del elemento subjetivo no ha generado excesivas controversias. El artículo 44 ET no utiliza una técnica enumerativa de los supuestos de sucesión de empresa que dan lugar a la subrogación del nuevo empresario en la posición contractual anterior, sino que se refiere genéricamente al cambio de titularidad de la empresa o de parte de ella. Lo mismo sucede con el concepto de cesión contractual que emplea la Directiva 2001/23, que debe interpretarse de manera amplia e incluye “cualquier cambio en la figura del empleador” (STJCE de 2 de diciembre de 1999, C-234/98, Asunto Allen). De ahí que la doctrina judicial atribuya capacidad transmisiva a cualquier negocio jurídico o situación que suponga un cambio en la posición jurídica de empresario, al margen de que dicho cambio tenga o no carácter voluntario. Se ha admitido la existencia de cambio de titularidad en supuestos de compraventa, cesión, donación, usufructo, arrendamiento de industria o de negocio, cambio de empresa prestadora de servicios en sucesión de contratistas, reversión tras la finalización de un contrato de prestación de servicios, ejecución hipotecaria de un inmueble en el que se desarrolla una actividad económica. Y, por supuesto, en los casos de modificaciones estructurales de las sociedades en los que se produce la transmisión del patrimonio societario dedicado a una actividad económica, como ocurre en las fusiones, escisiones, fusiones transnacionales o cesiones globales de activo y pasivo.

Ha sido, sin embargo, la delimitación del elemento objetivo la que mayores dificultades y conflictos ha generado en la práctica. Más allá de la delimitación de las nociones de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, -superada desde el momento en que lo relevante es que lo transmitido sea un conjunto de elementos organizados con capacidad productiva que mantiene su identidad después del cambio de titular-, la dificultad reside, precisamente, en identificar cuándo los elementos transmitidos están dotados de esa capacidad productiva y, en particular, en determinar qué elementos son los que dotan de esencialidad o identidad a la unidad económica transmitida. Al respecto, si tradicionalmente la entidad económica se articulaba en torno a elementos materiales, tangibles y físicos -los locales, la maquinaria, el instrumental...- de modo que era la transmisión de estos lo que permitía apreciar la existencia de una sucesión de empresa, la diversidad y pluralidad de empresas que en la actualidad operan en el mercado desarrollando actividades que no precisan de elementos materiales sustanciales, ha determinado una progresiva ampliación de la noción de sucesión de empresa y, en consecuencia, su aplicación en casos en los que la transmisión se produce por la mera continuidad de la prestación de servicios por los mismos trabajadores o por la transmisión de activos inmateriales, sin necesidad de que, en ninguno de estos casos, concurra la transmisión de activos materiales.

A partir de estas premisas y conforme a la regulación actual, el cambio en la titularidad de la empresa produce los siguientes efectos sobre las relaciones laborales, lo que a su vez determina el aseguramiento de ciertas garantías: a) no extingue los contratos de trabajo afectados a la unidad productiva transmi-

tida; b) la nueva empresa queda subrogada en los derechos y obligaciones laborales, incluidos los reconocidos por convenio colectivo durante la vigencia del mismo o hasta la entrada en vigor de uno nuevo, salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión; c) la subrogación alcanza a los derechos de Seguridad Social, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente; d) cedente y cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas y de las nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito; y e) si la empresa, centro de trabajo o unidad productiva mantiene su autonomía tras la transmisión, se mantiene el mandato de los representantes de las personas trabajadoras, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

De este modo, como se anticipaba, la regulación laboral de la sucesión de empresas recogida en el Estatuto de los Trabajadores acoge todas las previsiones exigidas por la Directiva 2001/23/CE y, a la vez, mejora las mismas, al menos, en los siguientes aspectos:

Por una parte, el art. 44 ET garantiza la subrogación y la conservación de los derechos de Seguridad Social, incluyendo, como se ha señalado, los compromisos de pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente, lo que supone una opción expresa por ampliar la protección de los trabajadores en un ámbito que la Directiva no garantiza. Recuérdese que la norma comunitaria establece que “Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros” (art. 3.4.a).

Por otra, el art. 44.3 ET impone la responsabilidad solidaria a las empresas cedente y cesionaria, haciendo uso de la posibilidad que el art. 3.1 de la Directiva ofrece cuando señala que “Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”. Responsabilidad solidaria que, además, como ha confirmado la doctrina judicial del Tribunal Supremo, alcanza no solo a las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo afectados por la sucesión sino también a las referidas a relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión, siempre que hubieran estado afectadas a la entidad económica transmitida (SSTS de 15 de julio de 2003, R^o 1963/2002; 4 de octubre de 2003, R^o 585/2003 y de 5 de junio de 2018, R^o 471/2017). Una garantía,

esta última, que, sin embargo, no juega en el marco de las transmisiones de empresas producidas en el marco de un procedimiento concursal. El art. 221.2 de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) dispone que “El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen”. El art. 224.1.3º Ley Concursal, por su parte, señala que la transmisión de las deudas y obligaciones solo alcanza a “los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”. Ambas previsiones suponen una excepción a la regla que opera en las transmisiones producidas fuera del concurso, de modo que, en el marco concursal, la responsabilidad de adquirente no alcanza a las deudas referidas a contratos de trabajo en los que no se haya subrogado.

Este marco normativo se ha completado con la acción de la negociación colectiva cuyos elementos fundamentales, en una reflexión de carácter general e introductorio, podrían sintetizarse de la siguiente forma:

En primer lugar, la negociación colectiva ha perseguido extender las garantías previstas en el art. 44 ET a supuestos en los que, por unos u otros motivos, no concurren las condiciones exigidas legalmente para apreciar una sucesión empresarial. La negociación colectiva ha sido especialmente activa en los sectores que podrían denominarse “intensivos en mano de obra”, esto es, aquellos en los que la actividad no requiere elementos materiales o inmateriales de modo que el cambio de empresa o entidad que presta el servicio o desarrolla la actividad no implica la transmisión de tales elementos, impidiendo la aplicación de las garantías derivadas de la sucesión de empresas. En estos sectores de actividad, es el convenio colectivo aplicable el que, en muchos casos, impone al nuevo empresario la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo afectados a la actividad o servicio.

En segundo lugar, por lo que respecta al ámbito de aplicación de las normas negociadas sobre subrogación, la regla general es que las cláusulas de subrogación convencional solo son eficaces respecto de los sujetos que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación de los convenios que las incorporan, aunque esta regla ha sido matizada por la interpretación judicial.

En tercer lugar, también con importantes matizaciones jurisprudenciales, la subrogación convencional opera con los requisitos y límites que fija el convenio.

Por último, las normas convencionales, tras imponer la subrogación del personal, frecuentemente han acostumbrado a limitar sus consecuencias, mediante, por ejemplo, la excepción de la regla de la solidaridad contemplada en el Estatuto de los Trabajadores o su limitación; o seleccionando el personal que debía ser subrogado en función de la antigüedad o, incluso, en función del tipo contractual mediante el cual los trabajadores prestan sus servicios en la empresa cesionaria.

En cualquier caso, el régimen jurídico de la sucesión de empresas no puede entenderse adecuadamente con la mera referencia a las normas legales aplicables ni con el estudio de las previsiones convencionales sobre la subrogación de trabajadores. La labor de interpretación e integración del marco jurídico que corresponde a los tribunales ha sido especialmente intensa en relación con la institución de la sucesión de empresa. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como nuestro Tribunal Supremo han contribuido a delimitar el régimen de la sucesión de empresas y el alcance de sus efectos. A este respecto, cabe distinguir tres etapas diferenciadas:

En una primera fase, nuestro Tribunal Supremo interpretó la noción de sucesión de empresa en el sentido de que, para que esta se produjera, era imprescindible, junto al cambio del sujeto explotador de la entidad económica (elemento subjetivo), que se traspasaran los elementos patrimoniales o materiales que configuraran la infraestructura u organización productiva básica (elemento objetivo). Esta interpretación chocó frontalmente con la mantenida por el Tribunal de Justicia en el mismo período, la década de los noventa. A través de una serie de resoluciones bastante próximas en el tiempo [las SSTJCE de 19 de mayo de 1992 (asunto C-29/91, Redmon Stichting), 7 de marzo de 1996 (asuntos C-171/94 y C-172/94, Merckx y Neuhuys/Ford Motors), de 11 de marzo de 1997 (asunto C-13/95, Süzen) y de 10 de diciembre de 1998 (asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal, Satner y Gómez Montaña)], el Tribunal de Justicia dejó claro que existe transmisión de empresa, a efectos de la Directiva, aunque no se haya producido la transmisión de elementos materiales. A pesar de la discrepancia, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo mantuvieron vías paralelas durante toda la década de los noventa debido fundamentalmente a que este último no tuvo oportunidad de manifestarse sobre la sucesión de empresa por transmisión de elementos inmateriales o intangibles.

El paso a la segunda etapa puede identificarse temporalmente con la aprobación de la Directiva 2001/23 y la relevante STJCE de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00, Temco). En España, las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (R° 4424/2003 y 899/2002, respectivamente) marcaron un cambio de rumbo radical en la interpretación sostenida hasta aquel momento por el Tribunal Supremo, que aceptó una revisión de su tradicional doctrina por imperativo del Tratado de la Unión y no sin expresar sus respetuosas «reservas» a la tesis que termina por integrar, esto es, que pueda producirse sucesión de empresas aun sin que se transmitan elementos materiales. Se asume así, a partir de ese momento, la doctrina de la sucesión de plantilla. La incorporación de la doctrina de la sucesión de plantilla derivada de las previsiones convencionales resultaba, no obstante, severamente limitada en la medida en que, conforme a la interpretación judicial, al derivar esta de lo dispuesto en el Convenio colectivo resultaba íntegramente aplicable el régimen jurídico diseñado en el propio convenio, al que se reconocía capacidad para limitar los efectos y consecuencias de la subrogación.

La última etapa, que llega hasta la actualidad, tiene como punto de inflexión la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo), aunque también debe destacarse la STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-194/18, Dodič). En la primera, el TJUE rectifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la segunda etapa, incluyendo bajo el ámbito de aplicación de la directiva las transmisiones empresariales de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal, incluso cuando la sucesión viene ordenada por un mandato imperativo de una norma convencional. Esto implica que esta última se ve desplazada por la regulación legal. Por su parte, el caso Dodič, aunque no altera en lo sustancial lo anterior, sí que ahonda en la interpretación de cómo han de tratarse jurídicamente los supuestos de traspasos de entidades no materiales. En particular, se destaca que «los activos inmateriales [...] participan de la identidad de la entidad económica de que se trata», es decir, la mera transmisión de los mismos puede resultar suficiente para corroborar la existencia de transmisión de empresa o, tomando como referente la sucesión de plantillas, lo que podría denominarse “sucesión de intangibles”.

Esta profunda incidencia de la interpretación judicial en el marco normativo hace que este sea prácticamente ininteligible sin aquella. Tan es así, que los actuales criterios jurisprudenciales no solamente han dejado importantes cuestiones interpretativas abiertas, que los propios tribunales deberán encargarse de resolver en el corto plazo, sino que incluso han dado pie a propuestas de reforma legislativa. Entre las primeras, destaca culminar la doctrina de lo que aquí se ha denominado “sucesión de intangibles”. Por lo que hace a las segundas, la doctrina viene insistiendo en la necesidad de dar cobertura legal a la sucesión de plantillas. Junto a todo ello, la negociación colectiva ha de seguir afrontando el reto de adaptarse a esta evolución jurisprudencial en un entorno social y económico muy cambiante, donde fenómenos como la digitalización generan una profunda alteración de las estructuras empresariales, modificando su fisonomía y trasladando, en muchos casos, su valor esencial a elementos intangibles.

2. La subrogación convencional

Una vez analizada la noción de la sucesión de empresa, delimitada por la acción de la norma legal, de las previsiones convencionales y de la interpretación judicial, se aborda el análisis del tratamiento que la subrogación de contratos de trabajo ha merecido en la negociación colectiva. Se trata, en este momento, de ofrecer una perspectiva que atiende al análisis global de las previsiones convencionales. Ello exige estudiar cuatro aspectos fundamentales.

De entrada, el punto de partida que se adopta es el relativo a la admisibilidad de las cláusulas subrogatorias tanto desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del art. 44 ET, como desde las eventuales fricciones que puedan producirse desde el prisma de la libertad de empresa y el derecho de la competencia, obviamente, este último de forma muy concisa ya que el Estudio incluye

un capítulo específico en el que se reflexiona sobre esta cuestión. Ambas perspectivas de análisis demuestran que, en efecto, nada impide la inclusión de cláusulas subrogatorias en la negociación colectiva de manera que, con carácter general puede afirmarse que el convenio colectivo puede mejorar el régimen de efectos previsto para la subrogación legal, pero también puede ampliar el supuesto de hecho normativo, extendiendo los efectos propios de la transmisión a situaciones, en principio, no previstas en la norma.

En segundo lugar, se analizan los condicionamientos o límites con que se encuentran los sujetos negociadores a la hora de establecer este tipo de cláusulas y que pueden incidir en la eficacia y efectividad de las mismas. Al respecto, de las distintas cuestiones abordadas, las siguientes merecen una atención singular:

Por un lado, la relativa al ámbito aplicativo del convenio colectivo, pues para que las cláusulas subrogatorias resulten operativas es necesario que los sujetos obligados por las mismas estén incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ello, se ha tratado de confeccionar una suerte de “damero maldito” combinando tres elementos distintos (convenio sectorial/convenio de empresa; empresa comitente/empresa contratista; externalización/sucesión de contratas/reversión) que originan distintas posibilidades, sin que en todas ellas la admisibilidad de la cláusula y su valor vaya a ser idéntico.

Por otro lado, las propias previsiones incluidas en las cláusulas convencionales, en la medida en que estas pueden condicionar su aplicabilidad al cumplimiento de determinados requisitos formales o a la concurrencia de determinadas circunstancias en los trabajadores potencialmente afectados por la subrogación. Al respecto, y sin perjuicio del análisis más detallado y casuístico que se efectúa en otro capítulo de Estudio, se llama la atención sobre cómo este tipo de previsiones pueden actuar como condicionantes de la aplicación de las cláusulas convencionales.

En tercer lugar, se aborda el régimen de efectos anudado en el convenio colectivo a las subrogaciones que dicho instrumento impone. Al respecto, el punto de partida ha sido el de la naturaleza de derecho mínimo que tiene el art. 44 ET, lo cual implica que el convenio colectivo podría mejorar el régimen de efectos previsto para la subrogación legal, pero también podría ampliar el supuesto de hecho normativo, extendiendo los efectos propios de la transmisión a situaciones, en principio, no previstas en la norma.

A partir de ahí, ese régimen de efectos podría ser coincidente con el recogido en sede legal o, en algunas ocasiones, más reducido. De hecho, el análisis de la práctica negocial evidencia que no resultan extrañas cláusulas que, por ejemplo, fijan un porcentaje mínimo de plantilla a la que afecta la subrogación (presentes en dieciséis convenios colectivos de la muestra analizada), exigen una determinada antigüedad en el personal (presente en casi doscientos convenios de la muestra), prevén que la cesionaria pueda “seleccionar” a los afectados por la subrogación (presente en once convenios de la muestra), inciden

en el tratamiento de la solidaridad (alrededor de treinta y cinco convenios), aluden al mantenimiento de la antigüedad en la nueva empresa (casi un centenar de convenios) o, en fin, abordan los derechos colectivos (unos ochenta convenios).

Este tratamiento más “restringido” podría plantear dudas sobre la legalidad de este tipo de previsiones convencionales desde la perspectiva de la naturaleza del art. 44 ET como un mínimo de derecho necesario, así como por el juego del criterio de sucesión de plantilla. Con todo, tradicionalmente, tales dudas han sido despejadas a favor de la admisibilidad de este tipo de cláusulas cuando las previsiones del convenio suponen extender las garantías de la normativa estatutaria hacia situaciones de hecho, en principio, no cubiertas por el artículo mencionado, algo que se puede hacer con la misma intensidad a la recogida en dicho precepto o con una intensidad diferente. Este conjunto de afirmaciones, seguramente, ya deberían haber sido objeto de reconsideración como consecuencia de la incorporación por parte del Tribunal Supremo del criterio de la “asunción de plantilla”, procedente de la jurisprudencia europea, pero, sobre todo, deben de serlo hoy en día a raíz de la lectura que de la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo) hizo el Alto Tribunal en sus sentencias de 27 de septiembre de 2018 (R° 2747/2016), de 24 y de 25 de octubre de 2018 (R° 2842/2016 y R° 4007/2016). Así, si por acción del convenio colectivo resulta que la empresa asume una parte significativa de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos, y estamos ante uno de esos ámbitos o sectores en los que la mano de obra tiene una gran relevancia determinante de que se aplique la doctrina de la sucesión de plantilla, habrá que entender que se ha producido una transmisión de empresa que no escapará de las previsiones contenidas en el art. 44 ET.

Así las cosas, por hipótesis, cabe diferenciar las siguientes situaciones.

En primer lugar, cuando estemos ante contratas cuya ejecución no se base en el uso intensivo de mano de obra, sino que, bien al contrario, cuenten con un soporte real (contratas “materializadas”), obviamente la transmisión de los elementos patrimoniales que permitan la continuidad de la actividad determinará que se apliquen las previsiones del art. 44 ET. A falta de dicha transmisión, la subrogación tan solo se producirá si aparece prevista en el convenio colectivo aplicable. En tales casos, el régimen jurídico aplicable no será el derivado del art. 44 ET, sino el que aparezca recogido en el propio convenio colectivo y en los términos que en el mismo se recojan, aunque no alcancen el nivel de garantía y protección que el precepto estatutario ofrece para la sucesión de empresa.

Así, en estos casos, el convenio colectivo podrá fijar límites numéricos y/o formales para que la misma se produzca. Igualmente, podrá limitarse a imponer el mantenimiento del empleo o, diversamente, acompañarlo del reconocimiento de las condiciones que se vinieran disfrutando en la cedente. Asimismo, podrá imponer que la cesionaria se haga cargo de las deudas previas

o, por el contrario, excluir tal responsabilidad. Finalmente, el convenio será libre para imponer o no la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario por las deudas pendientes.

En segundo lugar, si estamos ante contratas cuya ejecución se basa en el uso intensivo de mano de obra y que carezcan de un soporte material relevante para su desarrollo (contratas “desmaterializadas”); en tales casos, al no existir obviamente una transmisión de elementos patrimoniales (por definición, inexistentes), la subrogación en las relaciones laborales no se producirá por la mera sucesión en la actividad, si bien el convenio colectivo podría establecerla. Pues bien, a partir de ahí, cabe imaginar dos variantes que van a incidir de manera decisiva en el régimen jurídico a aplicar.

Por un lado, cabe pensar que las previsiones convencionales tengan un alcance subjetivo “limitado” y que, tras actuarlas, no pueda entenderse que se ha contratado a un volumen relevante de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos; en tales casos, no resultará aplicable el criterio de la sucesión de plantilla y, en consecuencia, el régimen de efectos será el previsto en el propio convenio colectivo de referencia en los términos recién reseñados: de entrada, el convenio colectivo podrá fijar límites numéricos y/o formales para que la misma se produzca. Igualmente, podrá limitarse a imponer el mantenimiento del empleo o, diversamente, acompañarlo del reconocimiento de las condiciones que se vinieran disfrutando en la cedente. Asimismo, podrá exigir que la cesionaria se haga cargo de las deudas previas o, por el contrario, excluir tal responsabilidad. Finalmente, el convenio será libre para extender o no la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario por las deudas pendientes.

Por otro lado, cuando las previsiones convencionales no tengan un alcance subjetivo limitado o, aun teniéndolo, su aplicación determine la asunción de un volumen relevante de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos; en tales casos, resultará aplicable el criterio de la sucesión de plantilla y, por tanto, el régimen de efectos ya no será el previsto en el propio convenio colectivo de referencia en los términos recién reseñados, sino que la subrogación convencional habrá mutado en una subrogación de tipo legal. Así las cosas, las consecuencias serían las siguientes: primero, si el convenio colectivo hubiese fijado límites numéricos y/o formales para que la subrogación tenga lugar, estos resultarán inoperativos; segundo, si el convenio colectivo se hubiese limitado a imponer el mantenimiento del empleo, pero hubiese excluido el reconocimiento de las condiciones laborales que se vinieran disfrutando en la cedente, tal restricción devendrá en inaplicable; tercero, si el convenio colectivo hubiese previsto que la empresa cesionaria no tenía que asumir las obligaciones pendientes, tal exclusión tampoco será aplicable; y, finalmente, si el convenio colectivo hubiese limitado la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario por las deudas pendientes, tal restricción no será aplicable.

En definitiva, el margen de la negociación colectiva respecto las cláusulas subrogatorias tras los últimos estadios alcanzados en la interpretación juris-

prudencial de las mismas se presenta bastante limitado: la posibilidad en sí misma de establecer la subrogación en supuestos no previstos por el texto estatutario permanece inalterada; ahora bien, en cuanto al régimen jurídico aplicable, la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo de la STJUE de 11 de julio de 2018, asunto Somoza Hermo, obliga a diferenciar los escenarios en función de si la aplicación de las previsiones del convenio colectivo determinan o no la existencia de una sucesión de empresa.

3. La sucesión de plantillas. Construcción judicial y aplicación práctica

El art. 44 ET determina en qué casos se produce la sucesión de empresa y cuáles son sus efectos sobre las relaciones laborales afectadas a la misma. Como ya se ha señalado, conforme a tal precepto, existe sucesión de empresa cuando concurren dos requisitos de forma simultánea: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo se concreta en la existencia de un negocio o hecho jurídico que suponga un cambio en la posición jurídica del empresario. El elemento objetivo alude a la necesidad de que el cambio de titularidad afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. En relación al elemento objetivo, resulta imprescindible tener en cuenta las importantes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Más adelante se analizará la doctrina europea sobre transmisión de entidades económicas desmaterializadas, aquellas que no requieren de importantes elementos materiales para el desarrollo y ejecución de su actividad. Pero, sin duda, la primera y principal aportación del Tribunal Europeo en la delimitación de la entidad económica objeto de transmisión remite a la conocida como doctrina de la sucesión de plantilla.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que la Directiva sobre transmisión de empresas resulta también aplicable a los supuestos en que se produce una asunción de la plantilla, cuando estamos ante sectores de actividad en los que los elementos materiales juegan un papel secundario (STJUE 24 de noviembre de 2002, C-51/00, Asunto TEMCO). Para determinar si concurre efectivamente el requisito de que la transmisión tenga por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión. Entre las que se encuentran: el tipo de empresa o centro de actividad, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido la clientela, o, en definitiva, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. En cualquier caso, debe aclararse que no se trata de una lista cerrada, y son elementos que no pueden apreciarse aisla-

damente, sino que habrá que valorar el conjunto de circunstancias de cada caso.

Partiendo de esta premisa, el TJUE sostiene que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, susceptible de explotación autónoma. En consecuencia, la entidad puede mantener su identidad, aun después de la transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Por tanto, en las actividades donde los elementos patrimoniales son marginales y descansan esencialmente en la mano de obra, la sucesión de empresas requiere la incorporación a la nueva empresa del núcleo esencial de los trabajadores que conformaban la plantilla anterior. Doctrina que, no sin iniciales reservas, ha sido ya totalmente asumida por nuestros tribunales (STS de 22 de septiembre de 2016 (R° 1438/2014); STS de 5 de marzo de 2013 (R° 3984/2011), STS de 27 de abril de 2015 (R° 348/2014), STS de 26 de octubre de 2018 (R° 2118/2016).

De la doctrina del TJUE, aceptada y aplicada por nuestro Tribunal Supremo, se pueden extraer una serie de requisitos que deben operar para que se considere la existencia de sucesión de plantillas: el primero de ellos, que se mantenga la actividad por la empresa entrante; el segundo, que la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra; y el tercero, que se produzca una continuidad en la relación con la plantilla preexistente, en términos cuantitativos y/o cualitativos.

Centrándonos en las actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra, debemos partir de la premisa de que esta debe ser esencial para el mantenimiento y desarrollo de la actividad (STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-298/2018, Grafe y Phole). En estos casos, la mano de obra se constituye como la entidad económica necesaria y definidora de la existencia de una transmisión empresarial con todos los efectos subrogatorios del art. 44 ET.

En este sentido, la jurisprudencia ha identificado diversas actividades que, con carácter general y sin perjuicio de eventuales excepciones, resultan intensivas en mano de obra: Acción social e intervención social; asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de discapacitados; asistencia en tierra en aeropuertos (handling); atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; entrega domiciliaria; limpieza de edificios y locales; mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público; regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública; reparto sin direccionar; o, en fin, seguridad y vigilancia. Todas ellas remiten a sectores cuya actividad descansa en la mano de obra, convirtiéndose esta en el activo principal de las empresas.

El tercero de los requisitos ha suscitado importantes problemas interpretativos, en gran medida por el carácter indeterminado e impreciso de la exigencia comunitaria de continuidad de una parte relevante, en términos cuantitativos y cualitativos, de la plantilla.

Por lo que hace al criterio cuantitativo, podemos afirmar que, conforme a la doctrina judicial, cuando la nueva empresa asume a más de la mitad de la plantilla de la empresa saliente, se considera que existe sucesión de plantillas, siempre que se den, obviamente, el resto de requisitos (que se continúe con la misma actividad, y que esta descanse de manera fundamental en la mano de obra). En este sentido, muchos supuestos de los analizados en la jurisprudencia de referencia aprecian sucesión de plantilla cuando la empresa cesionaria asume más de 50% de la plantilla que prestaba servicios para la empresa cedente. Con mayor motivo se aprecia también sucesión cuando se asume a más de 70%.

La cuestión requiere mayor análisis cuando la asunción no alcanza a la mitad de la plantilla. En estos casos el elemento cualitativo –que remite al tipo de trabajadores, su categoría profesional o a las funciones que desempeñan– adquiere una importancia esencial. De este modo, la circunstancia de que la subrogación afecte a un número reducido de trabajadores, inferior al 50%, no determina la automática exclusión de una sucesión de plantilla. En estos supuestos, puede resultar suficiente con el hecho de que se haya asumido una parte significativa de la misma. La dificultad estriba en determinar qué se entiende por “parte significativa de la plantilla”. A estos efectos, algunas sentencias han tenido en cuenta que los trabajadores transmitidos tuvieran facultades directivas o determinadas cualificaciones profesionales, y otros pronunciamientos, los más recientes, atienden a que el personal que se asume por la empresa entrante resulte fundamental para llevar a cabo la prestación del servicio.

Una vez apreciada, atendiendo a los elementos señalados, la sucesión de plantilla, las consecuencias serían las siguientes:

Primera, la nueva adjudicataria no tiene libertad para excluir a alguno de los trabajadores que prestaran servicios en la entidad transmitida, sino que deberá incorporar a toda la plantilla. La existencia de un despido como consecuencia de la finalización de la actividad de la empresa saliente no puede suponer un obstáculo para que esos trabajadores despedidos se incorporen a la plantilla de la empresa sucesora, por lo que estos trabajadores pueden reclamar la incorporación a la nueva empresa o presentar una demanda por despido ante ambas entidades implicadas en la operación, por falta de ocupación. Incluso si hubiera trabajadores despedidos unos días antes de la fecha de la subrogación, deberán considerarse parte de la sucesión de plantillas, cuando se demuestre que el motivo del despido fue la transmisión de la actividad.

Y, segunda consecuencia, se ha de garantizar la totalidad de los derechos laborales que tenían los trabajadores con el anterior empresario. Es por ello que el nuevo empresario se subroga en el cumplimiento de las obligaciones

laborales y de seguridad social que tenía el anterior contratista y que estuvieran pendientes de pago en los términos fijados por el art. 44 ET.

Una de las cuestiones más controvertidas, sobre las que luego se vuelve a lo largo del Estudio con mayor profundidad, es la subrogación convencional y la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas. Basta ahora con recordar que, cuando la empresa entrante ha tenido que aplicar la subrogación por vía convencional, y ello determina la existencia de sucesión de plantillas, se aplicarán los efectos del art. 44 ET y no los establecidos en el convenio colectivo. Es decir, el hecho de que la asunción de una parte de la plantilla derive de lo establecido en el convenio colectivo no impide la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas derivada de la previsiones e interpretaciones de la Directiva 2001/23/CE. Así lo declaró la doctrina europea en su STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17, Somoza Hermo), y así lo ha recogido la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias posteriores a la europea.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el papel esencial que juegan los convenios colectivos en relación con la sucesión de plantilla. Ante la posibilidad de que, en sectores intensivos en mano de obra, la existencia de una sucesión de empresa quede en manos de la libérrima decisión de la empresa que asume la prestación del servicio, son los convenios colectivos los que imponen la subrogación, generando así el supuesto de la sucesión de plantilla. En la prestación de servicios en régimen de contrata es común que los convenios contengan cláusulas de subrogación obligatoria, de forma que las sucesiones empresariales tendrían carácter convencional, a las que se les aplicaría las condiciones y los efectos previstos en el propio convenio colectivo (antigüedad, tipo de contrato, exclusión de la solidaridad, etc.) y no los establecidos en el art. 44 ET. En estos casos, en principio, la subrogación sólo se produce si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que en el mismo se disponen. Sin embargo, cuando en este mismo régimen de contrata, la aplicación de la subrogación establecida en el convenio colectivo determina, de facto, la existencia de una sucesión de plantilla, la regulación convencional, en la medida en que pueda empeorar las condiciones de la transmisión contenidas en el art. 44 ET, debe entenderse no válida, por lo que se terminaría aplicando el régimen del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, cualquier previsión recogida en el Convenio colectivo que limite los derechos que el art. 44 ET reconoce a los trabajadores en el marco de una sucesión de empresas –excluyendo o limitando el reconocimiento de la antigüedad, suprimiendo la solidaridad de cedente y cesionario o dejando fuera de la subrogación contractual a colectivos o categorías de trabajadores, entre otras posibilidades– resultarán inaplicables. Así pues, todos los trabajadores tendrán derecho a incorporarse a la plantilla de la empresa entrante aunque no lo contemple el convenio colectivo, y el nuevo empresario tendrá que asumir todas las obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social respecto de todas las personas trabajadoras.

No puede dejar de advertirse, sin embargo, que esta doctrina que aplica la sucesión de plantilla derivada de las previsiones convencionales, con las con-

secuencias que acaban de señalarse, ha sido objeto de críticas en la medida en que, se ha señalado, la parte empresarial se compromete al mantenimiento de las relaciones laborales en un supuesto en el que la obligación de subrogarse no deriva de la ley, ni de la norma comunitaria. Asume este compromiso adicional, pero lo hace siempre y cuando se cumplan determinados requisitos y con ciertas limitaciones. Mantener la obligación convencional de subrogarse, derivar de ello la aplicación de la Directiva y declarar inoperantes aquéllas cláusulas convencionales que contraríen la norma, presenta un riesgo sumamente preocupante. Si las cláusulas de los convenios colectivos que establecen para el contratista entrante obligaciones de incorporación del personal del anterior contratista se convierten en una vía para que el segundo asuma también todas las responsabilidades laborales y sociales del anterior, incluida la responsabilidad solidaria por deudas anteriores a la transmisión, existe el riesgo de que la negociación colectiva renuncie a la incorporación de cláusulas subrogatorias en estos supuestos, de modo tal que el exceso de protección, logrado mediante la interpretación extensiva del TJUE, ocasionaría la desprotección.

A esta crítica puede, no obstante, responderse advirtiendo que la negociación colectiva puede articular mecanismos para evitar este efecto expansivo de la sucesión de plantilla. En este sentido, no es infrecuente que los Convenios colectivos incorporen cláusulas de salvaguardia para las empresas cesionarias, imponiendo la responsabilidad exclusiva de la empresa saliente por las deudas anteriores a la transmisión. Tales cláusulas operan exclusivamente en las relaciones “ad intra” entre las empresas implicadas en la sucesión, sin anular la garantía que para el trabajador supone la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44.3 ET, pero aportan seguridad a las empresas en relación con el alcance de las obligaciones económicas que asumen en virtud de las previsiones convencionales.

Otro aspecto de la sucesión de empresas que se analiza con detalle en este capítulo del Estudio, con impacto también en la doctrina de la sucesión de plantillas, es el referido a los fenómenos de reversión de actividades anteriormente externalizadas. Desde hace un tiempo se viene observando un fenómeno que se está dando, tanto en las empresas privadas como en las Administraciones Públicas, consistente en eliminar progresivamente las políticas de externalización de muchos servicios que se habían encargado a terceras empresas. En la actualidad, muchas de empresas y, sobre todo, Administraciones Públicas han decidido revertir esos servicios con la finalidad de que sea la propia empresa o Administración la que asuma directamente la gestión directa de los mismos. Es por ello que empiezan a aparecer problemas e interrogantes en los supuestos de reversión sobre la integración de las personas asalariadas de la empresa contratista que deja de prestar servicio, y sobre las condiciones en las que se debe producir esta integración. A este respecto, cabe concluir que la doctrina sobre la sucesión de plantillas se deberá aplicar cuando concurren los elementos y requisitos que el Tribunal Supremo ha establecido.

En este concreto aspecto es preciso poner de manifiesto algunas de las situaciones particulares que pueden producirse como consecuencia de la asun-

ción por la empresa principal de los servicios que estaba prestando una contratista, cuando se dan los requisitos para que haya sucesión de plantillas.

Primero, si no se asume por parte de la principal la plantilla de la contratista, cuando la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra, no se producirá el fenómeno de la sucesión de plantillas (STJUE de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09, Clece). En otros casos, habrá que estar a la situación concreta y valorar si se transmiten elementos patrimoniales y si ello puede conllevar la aplicación del art. 44 ET. A estos efectos también se debe tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial no tiene en cuenta la propiedad de los elementos patrimoniales, infraestructuras, materiales, instalaciones, etc., de forma que, si esos elementos fueran de la principal, que en su momento cedió a la contrata, y ahora con la reversión, vuelven a su posesión, estaremos ante un caso de subrogación empresarial legal.

Segundo, si la empresa principal reasume el servicio en un supuesto que podría ser considerado sucesión de plantillas por cumplir con los requisitos, y los trabajadores de la contratista siguen prestando servicios para el nuevo titular de la empresa sin que nadie les haya advertido de la finalización de sus contratos, o les haya informado sobre las circunstancias del cambio, se considera que existe una sucesión de plantillas por asunción tácita del personal. Así ha ocurrido en casos donde la principal era la Administración Pública, pero la conclusión es perfectamente trasladable a los casos en los que la empresa principal sea una empresa privada. La inacción por parte de la principal lleva a la conversión de la transmisión en una sucesión de plantillas.

Tercero, el Tribunal Supremo ha considerado, como consecuencia de la doctrina del TJUE, que cuando se produce una sucesión de plantillas como consecuencia de la reversión del servicio, las personas trabajadoras deben integrarse en la principal con las mismas condiciones laborales que tenían en la contrata.

4. Activos inmateriales y sucesión de empresa. Un reto para la negociación colectiva

Como ya se ha señalado, la determinación de si ha existido o no sucesión de empresa requiere, conforme a reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la valoración del conjunto de circunstancias que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y, en fin, la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Esa pluralidad de factores o elementos a tomar en cuenta para calificar o no el supuesto como transmisión de empresas ha servido al Tribunal Europeo, para elaborar la doctrina de la sucesión de plantilla.

Pero el potencial de la valoración conjunta de todas las circunstancias trasciende a los supuestos de sucesión de plantilla y permite apreciar la existencia de una sucesión de empresas en supuestos en los que la unidad productiva descansa no ya en elementos materiales y patrimoniales ni en la plantilla de trabajadores, sino en otro tipo de elementos que son los que, a la postre, dotan de identidad a la entidad económica en cuanto son tales elementos los que resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad económica de modo que es su transmisión la que determina la existencia de una sucesión de empresa. El objetivo es no solo identificar cuáles pueden ser esos elementos inmateriales y el tipo de actividades o empresas que descansan esencialmente en los mismos, sino también el tratamiento que, en su caso, están recibiendo en la negociación colectiva desde la perspectiva de la subrogación del personal empleado en las mismas.

El concepto de empresa del que parte el art. 44 ET y en torno al cual se ha elaborado la doctrina judicial de la sucesión de empresas remite a una entidad material, física, tangible. Pero la tendencia hacia la ingravidez empresarial pone en cuestión el alcance que se ha dado tradicionalmente a este precepto. Es evidente que la delimitación del elemento objetivo que integra el presupuesto de hecho de este precepto, y que remite, como ya se ha dicho, a la exigencia de que el cambio de titularidad afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, no puede prescindir de las características que en cada momento acompañan a la empresa. La interpretación del art. 44 del ET debe adaptarse al momento en que se aplica lo que implica un esfuerzo por adecuar el concepto de empresa o entidad económica a esta nueva realidad.

En este sentido, hay ya pronunciamientos judiciales, tanto a nivel europeo como nacional, en los que el factor determinante para apreciar o no la transmisión reside precisamente en elementos distintos a los materiales o personales. La clientela, el know how o activos intangibles asumen progresivamente un papel cada vez más relevante a efectos de determinar o no la aplicación del art. 44 ET.

Son significativos, al respecto, diversos pronunciamientos judiciales en los que el elemento determinante para apreciar la transmisión de empresa resulta ser la clientela (significativamente, la STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-194/2018, J. Dodic contra Banka Koper). Tales pronunciamientos constituyen ejemplos interesantes en el sentido de que aprecian que la transmisión de clientela, por sí misma, puede determinar una sucesión de empresa, incluso en supuestos de actividades que requieren una importante infraestructura u organización de elementos materiales, especialmente cuando se trata de clientela cautiva (STSJ País Vasco, de 7 de enero de 2021, R° 1453/2020). En otros casos, el mantenimiento de los principales clientes del empresario ce-

dente constituye un elemento relevante a valorar, junto con otros concurrentes, para apreciar la sucesión de empresas (STSJ Baleares, de 12 de diciembre de 2017, R^o 445/2017).

Junto a ello, en nuestra doctrina judicial, la transmisión de elementos inmateriales se ha considerado constitutiva de una sucesión de empresa en el caso de constitución o transmisión de una franquicia. En su contenido típico, el contrato de franquicia no incluye la transmisión al franquiciado de los bienes materiales que éste puede precisar para desarrollar la actividad económica franquiciada. En efecto, a través de esta modalidad contractual, el empresario franquiciador cede al empresario franquiciado todos los elementos inmateriales de una empresa que han producido el éxito de la misma (goodwill). Desde esta perspectiva, el cambio del titular de la franquicia no puede sino calificarse como un cambio en la titularidad del conjunto de medios organizados necesarios para llevar a cabo una actividad empresarial. Y ello porque al delimitar el contenido del paquete de franquicia, el franquiciador está incluyendo todos aquellos bienes inmateriales que considera esenciales y, en muchos casos suficientes, para desarrollar con ellos una actividad empresarial. Así lo han reconocido numerosos pronunciamientos judiciales que han calificado, en diversas ocasiones, la transmisión de una franquicia como un supuesto de sucesión de empresa (SSTSJ de Madrid, de 16 de julio de 2012, R^o 2285/2012, y de 26 de enero de 2015, R^o 850/2014).

Por su parte, otros elementos intangibles o inmateriales —como puede ser el know how, aplicaciones o programas informáticos— adquieren progresivamente relevancia para valorar, en una visión de conjunto, la existencia de sucesión empresarial—. En general, la doctrina judicial analizada revela que, en la mayoría de los casos, la transmisión de estos elementos inmateriales constituye un elemento más, no el único, para valorar la existencia o no de la transmisión de una entidad económica. Solo de forma excepcional es posible encontrar supuestos en los que la transmisión de elementos inmateriales, —en el caso concreto diversas aplicaciones, productos informáticos y ficheros digitales— es, por sí misma, determinante de la sucesión de empresa. Ello ocurre significativamente, aunque no solo, en el sector de agencias de viajes, donde diversos pronunciamientos judiciales han advertido que la actividad de estas empresas no descansa en la mano de obra pues requiere disponer de unos medios tecnológicos y una red de mayoristas con los que materializar los viajes que ofrecen al público (STSJ País Vasco, de 17 de diciembre de 2013, R^o 2121/2013). En estos casos, lo determinante para apreciar la sucesión de empresa es precisamente que se transmitan estos elementos inmateriales, al margen de que se hayan transmitido o no activos materiales o que haya continuidad en la prestación de servicios por las personas trabajadoras.

Finalmente, debe señalarse que los cambios que se están produciendo en el tejido productivo están determinando la aparición de entidades empresariales que, bien por la actividad que desarrollan, bien por los medios que usan para su prestación, se alejan del modelo o tipo clásico de empresa física, tangible. Se ha dicho que la base tecnológica constituye el nuevo patrimonio

empresarial. En estos casos, es la transmisión de esa base tecnológica lo que determina la transmisión de la empresa. La relativa novedad del fenómeno, que podría afectar a las empresas que operan sobre la base de plataformas digitales, determina que no conozcamos todavía pronunciamientos judiciales al respecto.

En todo caso, no puede dejar de advertirse como, cuando se trata de identificar la sucesión de empresa a partir de la transmisión de clientela o de otro tipo de intangibles, incluido el algoritmo que constituya la base del negocio, no siempre es fácil delimitar la sucesión de empresa por referencia exclusiva a estos factores. No puede olvidarse, al respecto, que normalmente detrás de la tecnología, los sistemas informáticos o los algoritmos existen importantes equipos de personas destinadas, precisamente, a dar soporte, desarrollo y mantenimiento a dichas realidades. Los elementos personales siguen estando en la base de las empresas tecnológicas. No es extraño, por ello, que en la doctrina judicial se aprecien supuestos en los que la sucesión deriva no solo de la transmisión de archivos y programas digitales sino también de la continuidad de los trabajadores cuyos conocimientos y especialización son imprescindibles para desarrollar la actividad.

Finalmente, por lo que se refiere a la capacidad de la negociación colectiva para incidir en la sucesión de empresa en sectores como los que se han identificado, el estudio realizado permite considerar que solo excepcionalmente los convenios colectivos toman en consideración este tipo de elementos intangibles para considerar que su transmisión constituye un supuesto reconducible al art. 44 ET. Sin duda, la razón se encuentra en que son escasos los convenios colectivos que regulan sectores que descansan primordialmente en factores tecnológicos o digitales.

Con todo, es posible encontrar convenios colectivos que, atendiendo a las especialidades del sector, imponen la subrogación cuando se produce la pérdida de un negocio en favor de otra empresa del mismo sector o cuando se produce la transmisión de una cartera de clientes. Es el caso, por ejemplo, del Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022 (BOE 7 de enero de 2020), que prevé que en caso de que se produzca la cesión de la gestión de una cartera de seguros, “las relaciones laborales del personal que aportaba su trabajo en la gestión de la cartera serán automáticamente asumidas por la persona, física o jurídica, que pase a responsabilizarse, o a ser titular, de la gestión de dicha cartera, sin que se produzca ninguna modificación en tales relaciones por tal hecho”.

Al margen de estos casos, la negociación colectiva no ha incorporado todavía previsiones dirigidas a garantizar la continuidad de la plantilla en empresas cuya organización productiva descansa en activos inmateriales o intangibles. No obstante, el análisis de la doctrina judicial ha permitido apreciar que en algunos casos de transmisión de elementos inmateriales -clientela, know-how, sistemas operativos... - se ha entendido que los conocimientos, habilida-

des, especialización o know-how de la plantilla resultaban imprescindibles para el desarrollo de la actividad económica, de modo que la mera transmisión de los activos no sería suficiente para garantizar la continuidad de la actividad. En estos casos, según la doctrina judicial, la apreciación de una transmisión de empresa requiere que la actividad continúe siendo desarrollada por un nuevo operador no solo con los mismos bienes sino también con la misma plantilla. Para estos supuestos, las previsiones convencionales clásicas de subrogación de personal o sucesión de plantilla pueden resultar suficientes.

Pero hay, sin duda, otros casos en los que, atendiendo al valor de los inmateriales —plataformas digitales, programas informáticos, sistemas operativos...— y a la escasa cualificación del personal empleado, la transmisión de aquellos puede constituirse en el único o principal criterio para apreciar la existencia de una sucesión de empresa. En estos ámbitos, muchos de ellos todavía no ocupados por la negociación colectiva sectorial, el convenio colectivo podría jugar un papel esencial para garantizar la protección de los trabajadores.

Tampoco debe descartarse el potencial papel de la negociación colectiva para delimitar en negativo los supuestos en los que la mera externalización o transmisión de una actividad determina la aplicación del régimen de sucesión legal de empresas. Tarea de interés especialmente para proteger a las personas trabajadoras ante operaciones empresariales estratégicas en las que la apreciación o no de sucesión descansa en factores inmateriales. Sin perjuicio de que el convenio colectivo no puede imponer la inaplicación del régimen legal de la sucesión de empresas cuando concurren las condiciones legales, sí tiene capacidad para aportar garantías a las personas trabajadoras afectadas para el caso de que, como ha ocurrido en la práctica judicial, se declare una efectiva sucesión de empresa.

Para finalizar, debe recordarse que la tarea pendiente para la negociación colectiva remite también a la incorporación de cláusulas subrogatorias que garanticen la estabilidad en el empleo de los trabajadores en empresas de base algorítmica, imponiendo la subrogación cuando se produzca, por cualquier vía, la transmisión del algoritmo.

5. Subrogación convencional y derecho de la competencia

Aunque la incorporación de cláusulas subrogatorias es habitual y frecuente en la práctica negocial, no puede dejar de señalarse que las mismas han sido ocasionalmente cuestionadas desde la perspectiva del derecho de la competencia. Ciertamente, no han sido muchos los episodios de conflicto entre el derecho a la negociación colectiva y la legislación de defensa de la competencia, pero, sin duda, las cláusulas convencionales que imponen la subrogación contractual han sido uno de sus aspectos centrales. De hecho, en este terreno se observa cierta tensión en los diferentes ámbitos interpretativos implicados.

En el derecho europeo, aunque la jurisprudencia del TJUE ha aceptado que no cabe discutir las reglas sobre transmisión de empresa con base en la disciplina del mercado, se ha mostrado también reacia a aceptar que quepa extenderlas más allá de la Directiva 2002/23/CE. Paradójicamente, existen pronunciamientos que las aplican con normalidad, en el marco del criterio de la sucesión de plantilla previsto en los convenios colectivos.

En el derecho interno, en nuestro país y en el de los sistemas de nuestro entorno, se reproducen estas tensiones. Tanto en Italia como en Francia se han formulado dudas respecto a la viabilidad de estas cláusulas, sobre todo en los casos en los que su eficacia se pretende extender con carácter general. El conflicto en España muestra por su parte cierta disparidad de opiniones. La autoridad nacional de la competencia, aparte otras actuaciones, ha tramitado varios expedientes sancionadores para este tipo de cláusulas. Sin embargo, existe una larguísima experiencia de pacífica aplicación de ellas por los órganos de la jurisdicción social. Históricamente su cuestionamiento desde la perspectiva de la normativa antitrust ha sido marginal. Pero recientemente se ha planteado de forma directa ante el Tribunal Supremo, y este ha descartado que contradigan la legislación de defensa de la competencia (STS de 12 de mayo de 2021, R^o 177/2019).

En línea de principio, esta aproximación parece la correcta. En términos generales, no vulneran la legalidad competencial las cláusulas de los convenios que imponen la subrogación en los contratos de trabajo y en sus condiciones en los casos en los que la normativa legal no resulta aplicable. Por un lado, aunque tradicionalmente se han movido en un espacio normativo vacío, en los últimos tiempos se ha producido la recepción de la categoría en la legislación positiva (cfr. arts. 15.5 ET, desde la reforma de 2010, y 130.1 Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público). Las propias cautelas manifestadas por el legislador en relación con la estiba al limitar temporalmente la posibilidad de incluirlas en este sector (art. 4.1 RDL 9/2019) parecen ya abandonadas (cfr. arts. 18.4.c] y 18.5 Ley 14/1994, en la redacción que les da la Ley 4/2022).

Por otro lado, con independencia de esta fundamentación formal, no parece fácil excluir que las cláusulas subrogatorias se encuentren amparadas por los principios interpretativos que regulan la interacción entre derecho a la negociación y defensa de la competencia. Su conexión con la estabilidad en el empleo y con la conservación de los derechos de los trabajadores las sitúa en el terreno de la “búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”, lo que permite excluir, con base en la llamada doctrina Albany, que entre en conflicto con los imperativos derivados de la defensa de la competencia. En este sentido, cabe destacar que la subrogación convencional se sitúa en la misma línea que la normativa europea y nacional en materia de transmisión de empresa, como ha señalado tanto la jurisprudencia europea como la de nuestro Tribunal Supremo.

Las propias autoridades españolas de la competencia lo han reconocido expresamente, sin perjuicio de las reticencias que han manifestado hacia este

tipo de cláusulas en algunas resoluciones. De estos pronunciamientos restrictivos podría sacarse la impresión de que de algún modo se cuestiona la eficacia general de este tipo de cláusulas ya que la negociación no podría afectar “directamente a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores”. Existen, sin embargo, buenas razones para excluir esta interpretación, tanto desde una perspectiva general, como en relación específicamente con la subrogación convencional. La sola afectación a los competidores no parece suficiente para considerar que las cláusulas subrogatorias sean contrarias al derecho de la competencia: de la jurisprudencia europea y de la de nuestro Tribunal Supremo cabe deducir que los efectos anticompetitivos solo son relevantes cuando producen una ruptura de la igualdad entre competidores.

La admisibilidad general de las obligaciones convencionales de subrogación puede ser, en fin, objeto de matización en ciertos casos. En primer lugar, se ha tendido a matizar el principio en los casos en los que se pretende proyectar la cláusula subrogatoria sobre empresas que no entran en la unidad de negociación del convenio correspondiente. Ahora bien, la evolución interpretativa de los órganos del orden social de la jurisdicción ha ido introduciendo salvedades a la aplicación de este criterio, dando paso a supuestos en los que el convenio que la incluye se aplica fuera de su ámbito natural. Al margen, sin embargo, de los criterios jurídico-laborales que se apliquen, es preciso notar que estas salvedades persiguen precisamente garantizar la igualdad entre los competidores por lo que no parecen contrarios a las normas antitrust.

Un segundo matiz se relaciona con el posible uso abusivo o desviado de la subrogación convencional para convertirla en una verdadera arma frente a los competidores. Pero en este tipo de casos, que ocasionalmente se reflejan en las bases de datos, el efecto anticompetitivo no resulta del mecanismo subrogatorio sino más bien de las conductas que se producen alrededor de su puesta en marcha. No estaría en juego pues su legitimidad sino solo la de estas últimas, que podrían ser valoradas bien como abusivas, en los términos del art. 7.2 CC, o directamente como conductas prohibidas por el art. 1.1 LDC. Sin embargo, la sola posibilidad de esta utilización desviada no justificaría la ineficacia de la cláusula convencional.

Por último, las reticencias expresadas frente a las cláusulas subrogatorias, por las autoridades de la competencia y por los propios competidores afectados, se relacionan fundamentalmente con la falta de transparencia de su funcionamiento. Esta falta de transparencia resulta, a veces, del déficit de información necesaria para que todos los empresarios que aspiran a la prestación del servicio se encuentren en la misma situación. En otros casos, lo que se ha valorado es el mecanismo de determinación de los trabajadores y, en concreto, la objetividad que la preside, en relación con la cantidad de efectivos que deben subrogarse y con su designación. Una y otra pueden hacer desaparecer la adecuada proporción en la subrogación y colocar con ello en desventaja a determinados competidores.

Desde la perspectiva de la configuración de las cláusulas subrogatorias, estas consideraciones tienen, por supuesto, precisas consecuencias, que pueden traducirse en recomendaciones para los sujetos negociadores de los Convenios colectivos.

Por una parte, la necesaria previsibilidad de las obligaciones de los competidores requiere, de entrada, el establecimiento de mecanismos informativos adecuados y aconseja seguramente la previsión de los efectos de su incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. En este último terreno, puesto que, desde la doctrina Somoza Hermo será difícil evitar el efecto subrogatorio, cabrá pensar en la previsión de específicas responsabilidades por daños para el empresario saliente. Se hace preciso, de otro lado, el establecimiento de mecanismos adecuados para la determinación de los trabajadores afectados, tanto por lo que se refiere a su número como en relación con su concreta asignación. En el primer terreno, es necesario evitar las desviaciones entre los efectivos necesarios para la prestación del servicio y aquellos para los que el convenio impone la subrogación. En el segundo, parece necesario prever la posibilidad de conductas desviadas de las empresas y establecer mecanismos para evitarlos o prever sus consecuencias.

II. SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Capítulo II del Estudio se abre con un análisis del impacto de la estructura de la negociación colectiva sobre la regulación de las cláusulas subrogatorias, elaborado por el Profesor J.R. Mercader Uguina. El análisis de la distribución de competencias entre los convenios sectoriales, de ámbito estatal y autonómico, y los convenios de empresa en la materia referida a la subrogación sirve de marco general para analizar, a continuación, y con más detalle, los problemas que plantea el ámbito funcional y de afectación de las cláusulas subrogatorias, especialmente en relación con su aplicabilidad a las empresas multiservicios y a los centros especiales de empleo, tarea acometida por el Profesor R. Moll Noguera. El último apartado, a cargo del Profesor L. Gordo González, aborda la validez y efectos de las habituales previsiones convencionales que determinan la aplicación de la subrogación también cuando es la Administración Pública la que aparece como sucesora en la prestación de un servicio o actividad, en particular en los casos de reversión de servicios públicos previamente externalizados.

1. Estructura de la negociación colectiva y subrogación convencional

La subrogación convencional o ex convenio opera cuando se produce una sucesión de las empresas prestadoras de servicios, normalmente en los casos de sucesión de contratas, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características. En estos casos, normalmente la sucesión laboral no se produce en aplicación de lo establecido por el artículo 44 ET, sino que se producirá —o no— de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación.

Es el nivel sectorial el ámbito paradigmático en el que se residencia el diseño y definición de este tipo de cláusulas. No sorprende por ello que sean también los convenios de este nivel los que, al encargarse de diseñar marcos articulados de negociación, se ocupen de manera especial de esta materia dadas las importantes consecuencias que, desde los más diversos órdenes, tiene la aplica-

ción de la técnica subrogatoria. Puede decirse, de este modo, que las reglas relativas a la subrogación ocupan un papel capital en el diseño de la estructura de la negociación colectiva de los sectores que recogen esta singular institución.

Los convenios sectoriales son pues los que, en numerosas ocasiones, se encargan de diseñar el ámbito propio de la subrogación y, lo que es más importante a efectos de nuestro estudio, a reservarse dicha materia a la hora de concebir la articulación distributiva de materias entre los distintos niveles de negociación cuando los citados convenios cumplen la función racionalizadora del tejido convencional del referido ámbito. Dicha posibilidad se encuentra abierta por expreso mandato del art. 83.2 ET.

En efecto, el Estatuto de los Trabajadores permite construir a la autonomía colectiva sistemas de negociación articulada en diferentes niveles, siendo el convenio marco el instrumento o vértice ordenador de la negociación de los niveles ulteriores. Sobre esta base, los acuerdos estatales, negociados conforme a lo dispuesto en el art. 83.2 ET, podrán incluso afectar a los convenios de ámbito inferior, incluyendo los convenios autonómicos o provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.1 ET, salvo la prioridad aplicativa de las materias listadas en el art. 84.2 ET de los convenios de empresa, grupos de empresa o empresas en red.

Existen numerosos ejemplos de convenios sectoriales en los que se materializa esta posibilidad, reservándose el convenio estatal la regulación de la subrogación. Así ocurre, por ejemplo, en el V Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos o en el V Convenio General del sector de la construcción, que se reservan la regulación del régimen subrogatorio y excluyen su negociación en ámbitos inferiores.

La inobservancia por los ámbitos inferiores de negociación de estas reglas de reserva material que ciñe la materia de la subrogación convencional a los niveles estatales de negociación abriría un supuesto de concurrencia conflictiva ex artículo 84 ET, que debería resolverse con la anulación del precepto o preceptos que han procedido a regular una materia que está vedada. Y ello porque lo relevante en un sistema de negociación colectiva articulada es la limitación que experimenta la libertad de contratación de los convenios de ámbito inferior, que no pueden invadir la esfera de competencias de los de ámbito superior.

No obstante, cabe precisar que la situación en que quedaría el convenio que entrase a regular los contenidos competenciales reservados al convenio sectorial estatal sería la de su «ineficacia aplicativa» o de «mera inaplicabilidad» en aquellas concretas cláusulas convencionales que entrasen en contradicción con la reserva material establecida.

La reserva de la subrogación por parte del convenio sectorial estatal ha planteado, en diversas ocasiones, problemas de articulación entre los espacios estatal y autonómico de negociación. El art. 84.3 ET permite la aplicación concurrente de un convenio colectivo de Comunidad Autónoma que afecte a

lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 ET, que haya sido acordado por sujetos legitimados (art. 87 ET) y que cumplan los requisitos de mayoría exigidos por el art. 88 ET para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación (y no por la simple mayoría de cada una de las dos representaciones exigida por el art. 89.3 ET).

A la anterior regla se añade una limitación de contenido material. De este modo, y salvo que resultase de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2 ET, no podrán ser objeto de negociación en los referidos convenios de Comunidad Autónoma las siguientes materias (art. 84.4 ET): periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y movilidad geográfica.

El art. 84.3 ET cierra las posibilidades de inaplicación de la regla “prior in tempore” del art. 84.1 ET al ámbito autonómico, lo cual comporta, por una parte, una reducción de las oportunidades de descentralización de la negociación colectiva y, por otra, una incentivación de las fórmulas centralizadoras en la negociación colectiva.

Como se apuntaba, en los últimos tiempos se viene observando una cierta lucha entre los niveles de negociaciones estatales y de Comunidad Autónoma a la hora de establecer marcos territoriales propios de actuación, un conflicto que ha tenido su principal campo de batalla precisamente en la regulación de la subrogación. Buen ejemplo es la controversia entre el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería (ALEH V) y el Acuerdo Interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco (AINCPV) (STS 25 de abril de 2019, R° 40/2018). El sector de la restauración colectiva (III Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva) ofrece también un ejemplo de la ordenación por parte de convenio estatal de la regulación de la subrogación de personal en niveles inferiores.

Finalmente, el análisis de la regulación de la subrogación desde la perspectiva de tipo de convenio, requiere plantearse abiertamente la cuestión de si hay sitio para los convenios de empresa en materia de subrogación convencional.

La práctica pone de manifiesto la existencia de convenios de ámbito empresarial (si bien no de forma masiva) que incluyen las referidas cláusulas. Aunque es cierto que en muchas ocasiones éstos se limitan a reproducir lo dispuesto por el de sector, en una suerte de reafirmación de su aplicación a la empresa, en otros casos su contenido es sustantivo.

Al respecto, la doctrina más cualificada ha venido declarando que el convenio colectivo que regule la subrogación ha de ser necesariamente sectorial,

puesto que el de empresa superaría su propio ámbito funcional de aplicación. Esta es la posición que ha mantenido tradicionalmente el Tribunal Supremo (STS 28 de octubre de 1996, R° 566/1996) y que ha refrendado recientemente (STS de 18 octubre de 2022, R° 248/2021).

Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que pueden quedar espacios para que los convenios colectivos de empresa incorporen cláusulas de este tipo bien que siempre formuladas como auto obligaciones por la empresa. Es claro que un convenio de empresa no puede establecer una cláusula subrogatoria que vincule a terceros, pero ello no impediría que un convenio de este ámbito incorpore cláusulas en las que sea la propia empresa firmante la que se compromete, cuando sucede a otra, a subrogarse en los contratos que mantenía aquella con sus trabajadores. También en el seno de los grupos de empresas pueden encontrarse fórmulas de estabilización del empleo que imponen la subrogación cuando se producen operaciones que supongan el traspaso de trabajadores entre las empresas que integran el Grupo (Acuerdo Marco de Garantías del Grupo Endesa).

En definitiva, aunque el sectorial es el ámbito funcional paradigmático para la regulación de cláusulas subrogatorias, los convenios de empresa y de grupo conservan ciertos espacios, aun limitados, para hacer funcional la referida regla de subrogación.

2. Ámbito de aplicación del convenio y empresas vinculadas por la subrogación convencional

En relación con la subrogación convencional, una de las cuestiones de mayor complejidad es la referida al ámbito de sujetos vinculados y obligados por las cláusulas de subrogación incluidas en los Convenios colectivos o, si se prefiere, a la posibilidad de aplicar la obligación de subrogación convencional a sujetos no incluidos en el ámbito funcional del Convenio colectivo que incorpora el deber de subrogación de los contratos de trabajo.

A tales efectos, debe partirse, como regla general, de que, de conformidad con el principio de correspondencia entre el ámbito funcional del convenio sectorial y la representatividad de las asociaciones empresariales negociadoras, las cláusulas subrogatorias fijadas a nivel sectorial solamente afectarán, en principio, a las empresas que estén debidamente incluidas en dicho ámbito.

En este sentido, en la muestra de los convenios colectivos analizados se observa que es frecuente hallar cláusulas subrogatorias, especialmente en los convenios de las actividades por excelencia descentralizadas, que tratan de garantizar la estabilidad en el empleo imponiendo a la empresa principal la obligatoriedad de asumir a la plantilla destinada a la anterior contrata en caso de recuperar la gestión de dicha actividad. En la mayoría de los convenios, estas cláusulas solo operan si la empresa principal destina personal de nueva contratación a desarrollar las actividades de la contrata recuperada. Pero tam-

bién es posible encontrar cláusulas generales sin esta condición, esto es, en las que la obligación de subrogación no se condiciona al hecho de que el personal sea de nueva contratación. Asimismo, estos convenios suelen incorporar cláusulas subrogatorias que incluso van más allá de la empresa principal en supuestos de reversión y extienden su alcance para los casos en que la empresa que ha recuperado la actividad para prestarla directamente decida, en el futuro, volver a externalizar la actividad recuperada. Este último tipo de cláusulas contemplan una modalidad subrogatoria que podríamos denominar sucesión discontinua de contrata interrumpida por la reversión de la actividad durante un lapso temporal determinado, cuyo destinatario es la futura empresa contratista. En todos estos casos, desde el punto de vista del ámbito de aplicación del convenio, su validez quedaría incólume si la empresa principal o ambas contratistas, la antigua y la futura entrante, se rigieran por el mismo convenio colectivo sectorial. En caso contrario, no estando la empresa principal dentro del campo de aplicación del convenio sectorial o si a la nueva contratista no le resulta de aplicación dicho convenio sectorial por ser una empresa tercera ajena al mismo, difícilmente se le podrá exigir la aplicación de estas previsiones subrogatorias.

Por otro lado, tal y como se apuntaba anteriormente, es posible identificar convenios de empresa que han incorporado obligaciones subrogatorias destinadas a la empresa principal que decide recuperar la gestión directa de una actividad previamente externalizada. En este caso, no estaríamos ante un conflicto de sobrerepresentación y exceso del ámbito funcional del convenio colectivo, sino ante el libre ejercicio del derecho a la negociación colectiva por parte del titular individual empresario quien se obliga a través del acuerdo convencional a incorporar a la plantilla de la empresa contratista que, hasta ese momento, venía prestando —para la empresa negociadora del convenio— el servicio o actividad.

En relación con las empresas multiservicios, como se sabe, tras una evolución jurisprudencial cambiante, y con el actual marco legal del art. 42.6 ET, el convenio aplicable es el determinado por el principio de la especificidad de la actividad de la contrata. No obstante, cuando la empresa contratista cuenta con su propio convenio, el citado precepto impone su aplicación para regular las condiciones laborales de los trabajadores de la contratista. Tal previsión no alcanza, sin embargo, a la subrogación habida cuenta de que las cláusulas subrogatorias por su propia naturaleza han de estar contempladas en un convenio sectorial para desplegar efectos *ad extra*. Esto significa que la circunstancia de que la empresa multiservicios cuente con su propio convenio colectivo no impide la aplicación de la obligación de subrogación prevista en el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata.

En los convenios sectoriales recogidos en la muestra analizada, se aprecian con frecuencia dos tipos de cláusulas que tratan de afectar a las empresas multiservicios: por un lado cláusulas específicas en materia de subrogación que extienden el ámbito de aplicación del convenio sectorial en esta materia a

todas las empresas que realicen una concreta actividad de las contempladas en el mismo, aunque realicen otras actividades diferentes y, por otro lado, cláusulas más genéricas que expresamente incluyen en el ámbito funcional del convenio a las empresas multiservicios y, por tanto, les afecta también la regulación sobre el fenómenos subrogatorio prevista en dicho convenio.

En cuanto a la legalidad de este tipo de cláusulas, la principal duda que plantean se refiere, precisamente, a la legitimación de las organizaciones empresariales firmantes de dichos convenios para representar también a las empresas multiservicios. En este sentido, no resulta extraño encontrarse pronunciamientos judiciales que rechazan estos intentos de frenar la actuación de las empresas multiservicios al considerar que los negociadores carecen de la legitimación suficiente para negociar en nombre de estas empresas por no ostentar su representatividad. Como ejemplo reciente cabe citar la SAN de 13 de octubre de 2021 (Proc. 169/2021) en la que se declara la nulidad parcial del Convenio sectorial de mataderos de aves y conejos por incluir en su ámbito funcional a empresas y trabajadores no representados en la Comisión Negociadora, como las empresas multiservicios cuando realicen algunas de las actividades incluidas en el ámbito funcional. Seguramente lo más prudente, por ocioso, sería no incluirlas expresamente en la medida en la que el convenio colectivo sectorial les resultará aplicable a las empresas multiservicios por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y por imperativo legal del art. 42.6 ET, que parece estar pensado a propósito para este supuesto.

Por otro lado, los negociadores sectoriales pueden recanalizar su pretensión de asegurar la aplicación de los costes sectoriales a todas las empresas evitando el dumping social gracias a las cláusulas de equiparación que obligan a las empresas principales y no naturalmente a empresas terceras no incluidas en ese ámbito de aplicación. Estas cláusulas se dirigen única y exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio sectorial, quienes se obligan a garantizar que los trabajadores que prestan servicios en empresas contratistas o subcontratistas disfrutarán de todas o algunas de las condiciones laborales fijadas en el convenio sectorial, estableciéndose como principal garantía que los empresarios principales respondan subsidiaria o incluso solidariamente de dichas obligaciones. De este modo, estas cláusulas no predeterminan cuál es el convenio colectivo aplicable a empresas terceras contratistas o subcontratistas, que no están incluidas ni pueden estarlo en el ámbito funcional del convenio, pero sí logran superar las eventuales consecuencias de competencia desleal que puede provocar los procesos de externalización a través de empresas multiservicios. Aunque dichas cláusulas rozan o pueden friccionar con la libertad de empresa y el libre mercado por su efecto de expulsión, se garantiza de modo indirecto que las empresas multiservicio apliquen condiciones del convenio sectorial, cuando no estén ya de por sí obligadas a ello, al haber asumido dicho compromiso en el plano contractual con la empresa principal. Esta opción intermedia ha sido avalada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de marzo de 2020 (R° 209/2019) y 12 de febrero de 2021 (R° 2839/2019).

Situación parecida se plantea respecto de los Centros Especiales de Empleo (CEE), pues al igual que ocurre con las empresas multiservicios, estos también enfocan su actividad económica a través de la realización de servicios auxiliares externalizados por otras empresas. Y en relación con el convenio aplicable, como se sabe, disfrutaron de un régimen propio a tenor de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 10 de octubre de 2010 (R° 806/2010). En efecto, el convenio sectorial propio de la actividad desarrollada en la contrata solo resultará de aplicación en lo que tenga que ver con la subrogación empresarial, sin que el CEE esté afectado por el resto del convenio. En todo lo demás se aplicará, según las reglas de concurrencia, el convenio colectivo específico para los CEE. Doctrina recogida definitivamente en la DA 27ª ET. Ello conduce a plantearse cuál es la virtualidad de las cláusulas sobre sucesión de empresas previstas en los diferentes convenios específicos propios de los CEE, pues estas no resultarán aplicables conforme acabamos de ver al regir sobre la materia el convenio del sector en el que se integran y desarrollan la contrata. Seguramente su relevancia operará ad intra, en relación con sus propios trabajadores y, en el supuesto muy peculiar, cuando la empresa principal también sea un CEE, tal y como confirma la STS de 30 de marzo de 2022 (R° 2375/2020).

Si ponemos el foco en los convenios analizados, constatamos que al igual que ocurría con el caso de las empresas multiservicios nos encontramos con cláusulas, aunque poco frecuentes, que incluyen a los CEE en su ámbito de aplicación funcional o cláusulas más específicas en materia de subrogación empresarial que hacen referencia a este tipo de empresas.

Sobre la validez de las primeras, se vuelve necesario recordar que los CEE no están representados por las partes negociadoras de dichos convenios, careciendo el banco patronal por tanto de la representatividad y legitimación negociadora necesaria para poder afectar a este tipo de empresa. Es más, el propio art. 21 del Real Decreto 1368/1985 de 17 de julio, prevé una legitimación propia para los convenios de ámbito superior a la empresa, que solo podrán ser negociados por las asociaciones que pudieran contar con idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común por el art. 87 ET, es decir, que cuenten con el 10% de los empresarios de los CEE, siempre que den ocupación al 10% de los trabajadores afectados por el mismo. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra en la sentencia de 23 de septiembre de 2014 (R° 50/2013), cuyo objeto litigioso era, precisamente, la impugnación de una cláusula de esta naturaleza. A mayor abundamiento, tras la reforma legal del año 2021, este tipo de cláusulas serían contrarias a la DA 27ª del ET.

Por el contrario, la validez de las cláusulas sectoriales en torno a la subrogación empresarial que afectan o se refieren expresamente a los CEE no parece plantear tantas dudas, a pesar de que el convenio colectivo no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. En efecto, estas cláusulas respetarían la doctrina analizada del Tribunal Supremo que, en síntesis, decla-

ra aplicable a los CEE el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata en lo que tiene que ver con el mecanismo subrogatorio. A pesar de su validez, seguramente este tipo de cláusulas resulten ociosas, en la medida en la que los CEE están obligados a respetar y aplicar el convenio sectorial en atención a la doctrina del Tribunal Supremo referida. Cuestión más dudosa es si los negociadores fueran más allá de hacer referencia expresa a los CEE y pactasen una regulación diferenciada en materia de subrogación para los CEE. Ninguno de los convenios analizados ha dado este paso, seguramente estas cláusulas diferenciadoras supondrían un exceso de la legitimación negocial y, por tanto, su invalidez.

3. Subrogación convencional y sector público

Otra de las cuestiones que se analizan en el estudio es la relativa a la eventual vinculación de las empresas y organismos que integran el sector público respecto de las cláusulas de subrogación previstas en los convenios colectivos sectoriales.

Este análisis requiere hacer dos precisiones previas. En primer lugar, es necesario concretar las fronteras del propio concepto de sector público y, en segundo lugar, debe examinarse el alcance y los límites de las cláusulas convencionales en relación a dicho sector.

En relación con la primera cuestión, el sector público está compuesto por una pluralidad de entes tales como fundaciones públicas, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Entidades Públicas Empresariales o sociedades públicas mercantiles, entre otros. Dentro de dicho sector podemos ubicar a las Administraciones Públicas en sentido estricto, conformadas a su vez por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, o las Entidades que integran la Administración Local, entre otros. Estas Administraciones, por tanto, son solo una parte del sector público.

Respecto de la segunda cuestión, las partes negociadoras de un convenio colectivo no disponen de una libertad absoluta para determinar su ámbito de aplicación. Existe ya una pacífica jurisprudencia que impide aplicar a la Administración Pública —tal y como la hemos definido previamente— el resultado de la negociación colectiva sectorial.

Es importante resaltar que los límites a la aplicabilidad de la negociación colectiva sectorial solo resultan de aplicación para la Administración en sentido estricto. El resto del sector público sí está sometido al sistema de fuentes que regula las relaciones laborales. Ello supone, por tanto, que las empresas públicas y el resto de entes bajo control público, pero sometidos al derecho privado, deben entenderse afectados por las reglas establecidas en la negociación sectorial, incluidas aquellas normas que impongan o condicionen la subrogación.

Hechas estas precisiones iniciales, el análisis de la muestra seleccionada de convenios colectivo permite constatar que, de aquellos convenios que incorporan una regulación propia sobre la subrogación del personal, algo más del 53% han previsto cláusulas específicas sobre la delimitación de las empresas a las que se aplican dichas cláusulas.

Atendiendo a este factor, las cláusulas convencionales se pueden clasificar en tres grupos, de distinta relevancia cuantitativa: 1º) Las que han previsto y regulado la subrogación del personal afectando con distinta intensidad a las Administraciones Públicas; 2º) Las que regulan la sucesión de contratistas de la Administración como empresa principal; 3º) Aquellas que excluyen expresamente de su aplicación a la Administración.

El primer grupo de cláusulas es un grupo heterogéneo en el que podemos identificar a su vez tres tipos de cláusulas. Las que incluyen entre los sujetos destinatarios a las Administraciones Públicas, las que lo amplían al sector público y, finalmente, las que utilizan una redacción ambigua.

En cuanto a las cláusulas que tratan de vincular a la Administración Pública en el sentido estricto que ha sido delimitado anteriormente, podemos constatar que se encuentran de forma muy habitual. Sobre todo, este tipo de disposiciones se introducen en los convenios del sector de la limpieza y el transporte. Quizás esta presencia mayoritaria en estos sectores se pueda deber a que precisamente en estos la subcontratación de la Administración Pública es muy frecuente y, por tanto, también lo es el cambio de contratistas privados que prestan sus servicios para la misma e incluso la reversión de dichas contratistas. Ello parece haberse traducido en una clara preocupación de los agentes sociales negociadores por obligar a la Administración a asumir las plantillas de los trabajadores para garantizar su estabilidad en el empleo.

No obstante, como se ha indicado, la repetición de este tipo de cláusulas colisiona con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha reiterado que no es admisible que la negociación colectiva sectorial, en la que la Administración no ha formado parte, pueda incluir mandatos obligatorios dirigidos a esta. Por consiguiente, deben entenderse ineficaces y nulas todas aquellas normas convencionales que imponen la subrogación del personal cuando la Administración Pública opta por la reversión de contratistas y la prestación directa de los servicios previamente externalizados.

Dentro del primer bloque de cláusulas, en segundo lugar, es posible identificar también un número muy relevante de disposiciones convencionales que ordenan la subrogación del personal en las reversiones efectuadas por el sector público, definido en términos generales. La importancia cuantitativa de este grupo de convenios está impulsada por los sectores de la construcción y el de aparcamiento y zonas reguladas, en los que son absolutamente mayoritarias. Ello quizás se deba a que ambas actividades son también típicamente desarrolladas y subcontratadas por el sector público, pero quizás en mayor medida a través de empresas públicas. De ahí que los agentes negociadores se hayan es-

forzado en tratar de pactar un régimen jurídico adecuado para regular la subrogación de plantillas.

En este grupo es posible encontrar dos tipos de convenios. En primer lugar, convenios que expresamente se refieren a las empresas públicas y otros entes. En este caso, pudiera parecer razonable sostener la necesidad de diferenciar entre aquellas empresas públicas que prestan sus servicios en condiciones de igualdad en el mercado, que deberían quedar sometidas exclusivamente al Derecho del Trabajo, de aquellas otras que operan como un ente instrumental, dominadas completamente por la Administración, que deberían ser tratadas como lo que son, un instrumento más de la Administración pública. Sin embargo, como se ha avanzado, el criterio vigente del Tribunal Supremo es que a todas las empresas públicas —tanto las que prestan sus servicios en condiciones de igualdad en el mercado, como aquellas otras que operan como un ente instrumental— les resulta de aplicación el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. Por ello, estas cláusulas convencionales resultan plenamente válidas y podrán condicionar la subrogación del personal en estas compañías. En segundo lugar, existen otros convenios que en términos más amplios incluyen al sector público en general, incluida la Administración Pública en sentido estricto. En este caso, podría parecer a priori que estas cláusulas están contaminadas e imponerse su nulidad, al afectar también a la Administración. Sin embargo, debe sostenerse la validez y corrección de las mismas, siempre que su ámbito de aplicación se entienda limitado al sector público al margen de las Administraciones Públicas en sentido estricto. Por tanto, las cláusulas acordadas tendrán validez, pero solo para disciplinar la subrogación de personal cuando esta afecte a las empresas públicas, con los mismos límites y consecuencias que las cláusulas ya analizadas que solo contemplan su aplicación a dichas empresas.

Finalmente, es el primer bloque de cláusulas encontramos aquellas que presentan una redacción ambigua. Que a pesar de no referirse expresamente ni al sector público, ni a la Administración Pública en sentido estricto, dada la amplitud de su redacción podrían entenderse incluidas tanto las Administraciones como las empresas públicas. En este caso, como acabamos de indicar, las cláusulas serán correctas bajo la premisa de que estas solo permiten su aplicación a las empresas públicas, pero no a las Administraciones Públicas.

El segundo grupo de convenios colectivos por volumen cuantitativo es el que aglutina a aquellos que contienen cláusulas convencionales que pretenden regular la sucesión de plantillas en procesos de cambio de contratistas que prestan sus servicios para la Administración Pública. Por ello, son habituales en sectores en los que la Administración suele recurrir a la gestión indirecta o a la colaboración público-privada, como, por ejemplo, la gestión de tributos, la ayuda a domicilio o la gestión de aparcamientos.

Las cláusulas de este segundo grupo, por tanto, no vinculan a la Administración, sino que regulan la subrogación del personal cuando la empresa prin-

cial es la Administración Pública o los entes que conforman el sector público en términos más generales. En este sentido, las cláusulas son correctas y admisibles. Obviamente, siempre y cuando solo se entiendan afectadas empresas privadas que entren dentro del ámbito funcional y territorial de dichos convenios colectivos.

Finalmente, el último bloque de Convenios que incluyen cláusulas que regulan la subrogación de personal afectando a la Administración suponen solo algo más del 2% del total de la muestra. La exclusión de la Administración se realiza con diferentes fórmulas. La más habitual de ellas es en realidad la menos problemática, pues se limita a excluir la aplicación de las cláusulas subrogatorias en aquellos casos de externalización de servicios decidida por el propio sector público, salvo que este esté sometido al derecho privado, en cuyo caso sí les resultarían de aplicación. La aclaración, en realidad, puede parecer innecesaria pues dada la inamovilidad del personal funcionario y el carácter permanente del personal laboral de la Administración, que no puede ser objeto de traspaso a un nuevo empleador y, por tanto, dichas cláusulas no parecen aportar nada nuevo a la regulación legal. Más relevantes son las cláusulas que excluyen de su ámbito de aplicación a la Administración y a las empresas públicas. En estos casos, como hemos indicado, la exclusión de las Administraciones Públicas es adecuada a la estructura de la negociación colectiva y a la interpretación pacífica realizada por el Tribunal Supremo de ella. Sin embargo, los agentes sociales negociadores sí podrían incluir de forma legítima a las empresas y otros entes públicos sometidos al Derecho del Trabajo dentro del ámbito de aplicación. No es posible estar seguro de si dicha omisión se pueda deber a una mala comprensión de los límites a los que están sometidas las cláusulas convencionales para afectar al sector público o a un deseo de los agentes sociales de no vincular a las empresas y entes de titularidad pública. En cualquier caso, más allá de la justificación detrás de la omisión, lo relevante es que los agentes sociales podrían perfectamente modificar dichas cláusulas e incluir a las empresas y entes públicos. La única excepción que en ningún caso pueden incluir es la de las Administraciones en sentido estricto consideradas.

Estrechamente vinculado con lo anterior, el estudio analiza aquellos supuestos en los que la normativa de contratación pública contempla la posibilidad de que se pueda imponer a la Administración Pública la subrogación del personal. En este sentido, la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), introdujo, en su artículo 130, un “régimen laboral propio en materia de sucesión empresarial” en el entorno del sector público.

La Ley ha introducido dos importantes cambios en esta materia. En primer lugar, la nueva redacción dada al artículo 130 LCSP termina definitivamente con las posibles dudas interpretativas que surgieron sobre el artículo 120 del anterior texto en materia de contratación pública. Así, la nueva LCSP

recoge de manera clara la jurisprudencia que había sostenido la imposibilidad de que la Administración incluyera en los pliegos de condiciones la obligación de subrogar al personal en los supuestos de cambio de contratistas, salvo que la misma venga impuesta por el art. 44 ET o por el convenio colectivo sectorial aplicable. En segundo lugar, se ha alterado el régimen previsto para aquellos casos en los que la Administración decida proporcionar directamente la prestación de un servicio. En este caso, el apartado 3 del artículo 130 LCSP contempla que la Administración pueda avocar la prestación de un servicio y subrogarse en la posición del anterior empleador privado cuando así lo contemple una norma legal o un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Esta cláusula merece varias precisiones. En primer lugar, su ámbito subjetivo queda limitado a las Administraciones Públicas, por tanto, las empresas públicas y el resto del sector público no se ven constreñidas por dicha limitación. En segundo lugar, la LCSP recoge dos posibles vías para que la Administración resulte obligada a incorporar el personal de la empresa a la que sucederá en la reversión de la actividad: que una Ley lo establezca o que lo haga la negociación colectiva. La opción legal es desde luego una opción ineludible, teniendo en cuenta que el criterio pacífico del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo ha sido incluir a las Administraciones Públicas en el ámbito de aplicación de la Directiva 20021/23/CE y del art. 44 ET. En cuanto a la incorporación por mandato convencional, la subrogación del personal será obligatoria si así lo establece un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Como hemos apuntado anteriormente, la negociación colectiva sectorial no resulta de aplicación a la Administración Pública, por no haber participado de la misma. Por tanto, los convenios o acuerdos contemplados por la LCSP solo podrán ser los que puedan suscribirse por la propia Administración con la representación de los trabajadores y que prevean o incluyan la subrogación del personal.

En la muestra seleccionada solo dos convenios hacen alusión de forma expresa a la obligación de incorporar personal fruto de la oportunidad prevista en el artículo 130.3 LCSP. Un número tan exíguo contrasta con la preocupación que los agentes sociales muestran al incorporar cláusulas que tratan de vincular a la Administración. Es cierto que dicho silencio puede ser debido a que los agentes sociales interpretan que las cláusulas que contemplan la subrogación obligatoria, analizadas previamente, cumplen esta función encomendada por el artículo 130.3 LCSP. Sin embargo, debe advertirse que tanto aquellas cláusulas que expresamente se remiten al artículo 130.3 LCSP, como las que imponen la subrogación sin dicha remisión, devienen inaplicables pues se incluyen en convenios colectivos que no pueden vincular a la Administración. Recordemos que el Tribunal Supremo sostiene la no aplicación del convenio sectorial a la Administración Pública en supuestos de sucesión o reversión de contratistas.

Ahora bien, si ello es así, cabe preguntarse qué sentido podría darse al apartado tercero del artículo 130 de la LCSP. En este sentido, la opción que

debe defenderse es que la Ley de Contratos del Sector Público habilita ciertamente a la negociación colectiva a imponer a la Administración la subrogación del personal cuando se opte por la reversión de actividades desarrolladas previamente por entidades privadas, pero dicho compromiso puede recogerse solo por la negociación colectiva dentro de cuyo ámbito funcional se encuentre la propia Administración. Es decir, aquellos convenios o acuerdos en los que sea parte la propia Administración. Aunque son excepcionales, es posible encontrar algunos ejemplos de acuerdos y convenios que, al amparo del artículo 130.3 LCSP, sí constituyen un instrumento legítimo para vincular a la Administración e imponer la subrogación del personal que hasta el momento de la reversión estuviera prestando sus servicios para un operador económico.

III. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA SUBROGACIÓN

El estudio analiza, en su Capítulo III, los requisitos formales impuestos por los convenios colectivos para que opere la subrogación al amparo de la norma convencional. En primer lugar (Profesora C. Aragón Gómez) se aborda el estudio de los requisitos documentales, de información y de procedimiento que los convenios colectivos acostumbran a exigir como condición para que opere la subrogación, valorando las consecuencias que derivan de su incumplimiento. A continuación, el Profesor P. Gimeno Díaz de Atauri se detiene en el análisis de los criterios de selección del personal afectado por la subrogación, clasificando las principales prácticas convencionales al respecto. El estudio continua con una revisión, realizada por el Profesor V. Sánchez de Olmo, de las previsiones convencionales sobre conservación y garantía de los derechos individuales de los trabajadores subrogados, con la finalidad de valorar no solo el alcance y contenido de las normas convencionales en esta materia sino también su validez y la posible eficacia de tales cláusulas cuando limitan los derechos previstos en el art. 44 ET. Finalmente, el Estudio concluye con el análisis, a cargo de la Profesora P. Nieto Rojas, de las cláusulas convencionales referidas a los derechos de la representación colectiva, tanto los referidos a la continuidad del mandato representativo como los relativos a sus derechos de información y consulta.

1. Exigencias y condiciones para que opere la subrogación convencional: Requisitos documentales, de información y procedimiento

Tal y como se ha señalado con antelación, en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera —por ese solo hecho— la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET. Precisamente por ello, en aquellos sectores productivos en los que es habitual la prestación de servicios en régimen de contrataciones, los convenios colectivos suelen incorporar cláusulas de subrogación obligatoria. Y es frecuente que estos convenios impongan a la empresa saliente determinadas

obligaciones documentales, con el propósito de informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social. Concretamente, del total de convenios colectivos de la muestra que contienen alguna previsión sobre la subrogación del personal en términos distintos a los establecidos en el art. 44 ET, un 83% imponen a las empresas afectadas obligaciones documentales o de carácter informativo.

Con carácter general, puede advertirse que, como es obvio, las principales obligaciones de este tipo recaen sobre la anterior adjudicataria del servicio que es la que, hasta ese momento, tiene a las personas trabajadoras en plantilla. No obstante, algunos convenios colectivos imponen a la empresa entrante la obligación de comunicar a la saliente su condición de nueva adjudicataria del servicio. Y en ocasiones incluso se prevé que si la empresa entrante no cumple dicha obligación deberá subrogarse en todo el personal afectado de forma automática y sin más formalidades.

Entrando en el análisis más específico de los convenios colectivos, puede afirmarse que la inmensa mayoría de los convenios que contienen cláusulas de subrogación convencional imponen a la empresa saliente obligaciones formales como, por ejemplo, comunicar a la nueva adjudicataria del servicio la obligación de sucederle en su posición de empleador o facilitarle determinada documentación, a través de la cual se persigue uno de estos tres fines: a) acreditar que la persona trabajadora cumple los requisitos exigidos en el convenio para que la empresa entrante tenga la obligación de colocarse en la posición de nueva empleadora; b) relacionar los datos de identificación de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación, así como sus concretas condiciones laborales; y c) confirmar que la empresa saliente se encuentra al corriente en el pago de las obligaciones que traen su causa en el contrato de trabajo. A este respecto, sorprende que la documentación exigida en los convenios suela ser siempre la misma, con independencia del cuál sea el concreto alcance de lo convenido; es decir, al margen de si, por convenio, la nueva adjudicataria está obligada a subrogarse en todos o en parte de los trabajadores, de si respeta en su integridad o parcialmente el contenido del contrato, o de si asume (o no) alguna responsabilidad con respecto a las deudas anteriores a la transmisión.

Se advierte, en relación con el concreto contenido de esta documentación, que numerosos convenios colectivos mantienen la referencia a documentos ya obsoletos (como el libro de matrícula o los TC-1 y los TC-2). También se advierte una escasa o inexistente preocupación por la minimización de datos, sin limitar la información que debe entregarse a la empresa entrante exclusivamente a los datos relacionados con las personas trabajadoras afectadas por el cambio de empresario que resulten imprescindibles para el mantenimiento de las relaciones laborales y para la conservación de los derechos.

Con respecto al concreto contenido de esta documentación, convendría que los futuros convenios colectivos suprimieran las referencias realizadas a

documentos ya obsoletos (como el libro de matrícula o los TC-1 y los TC-2) y que respetaran en todo caso el principio de minimización, de manera que la información entregada a la empresa entrante se limitase a los datos relacionados con las personas trabajadoras afectadas por el cambio de empresario e imprescindibles para el mantenimiento de las relaciones laborales y para la conservación de los derechos.

De otro lado, y por lo que respecta a los documentos a través de los cuales se pretende confirmar que la empresa saliente se encuentra al corriente en el pago de las obligaciones que traen su causa en el contrato de trabajo, los convenios suelen exigir la entrega de los boletines de cotización correspondientes a las últimas mensualidades. Y de modo complementario, se suele solicitar el certificado de descubiertos en materia de Seguridad Social y, más excepcionalmente, el certificado de estar al corriente de las obligaciones tributarias. Pues bien, conviene tener presente que los certificados de la Tesorería General de la Seguridad Social expresamente advierten que no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad alguna. Y además únicamente indican si existen o no existen reclamaciones frente a la empresa por deudas ya vencidas. Pero el hecho de que no se haya formulado reclamación alguna contra la empresa no significa necesariamente que esta no tenga deudas, ni siquiera que dichas deudas no sean líquidas y exigibles: “puede significar sencillamente que el acreedor, por una u otra razón, no ha decidido aún reclamar su cumplimiento” o no está en condiciones de reclamar. En síntesis, el efecto liberatorio de los certificados emitidos por la TGSS es más que cuestionable.

Precisamente por ello, sería necesario que reglamentariamente se otorgara plena eficacia a los certificados de descubierta de la TGSS, pues ello permitiría a las empresas interesadas conocer la responsabilidad que, en materia de cotizaciones, pueden asumir con respecto a los trabajadores en cuyos contratos deban subrogarse. Pero mientras esta modificación reglamentaria no se produzca, convendría explorar fórmulas novedosas, como la contenida en el Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que imputa a la empresa saliente la obligación de poner a disposición de la empresa entrante un aval bancario por importe equivalente a seis meses de salario y cuota empresarial de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación.

De la muestra analizada, se desprende que algunos convenios colectivos incorporan el mandato a la empresa que cesa en el servicio de comunicar a la representación legal de las personas trabajadoras la pérdida del servicio y el nombre de la nueva empresa adjudicataria. De forma más excepcional, se reconoce a los representantes de la empresa saliente el derecho a acceder a la misma documentación que aquella ha puesto a disposición de la empresa entrante. No obstante, convendría que este derecho igualmente se reconociera a los representantes de los trabajadores de la empresa cesionaria, teniendo en cuenta que el cambio de empresario puede conllevar en la práctica la extinción del mandato representativo.

Las obligaciones informativas y documentales previstas en las cláusulas de subrogación convencional han planteado especial litigiosidad con respecto a los efectos derivados de su incumplimiento. Y en respuesta a esta cuestión, debemos tener en cuenta que la solución depende de las concretas circunstancias del caso, por lo que no es posible ofrecer una única solución aplicable con carácter general. En primer lugar, porque ante el incumplimiento de las obligaciones de información y documentación por parte de la empresa saliente, la sucesión “se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida” (STS de 17 de septiembre de 2012, R° 2693/2011). Y, en segundo lugar, porque si estamos ante una sucesión de plantillas, en la práctica será irrelevante lo que disponga el convenio, pues la regulación convencional se verá desplazada por lo establecido en el art. 44 ET.

En la práctica, un 60% de los convenios que contienen cláusulas de subrogación convencional no prevén las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de la empresa saliente de este requisito de carácter meramente formal. Por su parte, dentro de los convenios que sí recogen los efectos de esta inobservancia podemos distinguir, a su vez, dos grupos: a) los convenios colectivos que mantienen indemnes los derechos de los trabajadores; y b) los convenios que prevén consecuencias —sin duda perjudiciales— para los trabajadores (que ninguna responsabilidad tienen con respecto al incumplimiento de la empresa saliente). En el primer bloque se encontrarían aquellos convenios que advierten de forma expresa que la empresa entrante no se puede oponer a la subrogación en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viniere obligada. En el segundo bloque, se encontrarían aquellos convenios colectivos que expresamente condicionan la aplicación de la cláusula de subrogación al efectivo cumplimiento de las obligaciones formales.

Pues bien, a este respecto es importante recordar que el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la validez de las cláusulas convencionales conforme a las cuales el deber de subrogarse queda enervado por el total incumplimiento de las obligaciones informativas y documentales. Sólo en supuestos de incumplimiento parcial, la Sala de lo Social ha modulado su doctrina para mantener la obligación de subrogarse cuando se ha entregado la documentación imprescindible, necesaria y suficiente para entender cumplidos los deberes que la norma convencional impone. Ello conduce a considerar que, si los sujetos negociadores quieren asegurar la subrogación de los contratos de trabajo, deberían limitar los efectos del incumplimiento de estas obligaciones de aportación de información y documentación desde la empresa saliente a la empresa entrante, fijando las consecuencias exclusivamente en la relación entre las empresas, y dejando indemnes a los trabajadores que, en cualquier caso, tendrían derecho a ser subrogados.

2. Criterios convencionales sobre selección de trabajadores afectados por la subrogación

Los convenios colectivos que establecen sistemas u obligaciones en materia de subrogación de plantillas acostumbran, en numerosos casos, a establecer reglas que limitan el impacto de los deberes del cesionario. Tales reglas se materializan en la fijación de criterios de selección respecto de los trabajadores a subrogar. Se trata, obviamente, de supuestos en los que el convenio no prevé la subrogación de la totalidad de la plantilla, sino que fijan criterios que permiten al nuevo titular de la actividad económica seleccionar a las personas trabajadoras en cuyos contratos se va a subrogar.

Estos criterios pueden ser más o menos amplios, en el sentido de otorgar un mayor o menor margen de elección de las personas que efectivamente se incorporarán a la nueva empresa y cuáles permanecerán vinculadas a la originaria. Debe tenerse en cuenta que la obligación de subrogación tiene una tutela limitada, pues básicamente limitará sus efectos a la responsabilidad por la extinción del contrato de trabajo. Por ello, salvo que concurran causas de nulidad o la opción se atribuya a la persona trabajadora (como en el caso de la representación legal de los trabajadores) la discusión sobre la procedencia o no de la subrogación se convertirá, desde una perspectiva práctica, en la determinación de cuál de las dos empresas, cedente o cesionaria, asume el abono de la indemnización por extinción.

El punto de partida en esta materia debe ser que la transmisión de una entidad económica determina, ex art. 44 ET, la subrogación por parte de la empresa cesionaria en el conjunto de derechos y obligaciones laborales de las personas trabajadoras que, en el momento de la transmisión, estuvieran vinculadas a la empresa cedente. Esta afirmación puede resultar una obviedad para el lector en este punto del Estudio, pero constituye un punto de partida ineludible. Es necesario recordar aquí que, de conformidad con la doctrina derivada de la STJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/2018, Somoza Hermo), si se asume una parte sustancial de la plantilla en el caso de se haya transmitido una “entidad económica (...) que descansa fundamentalmente en la mano de obra”, con independencia de que dicha asunción se haya producido por imperativo legal o convencional, resulta de aplicación íntegramente la Directiva 2001/23/CE, y consecuentemente todo el régimen legal de protección sobre el conjunto de la plantilla.

Por ello, no es posible, en la mayor parte de los casos, determinar una respuesta automática a la pregunta de cuál es el régimen jurídico legal o convencional aplicable, sino que habrá que atender a las concretas circunstancias de la actividad que cambia de empresa.

Debe destacarse, por tanto, que son dos cuestiones distintas las que pueden afectar al impacto real de una cláusula convencional que determine qué personas se verán incluidas y excluidas de la obligación de la empresa que asume la prestación de determinado servicio. Por una parte, la cláusula convencional re-

lativa a los criterios de selección —como cualquier otra del convenio— puede ser esencialmente contraria a derecho, lo que determinará su nulidad y en consecuencia su inexistencia jurídica. Por otra, el criterio puede ser perfectamente válido, pero inaplicable a casos en los que el mandato legislativo establece un régimen mayor de tutela, no dispositivo para los negociadores, por haberse producido una transmisión de la unidad económica en los términos antes expuestos.

Por lo que se refiere a la primera cuestión señalada —referida a los límites a que queda sometida la negociación de los criterios de selección— el punto de partida para este análisis es necesariamente el límite de cualquier convenio para establecer diferencias en un mismo convenio colectivo. La naturaleza normativa del fruto de estos acuerdos determina, en aplicación de la doctrina constitucional, la interdicción de tratamientos arbitrariamente diferenciados para situaciones iguales. Es decir, el derecho a la igualdad (art. 14 CE) resulta de aplicación a la negociación colectiva, aunque modulado por la garantía institucional que supone la autonomía colectiva (art. 37 CE). Lógicamente, para que los agentes sociales, con la legitimación representativa que les exige el sistema y la posición constitucional que les reconoce el art. 7 CE, puedan llevar a cabo una verdadera negociación con autonomía, es imprescindible que puedan establecer en cada ámbito las condiciones de trabajo (en amplio sentido) que estimen pertinentes.

En consecuencia, el parámetro primero para la evaluación de la validez de las cláusulas que determinen la exclusión (automática o potencial) de determinadas clases de personas trabajadoras será el análisis del factor que lo determina en relación con el resultado que produzca. Así, como se afirma con cita de abundante jurisprudencia anterior en la STC 27/2004, de 4 de marzo, “el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”.

En segundo término, será preciso determinar si se ha empleado un criterio que, sin ser discriminatorio, resulta simplemente arbitrario, lo que determinará la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

Por último, deberá evaluarse si existe algún incumplimiento normativo, si la cláusula choca con algún precepto imperativo del ordenamiento jurídico, tales como la prohibición de trato desfavorable de trabajadores temporales (art. 15.6 ET) o con contrato a tiempo parcial (art. 14.4 ET). No puede olvidarse que la naturaleza normativa del convenio colectivo no lo excluye de la aplicación del principio de jerarquía normativa. Es claro que no puede apartarse de normas imperativas de rango superior, como son las disposiciones legales y reglamentarias del estado y, eventualmente, de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Entrando en el análisis de las cláusulas recogidas en los convenios colectivos de la muestra analizada que se refieren o incorporan criterios de selección respecto de la plantilla subrogable, puede identificarse la siguiente tipología:

En primer lugar, cláusulas que delimitan la parte subrogable de la plantilla. En los términos expuestos, no es de extrañar que no sea particularmente frecuente en los convenios colectivos modernos la inclusión de cláusulas cuantitativas o cualitativas que limiten la selección del personal afectado por la misma. No obstante, sí que se han detectado en la muestra algunos supuestos —marginales— en los que se prevé que, operando la subrogación, esta no tiene un impacto sobre la totalidad de la plantilla de la empresa que viniera ejecutando el servicio. Con carácter general, por tanto, o no se indica la parte de la plantilla subrogada —lo más frecuente— o expresamente se indica que será la totalidad de la misma. En otros, simplemente se indica cuál es la unidad económica, al vincular la adscripción de los trabajadores a la actividad transmitida.

En sentido opuesto, otros convenios exigen la subrogación en porcentajes predeterminados (se ha detectado hasta un 60% de las personas trabajadoras (elegidos por la nueva empresa subcontratista) que hayan sido contratadas para la actividad subrogada; resulta claro, en estos casos, que se entra de lleno en el núcleo de la doctrina derivada del caso Somoza Hermo, pues la identidad de funciones y el porcentaje de personas hacen difícil sostener que no tenga entidad suficiente.

En algún caso se ha tratado de establecer un mecanismo de determinación de la plantilla necesaria para prestar el servicio que es objeto de transmisión, limitando la condición de “subrogables” a las personas de determinadas categorías, pero excluyendo a otros sujetos. En cuanto acote la noción de adscripción a la unidad económica, sin perjuicio del sometimiento a control judicial, no deja de ser una concreción de la aplicación de la ley.

Son varios los supuestos en los que la delimitación se hace por volumen de trabajo traspasado, con lo que resulta más que discutible la existencia de una “unidad económica” en la transmisión (lo que abre las puertas al espacio convencional): las personas subrogadas no se encuentran estrictamente adscritas a la realización del servicio para el que se altera el contratista, sino que en realidad parece que la voluntad de los negociadores es buscar la estabilidad en el empleo en el medio plazo.

Menos clara resulta la intencionalidad en otros convenios, en los que para determinadas situaciones no se establece una auténtica subrogación, sino tan sólo un derecho de “preferencia de ingreso” limitado a una proporción de la plantilla.

En segundo lugar, en la muestra analizada se ha detectado que es altamente frecuente que se condicione el acceso de las personas trabajadoras a la subrogación al cumplimiento de determinados requisitos.

Uno de los requisitos que con mayor frecuencia se exige se refiere a la antigüedad, limitando la subrogación exclusivamente a las personas trabajadoras que acrediten una determinada antigüedad mínima en la empresa cesionaria. Esta cautela es razonable, pues pretende evitar que una empresa que

pierde la contrata pueda obligar a una competidora (la que la ha ganado) a asumir unos costes excesivos por medio de la contratación en los últimos momentos de la vida de la contrata. La razonabilidad de esta restricción, sin embargo, choca con la doctrina que deriva del asunto Somoza Hermo, pues no cabe establecer por vía convencional limitaciones a la obligación subrogatoria. No obstante, siempre cabrá la vía de explorar acciones derivadas del abuso de derecho, obligando a asumir (por vía judicial, lógicamente, aunque será en vía civil pues se trata de relaciones entre empresas, por más que derive de obligaciones establecidas en un convenio) a la empresa transmitente los perjuicios acarreados del exceso de plantilla.

En cualquier caso, al margen de la difícil aplicación de esta exigencia, el 51,2% de los convenios analizados establecen esta clase de requisitos, aunque con extensiones muy diversas. Lo más frecuente, es la exigencia de cuatro meses de antigüedad (o 120 días), aunque es también bastante habitual que la referencia sean seis meses (más de la décima parte de los analizados) e incluso que lleguen a exigir un año de antigüedad. En ocasiones se modula por tipologías contractuales (flexibilizando por ejemplo en los extintos fijos de obra, o no exigiendo antigüedad en sustituciones) y se incluye a quienes coyunturalmente (por suspensiones de contrato vinculadas a enfermedad, nacimientos o similar) no están prestando servicios.

La forma de contemplar esta antigüedad también presenta múltiples particularidades, tanto en la referencia a la prestación de servicios; en ocasiones se exige la vinculación a la actividad transmitida, en otros casos se es más flexible, como en relación al momento de cómputo (es mayoritaria la opción por la fecha de subrogación, pero puntualmente se ha establecido la exigencia de antigüedad en el anuncio del concurso de licitación que da lugar a la contrata).

En tercer lugar, se aprecia en la muestra analizada algunos convenios colectivos que otorgan a la empresa cesionaria facultades para seleccionar al personal que será objeto de subrogación. Con carácter general, la determinación de las personas sobre las que se produce la subrogación se produce de forma automática, de modo que el hecho de que adjudique la contrata a una empresa distinta pone en marcha el procedimiento por el cual la nueva empresa se hace cargo de las personas trabajadoras que venían prestando servicios en la unidad económica que cambia de titularidad. No obstante, es posible que la nueva adjudicación requiera menos mano de obra que la vencida, lo que conlleva, previsiblemente, la necesidad de hacer reestructuraciones e incluso extinciones contractuales.

Si no fuera de aplicación el régimen legal del art. 44 ET, eventualmente una parte de la plantilla permanecerá vinculada a la empresa cedente (que no lo será para esas personas) y el resto resultará empleada por la cesionaria. Aunque no es frecuente, algunos convenios establecen cláusulas para concretar qué personas se encontrarán en una u otra situación.

Distinto es el supuesto en que se establecen únicamente prioridades de contratación, que se han detectado en algunos convenios en los que la obligación de subrogación se vincula a la necesidad de más mano de obra de la que se dispone.

En algún caso se modula por esta vía de la selección la obligación de tener cierta antigüedad; no opera ya como criterio automático de exclusión de la subrogación sino como mera posibilidad, al permitirse a la empresa no subrogarse, si expresamente lo decide, respecto de esas personas.

También se han detectado cláusulas de selección de personal por parte de la empresa cedente. En algunos casos, en los que se exige el consenso con la persona trabajadora que permanecerá vinculada a aquella, no plantea particulares problemas. Por el contrario, cuando se impone por la sola voluntad de la empresa transmitente de la empresa cedente de la actividad, resulta más dudoso, pues puede eludirse la garantía de protección que establecen ley y directiva.

3. Previsiones convencionales sobre los derechos individuales de los trabajadores subrogados

El análisis del clausulado contenido en los convenios colectivos sobre subrogación de la plantilla en relación con los derechos y obligaciones de carácter individual parte de la diferenciación en los tipos de subrogación (legal o convencional) que tienen reflejo en el clausulado convencional. Atendiendo a tal criterio, cabe identificar los siguientes grupos:

- (i) aquellos textos convencionales que directamente suponen una mejora de las condiciones del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23;
- (ii) aquellos otros supuestos incluidos en los textos convencionales que nacen al margen del artículo 44 ET y que pudieran establecer limitaciones a lo establecido en aquel. Esto podría suceder en los casos en los que nos encontramos ante una sucesión de empresas de actividad intensiva de mano de obra; es decir, aquella que no recae en la transmisión de los medios materiales de la empresa, sino sobre la mano de obra. Este es el supuesto debatido en la sentencia Somoza Hermo y su validez dependerá del volumen de la plantilla que se suceda de una empresa a la otra, ya que, si la nueva empresa se subroga en una cantidad esencial (cuantitativa o cualitativa) de la plantilla, la subrogación pasará a considerarse automáticamente legal, abandonando su carácter convencional. No tendrían, por tanto, validez esas limitaciones impuestas en el convenio colectivo. A estos efectos es interesante comprobar si el propio convenio establece algún tipo de porcentaje de la plantilla a subrogar; y
- (iii) aquellos otros textos convencionales que se refieren a empresas cuyas actividades no son intensivas, no descansan en la mano de obra, sino que

son materializadas y en las que la importancia radica en si se transmiten los medios de producción de la empresa cedente a la cesionaria. Si así fuera, estaríamos ante el supuesto en el que piensa en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, con lo que su aplicación es automática. Si no fuera el caso, estaríamos ante una subrogación convencional con cierto margen de regulación que pudiera limitar lo contemplado en el artículo 44 del ET.

En este sentido, y en atención a esta tipología, se ha analizado el clausulado convencional relativo a materias como la antigüedad, las vacaciones, los deberes de información de las empresas o la responsabilidad solidaria entre empresas para comprobar si aquel se ajusta a los requerimientos legales o jurisprudenciales actuales.

En lo que respecta a la antigüedad se ha advertido que, con carácter general, las estipulaciones convencionales en subrogación convencional han incluido y, en ocasiones, desarrollado este derecho. Así, en aquellas empresas intensivas de mano de obra, se ha llegado a la conclusión de que resulta positivo continuar con un clausulado que especifique el mantenimiento de todos los derechos, incluida la antigüedad, una vez queden acreditados. Ello con independencia de si nos encontramos ante un supuesto de conversión automática al artículo 44 ET, por haber asumido la nueva empresa una parte esencial de la misma (lo que ocurre con seguridad cuando el convenio colectivo impone la subrogación de la totalidad de la plantilla), como para que opere como una mejora convencional. Por otro lado, un clausulado que se opusiera al reconocimiento de la antigüedad podría resultar nulo si se llevase a cabo una subrogación de parte esencial de la plantilla. Si no fuera el caso, esta limitación en el reconocimiento de la antigüedad supondría, adicionalmente, una minoración de los haberes de las personas trabajadoras subrogados con lo que habría que habilitar en el propio convenio colectivo sistemas de elección o extinción indemnizada de las personas trabajadoras para que la misma no tuviese la consideración de obligación gravosa para las personas trabajadoras. Por otro lado, en lo que respecta a convenios que rigen a las empresas de actividad materializada, no intensiva de mano de obra, comprobamos que los textos establecen una garantía completa respecto de los derechos de las personas trabajadoras, en consonancia con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero con mayor detalle.

Respecto del derecho a disfrutar del descanso anual se han analizado las variadas regulaciones que incluyen los convenios colectivos. Así, se ha llegado a la conclusión de que resulta positiva una regulación general que recoja el derecho de las personas trabajadoras al descanso anual efectivo contenido en el artículo 38 ET con independencia de la empresa de la que dependa. Todo ello resulta positivo, más cuando se establecen unos criterios organizativos que resultan en una regulación sobre el momento del disfrute o la manera de establecer su retribución (y/o compensación) entre empresa saliente y entrante.

También se ha analizado y puesto de manifiesto la posibilidad de incluir en el clausulado convencional otros derechos, como pueda ser el teletrabajo instaurado en la empresa saliente.

En lo que respecta a las obligaciones, se ha tomado en consideración el clausulado que contenía la obligación de informar de manera individualizada, a las personas trabajadoras, sobre la subrogación, por parte de la empresa saliente, y de la situación jurídico-laboral en la que quedan tras la misma, por la empresa entrante. Así, de la muestra de convenios, se ha destacado la obligación por parte de la cedente (y, en ocasiones, también la cesionaria) de informar a las personas trabajadoras directamente sobre la subrogación. Esto se puede considerar como una mejora del artículo 44 del ET. Con ello, podemos entender que, con independencia del tipo de subrogación de que se trate, siempre que la misma se lleve a cabo, es una buena práctica informar a las personas trabajadoras sobre la sucesión de la empresa, detallando las fechas de efecto y la situación jurídico laboral en la que van a quedar tras la subrogación

Se ha analizado, por último, la responsabilidad solidaria entre empresas, con especial énfasis en las posibilidades existentes en la subrogación legal y en la posibilidad de establecer avales o seguros entre empresas para evitar situaciones gravosas para las empresas entrantes. En este sentido, atendiendo a la tipología de subrogaciones existentes en relación con la actividad de la empresa, podemos afirmar que solo aquellos supuestos en las que la empresa cesionaria no se subroga en una parte esencial de la plantilla (en empresas cuya actividad es intensiva de mano de obra) o no se transmitan los bienes de la empresa (en aquellas empresas cuya actividad es materializada) se puede establecer un clausulado distinto al contemplado en el artículo 44 ET. Es en ese espacio donde los operadores sociales tienen margen de maniobra. No obstante, la responsabilidad solidaria no deja de ser una garantía extra a tener en cuenta.

4. Aspectos colectivos de la regulación convencional de la subrogación.

Mandato de los representantes y el alcance de los derechos de información

El cambio en la titularidad de una empresa, un centro o una unidad productiva autónoma produce efectos complejos sobre las relaciones laborales, tanto desde la perspectiva del derecho individual como desde la perspectiva de las relaciones colectivas. Centrándonos en este último aspecto es evidente que el cambio de titularidad afecta a las estructuras colectivas y, significadamente, a la condición de representante pues, con carácter general, se extinguirá el mandato de los representantes si el centro de trabajo que sirvió de base para su elección desaparece. La vinculación del representante a una concreta base electoral impide que el mismo pueda ser impuesto a trabajadores distintos a sus electores, obligando a quienes nada tuvieron que ver en el nacimiento de esta representación a soportar la “agregación” de aquélla.

Este principio general solo encuentra una excepción en el art. 44.5 ET pues, como apunta este precepto, “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”, esto es, con los derechos, garantías y prerrogativas que definieron su elección así como por el tiempo que reste hasta la finalización de su mandato. La previsión estatutaria referida trae causa, como bien es sabido, en la normativa comunitaria, concretamente el vigente art. 6.1 de la Directiva 2001/23/CE, que contempla la subsistencia del estatuto y función de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso.

El mandato se mantiene entonces en sus términos configuradores, esto es, hasta su finalización y con las mismas garantías, derechos y facilidades que regían con anterioridad. La opción legal escogida supone la continuidad de la composición del o de los órganos de representación y, en consecuencia, del mandato de los representantes que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones (artículo 67.3 ET) a salvo, obviamente, de las excepciones derivadas de pérdida de identidad de la entidad transmitida por ser absorbida o disuelta, en la nueva estructura empresarial empresas entrante y saliente. Extremos estos últimos que, a juicio del Tribunal Supremo (STS de 20 de septiembre de 2021, R° 1265/2019), “por constituir la excepción a la regla general de continuidad del mandato representativo, habrán de ser, expresamente probados. Y ocurre que en el supuesto que nos ocupa nada consta en los hechos probados sobre la conservación o no de la autonomía de la entidad transmitida, por lo que debe regir, con plenitud, la regla general de la continuidad del mandato representativo”.

En la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, la conclusión resulta ser que la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes y ello, aunque el centro de destino no cuente con representantes legales, si bien cabe plantearse cuál es el espacio de la negociación colectiva en relación al mantenimiento de la condición de representante legal, aunque la entidad transmitida no conserve la autonomía referida.

La doctrina judicial se encuentra dividida entre aquellos pronunciamientos que consideran que el mandato representativo ha de extinguirse automáticamente, y aquellos otros que sancionan la subsistencia del mandato por el plazo para el que resultaron elegidos, sin perjuicio de su cese por las causas y procedimientos que establece la Ley.

Respecto al tratamiento de este tema en la muestra de convenios colectivos analizada, las cláusulas vinculadas a los efectos del mandato ante una su-

cesión de empresa, aunque no son muy numerosas, sí que contienen plurales soluciones. Es frecuente que se establezca una suerte de opción para “los miembros de Comité de Empresa, los delegados de personal y los delegados sindicales, que “podrán optar, en todo caso, entre permanecer en su empresa o subrogarse en la empresa adjudicataria”.

Esta opción suele limitarse en el supuesto que hubiera sido contratado expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación, o que la subrogación afecte a la totalidad de la plantilla”. En tal caso, la nueva empresa adjudicataria respetará los derechos de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras existentes en la empresa cedente en los términos establecidos en la legislación vigente y el convenio colectivo de aplicación. En algún convenio analizado, que también contempla esta posibilidad de opción, se da un perentorio plazo para la elección (24 horas tras la designación del número de personas trabajadoras a subrogar).

La negociación colectiva, ante subrogaciones cuyo origen es convencional y no legal, tiene un fecundo campo de acción para disciplinar los términos de mantenimiento o no de la condición representativa. A nuestro juicio, la opción más respetuosa con la disciplina legal es que la nueva empresa adjudicataria respetará los derechos de la representación legal de los trabajadores existentes en la empresa cedente en los términos establecidos en la legislación y en el convenio colectivo de aplicación.

Mayor interés presentan las cláusulas convencionales que contemplan una doble alternativa en función del ámbito en el que se haya producido la elección del representante, de manera que los representantes de los trabajadores, sean de carácter unitario o sindical, que hubieran sido elegidos con motivo de un proceso electoral que afectó al centro de trabajo y/o designados por la organización sindical que representan, que sean objeto de subrogación, conservarán su condición y cargo y los mismos derechos y garantías que tuvieran reconocidos en la empresa concesionaria saliente hasta el final de su mandato. Por el contrario, si el mandato del representante está vinculado a la unidad electoral en la que ha sido elegido, la supresión del centro de trabajo supondría automáticamente la extinción de este, salvedad que el convenio colectivo contemple el mantenimiento del mandato en los términos expuestos.

Respecto a los derechos de información y consulta, es habitual que los convenios colectivos detallen el alcance de esta información que deberá ser suministrada tanto por la empresa cedente como por la empresa cesionaria a los representantes legales de los trabajadores afectados por el traspaso, con anterioridad a la sucesión o sustitución empresarial, siendo habitual que se incorpore la obligación de informar a la empresa cesionaria o entrante sobre la existencia, entre el personal subrogado, de representantes legales, especificándose, en su caso, la vigencia del mandato del mismo.

El incumplimiento del deber de información por parte de la empresa saliente no puede proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabaja-

dor (o, en el supuesto aquí analizado, de quien ostenta la condición de representante legal), haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación.

CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

Se presentan a continuación las conclusiones del Estudio, ordenadas en atención a los diferentes capítulos y temas analizados.

I. LA SUCESIÓN DE EMPRESA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y TIPOLOGÍA

1. Diseño legal y convencional de la sucesión de empresas

1. Ante los fenómenos, habituales y cada día más frecuentes, de cambios en la titularidad de la empresa, el Derecho del Trabajo tradicionalmente ha reaccionado garantizando la continuidad de las relaciones laborales ligadas a la actividad, empresa o centro que se traspasa. La finalidad de esta regla es asegurar la continuidad de los contratos de trabajo y garantizar la preservación de los derechos y obligaciones reconocidos a las personas trabajadoras, pero también que tales decisiones permitan mantener la actividad productiva de la entidad económica afectada.
2. El régimen legal de la sucesión de empresa recogido en el art. 44 ET mejora y amplía las garantías previstas en la Directiva 2001/23/CE:

Por una parte, el art. 44 ET garantiza la subrogación y la conservación de los derechos de Seguridad Social, incluyendo los compromisos de pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente, lo que supone una opción expresa por ampliar la protección de los trabajadores en un ámbito que la Directiva no garantiza.

Por otra, el art. 44.3 ET impone la responsabilidad solidaria a las empresas cedente y cesionaria, haciendo uso de la posibilidad que el art. 3.1 de la Directiva ofrece. Responsabilidad solidaria que, además, como ha confirmado la doctrina judicial del Tribunal Supremo, alcanza no solo a las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo afectados por la sucesión sino también a las referidas a relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión.

3. Este marco normativo se ha completado con la acción de la negociación colectiva, que ha operado en dos direcciones:

Por una parte, extender las garantías previstas en el art. 44 ET a supuestos en los que, por unos u otros motivos, no concurren las condiciones exigidas legalmente para apreciar una sucesión empresarial.

Por otra, intentando ampliar el ámbito de sujetos obligados por la subrogación.

4. El régimen jurídico de la sucesión de empresas no puede entenderse adecuadamente con la mera referencia a las normas legales aplicables ni con el estudio de las previsiones convencionales sobre la subrogación de trabajadores. La labor de interpretación e integración del marco jurídico que corresponde a los tribunales ha sido especialmente intensa en relación con la institución de la sucesión de empresa.
5. Esta profunda incidencia de la interpretación judicial en el marco normativo hace que este sea prácticamente ininteligible sin aquella. Tan es así, que los actuales criterios jurisprudenciales no solamente han dejado importantes cuestiones interpretativas abiertas, que los propios tribunales deberán encargarse de resolver en el corto plazo, sino que incluso han dado pie a propuestas de reforma legislativa. Entre las primeras, destaca culminar la doctrina de lo que aquí se ha denominado “sucesión de intangibles”. Por lo que hace a las segundas, la doctrina viene insistiendo en dar cobertura legal a la sucesión de plantillas. Junto a todo ello, la negociación colectiva ha de seguir afrontando el reto de adaptarse a esta evolución jurisprudencial en un entorno social y económico muy cambiante.

2. La subrogación convencional

1. Para que las previsiones convencionales que imponen la subrogación de los contratos de trabajo desplieguen efectos resulta necesario que las empresas afectadas se encuentren incluidas en su ámbito de aplicación.
2. El margen con que cuenta el convenio colectivo a la hora de regular este tipo de contenidos resulta ser relativamente amplio. En este sentido, el convenio colectivo podría mejorar el régimen de efectos previsto para la subrogación legal, pero también podría ampliar el supuesto de hecho normativo, extendiendo los efectos propios de la transmisión a situaciones, en principio, no previstas en la norma. A partir de ahí, ese régimen de efectos podría ser coincidente con el recogido en sede legal o, en algunas ocasiones, más reducido; de hecho, el análisis de la práctica negociada evidencia que no resultan extrañas cláusulas de este tipo.
3. Al margen de lo anterior, debe tenerse en cuenta la eventual interacción entre las cláusulas convencionales y el criterio de sucesión de plantilla. Y es que, cuando la cláusula convencional despliegue efectos en sectores de utilización intensiva de la mano de obra y a resultas de la misma se contrate a un volumen de trabajadores relevante en términos cuantitativos y cualitativos, la subrogación inicialmente convencional quedará resituada en el terreno de la subrogación legal, por lo que, con independencia de lo previsto en el convenio colectivo, no será posible escapar de las previsiones estatutarias.

4. El margen de la negociación colectiva respecto las cláusulas subrogatorias tras los últimos estadios alcanzados en la interpretación jurisprudencial de las mismas se presenta bastante limitado: la posibilidad en sí misma de establecer la subrogación en supuestos no previstos por el texto estatutario permanece inalterada; ahora bien, en cuanto al régimen jurídico aplicable, la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo de la STJUE de 11 de julio de 2018, asunto Somoza Hermo obliga a diferenciar dos grandes escenarios:

Por un lado, si se trata de un sector “desmaterializado” y la aplicación de las previsiones convencionales conduce a la contratación de un volumen de la plantilla relevante, la subrogación convencional mutará en “legal” y no cabrá escapar de los efectos del art. 44 ET.

Por otro, las cláusulas subrogatorias convencionales se aplicarán en sus propios términos, por hipótesis, en aquellos casos en los que se trate de contrata no desmaterializadas y en los que, aun siendo desmaterializadas, la aplicación de la cláusula convencional no ha llevado a contratar a un volumen relevante de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos.

5. El convenio colectivo podría intentar asegurarse, en principio, la prevalencia de su régimen sobre el legal si estableciese un volumen de contratación por debajo de lo que pueda considerarse como relevante en términos cuantitativos y cualitativos; pero no es menos cierto que la determinación de esa frontera no es ni mucho menos clara, por lo que no hay unas garantías absolutas de que no se pueda afirmar la aplicación del criterio de la sucesión de plantilla, convertir la sucesión convencional en sucesión legal y, en consecuencia, la prevalencia del régimen estatutario.

3. La sucesión de plantillas. Construcción judicial y aplicación práctica

1. La regulación normativa de la sucesión de empresas resulta aplicable a los supuestos en que se produce una sucesión de plantilla siempre que concurren las siguientes condiciones: a) que se mantenga la actividad por la empresa entrante, b) que la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra; y c) que se produzca una continuidad en la relación con la plantilla preexistente, en términos cuantitativos y/o cualitativos.
2. Ha sido la doctrina judicial la que, a través de una labor eminentemente casuística, ha identificado las condiciones precisas para apreciar que se ha producido una continuidad de la prestación de actividad con la plantilla preexistente, interpretando las exigencias de continuidad con una parte esencial, en términos cuantitativos y/o cualitativos, de la plantilla.

3. El hecho de que la sucesión de plantilla derive de lo establecido en el convenio colectivo no impide la aplicación de la doctrina de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 ET. De este modo, devienen ilícitas e inaplicables las cláusulas convencionales que, de cualquier modo, impliquen una limitación de los efectos o derechos que reconoce el art. 44 ET en la sucesión de empresa.
4. En particular, si consideramos que hay sucesión de plantillas, los resultados serían los siguientes:

Primero, la nueva adjudicataria no tiene libertad para excluir a alguno de los trabajadores, sino que deberá incorporar a toda la plantilla. La existencia de un despido como consecuencia de la finalización de la actividad de la empresa saliente no puede suponer un obstáculo para que esos trabajadores despedidos se incorporen a la plantilla de la empresa sucesora, por lo que estos trabajadores pueden reclamar la incorporación a la nueva empresa o demandarla por despido, por falta de ocupación.

Segundo, se ha de garantizar la totalidad de los derechos laborales que tenían los trabajadores con el anterior empresario. Es por ello que el nuevo empresario, ya sea privado, ya sea administración o empresa pública, se subroga en el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social que tenía el anterior contratista y que estuvieran pendientes de pago.

Tercero, cuando el convenio colectivo imponga que el nuevo contratista se haga cargo de la mayor parte de los trabajadores, pero excluya otros, por ejemplo, con escasa antigüedad, en la práctica, si hay sucesión de plantillas, todos los trabajadores tendrán derecho a incorporarse a la plantilla de la empresa entrante aunque no lo contemple el convenio colectivo, y el nuevo empresario tendrá que asumir todas las obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social respecto de todas las personas trabajadoras.

5. La asunción de las líneas jurisprudenciales del TJUE recogidas en las sentencias emitidas en relación con los Asuntos Temco y Somoza Hermo produce efectos normalmente no previstos por los sujetos negociadores que incorporaron las cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos. Por una parte, la regulación convencional genera inseguridad jurídica, pues en ocasiones la existencia o no de una efectiva sucesión de plantilla, con las consecuencias que de ello derivan, solo podrá apreciarse a posteriori, una vez cumplimentadas las condiciones previstas en el convenio colectivo. Ello impide que la empresa cesionaria conozca con seguridad si se le aplicará o no el régimen de subrogación y responsabilidad previsto en el art. 44 ET o si, por el contrario, resultará aplicable el régimen previsto en el propio Convenio colectivo, asumiendo de esta forma un riesgo económico no siempre previsible. Esta incertidumbre podría generar desincentivos para mantener la inclusión de cláusulas subrogato-

rias en la negociación colectiva. El impacto de esta situación puede resultar especialmente acusado en las empresas de muy pequeño, pequeño y mediano tamaño, desalentando su participación en licitaciones públicas y privadas.

6. Con el ánimo precisamente de superar estas incertidumbres, dentro del marco normativo, se han sugerido algunas líneas de actuación que implicarían una reforma del art. 44 ET, en varios sentidos: excluyendo la responsabilidad del nuevo contratista o cesionario en supuestos en que se entienda que esto pueda resultar beneficioso o incorporando expresamente en el art. 44 ET la modalidad de la sucesión de plantillas para determinar legalmente sus elementos configuradores que, aún vinculados por las previsiones de la Directiva 23/2001/CEE, no tienen por qué alcanzar todas las garantías recogidas en el vigente art. 44 ET para todos los fenómenos de sucesión de empresa.
7. Por su parte, la negociación colectiva puede articular mecanismos para evitar este efecto expansivo de la sucesión de plantilla. En este sentido, no es infrecuente que los Convenios colectivos incorporen cláusulas de salvaguardia para las empresas cesionarias, imponiendo la responsabilidad exclusiva de la empresa saliente por las deudas anteriores a la transmisión. Tales cláusulas operan exclusivamente en las relaciones “ad intra” entre las empresas implicadas en la sucesión, sin anular la garantía que para el trabajador supone la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44.3 ET, pero aportan seguridad a las empresas en relación con el alcance de las obligaciones económicas que asumen en virtud de las previsiones convencionales. Especialmente significativo es, a tales efectos, el Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de acceso y comprobación de instalaciones, que incorpora un eficaz sistema de garantía y protección de la empresa cesionaria frente a las deudas de la cedente, consistente en la exigencia a esta de un aval bancario o seguro de caución, a favor de la empresa entrante y con una vigencia mínima de 48 meses computados desde el cambio de contratista, por importe equivalente a seis meses de salario y cuota empresarial de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación.
8. La doctrina de la sucesión de plantilla es plenamente aplicable, si concurren las condiciones necesarias para su apreciación, también en los casos de reversión o recuperación del servicio externalizado por la empresa principal. Dichos supuestos plantean, no obstante, un problema previo cual es la dificultad de que el Convenio colectivo que regula la subrogación vincule a la empresa principal, especialmente si esta pertenece a un sector productivo distinto al que regula el Convenio colectivo que contempla la subrogación.

4. Activos inmateriales y sucesión de empresa. Un reto para la negociación colectiva

1. El potencial de la valoración conjunta de todas las circunstancias que deben valorarse para apreciar la existencia de una sucesión de empresas trasciende a los supuestos de sucesión de plantilla y permite apreciar la existencia de una sucesión de empresas en supuestos en los que la unidad productiva descansa no ya en elementos materiales y patrimoniales o en la plantilla de trabajadores, sino en otro tipo de elementos, de carácter inmaterial o intangible, que son los que, a la postre, identifican a la entidad económica en cuanto son tales elementos los que resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad económica.
2. Los procesos de digitalización, la apuesta por formas de organización empresarial basadas en plataformas digitales y el uso de algoritmos por parte de las empresas podría llevar a entender que estos activos son la base esencial de la propia empresa, los que permiten identificarla como una entidad económica, cuyo funcionamiento depende de aquellos elementos. La interpretación del art. 44 del ET debe adaptarse al momento en que se aplica lo que implica un esfuerzo por adecuar el concepto de empresa o entidad económica a esta nueva realidad.
3. La transmisión de la clientela, entendida como elemento intangible, constituye un factor determinante en numerosos pronunciamientos judiciales, europeos y nacionales, para apreciar la existencia de una sucesión empresarial y activar todo el régimen legal previsto en el art.44 ET.
4. La transmisión de la propiedad industrial, el know-how —es decir, los conocimientos prácticos derivados de la experiencia— referido a la presentación o promoción de los productos para su venta (know-how o marketing de publicidad), a la gestión administrativa y financiera (sistemas financieros y contables), así como al aspecto industrial (know-how de fabricación) son factores que pueden, por sí mismos, determinar la existencia de una transmisión de empresa. La franquicia en cuanto negocio que implica un acuerdo entre empresarios por el que el franquiciador transmite al franquiciado todo un conjunto de derechos de propiedad industrial, así como productos o servicios y la asistencia y asesoramientos precisos para su mejor explotación por parte del segundo, constituye un buen ejemplo de sucesión de empresas, avalado por la doctrina judicial, en la que los elementos determinantes de la transmisión pueden ser exclusivamente bienes intangibles o inmateriales.
5. La transmisión de sistemas operativos, programas de software o páginas web a través de las que se desarrolla el negocio ya han sido valorados por la doctrina judicial como determinantes, con carácter exclusivo o en concurrencia con otros factores, para apreciar la sucesión de empresa.
6. Puede afirmarse que, progresivamente, se abre paso, en la doctrina judicial europea y nacional, una valoración de las circunstancias para apreciar

o no sucesión de empresa en la que los elementos inmateriales adquieren un valor cada vez más relevante, incluso en actividades materializadas que requieren una importante aportación de bienes muebles e inmuebles y en las que, en determinadas circunstancias, la falta de transmisión de estos últimos puede no ser suficiente para excluir la efectiva sucesión de empresas

7. Desde la perspectiva de la negociación colectiva, hasta el momento es muy escasa la atención que los convenios colectivos prestan a la relevancia de los elementos intangibles como elemento determinante de la transmisión de empresa.
8. A pesar de ello, hay ejemplos, escasos pero significativos, de convenios colectivos que, conocedores de las especialidades del sector productivo en el que se aplican, de la importancia que en el mismo presentan los elementos intangibles e inmateriales, incorporan cláusulas de subrogación dirigidas a garantizar la estabilidad en el empleo de la plantilla de personas trabajadoras.
9. La potencialidad del convenio colectivo para garantizar la protección de los trabajadores ante supuestos de transmisión de elementos intangibles o inmateriales cobra especial importancia en sectores o actividades donde, atendiendo al valor de los activos inmateriales —plataformas digitales, programas informáticos, sistemas operativos...— y a la escasa cualificación del personal empleado, la transmisión de aquellos puede constituirse en el único o principal criterio para apreciar la existencia de una sucesión de empresa.
10. Tampoco debe descartarse el potencial papel de la negociación colectiva para delimitar en negativo los supuestos en los que la mera externalización o transmisión de una actividad determina la aplicación del régimen de sucesión legal de empresas. Sin perjuicio de que el convenio colectivo no puede imponer la inaplicación del régimen legal de la sucesión de empresas cuando concurren las condiciones legales, sí tiene capacidad para aportar garantías a las personas trabajadoras afectadas para el caso de que, como ha ocurrido en la práctica judicial, se declare una efectiva sucesión de empresa en supuestos en los que, de forma casi exclusiva, se transmitían elementos inmateriales o intangibles.

5. Subrogación convencional y derecho de la competencia

1. Aunque no han sido muchos los episodios de conflicto entre el derecho a la negociación colectiva y la legislación de defensa de la competencia, las cláusulas convencionales que imponen la subrogación contractual han sido uno de sus aspectos centrales. De hecho, en este terreno se observa cierta tensión en los diferentes ámbitos interpretativos implicados.

2. Pese a ello, en línea de principio, puede afirmarse que no vulneran la legalidad competencial las cláusulas de los convenios que imponen la subrogación en los contratos de trabajo y en sus condiciones en los casos en los que la normativa legal no resulta aplicable. Aparte de que este tipo de cláusulas cuenta con un soporte legislativo creciente, es claro que su conexión con la estabilidad en el empleo y con la conservación de los derechos de los trabajadores las sitúa en el terreno de la “búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”, lo que permite excluir, con base en la llamada doctrina Albany, que entre en conflicto con los imperativos derivados de la defensa de la competencia.
3. La admisibilidad general de las obligaciones convencionales de subrogación puede ser objeto de matización en ciertos casos. El más relevante se relaciona con la falta de transparencia de su funcionamiento, que sitúa a ciertos competidores en una posición desventajosa. Las posibles objeciones que puedan formularse en este terreno obligan a cuidar, de un lado, las obligaciones informativas y a prever los efectos de su incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. Se hace preciso, de otro lado, el establecimiento de mecanismos objetivos para la determinación de los trabajadores afectados, tanto por lo que se refiere a su número como en relación con su concreta asignación.

II. SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. Estructura de la negociación colectiva y subrogación convencional

1. El nivel sectorial es el ámbito paradigmático en el que se residencia el diseño y definición de las cláusulas subrogatorias. Son también los convenios de este nivel los que, al encargarse de diseñar marcos articulados de negociación, se ocupan de manera especial de esta materia dadas las importantes consecuencias que, desde los más diversos órdenes, tiene la aplicación de la técnica subrogatoria. Puede decirse, de este modo, que las reglas relativas a la subrogación ocupan un papel capital en el diseño de la estructura de la negociación colectiva de los sectores que recogen esta singular institución.
2. Los convenios sectoriales reservan, con frecuencia, la regulación de la subrogación convencional al nivel estatal de negociación colectiva a la hora de concebir la articulación distributiva de materias entre los distintos niveles de negociación. Dicha posibilidad se encuentra avalada legalmente (art. 83.2 ET).
3. Es frecuente, y perfectamente válido, que los convenios sectoriales impidan que en ámbitos inferiores se modifique la regulación sectorial estatal

de la subrogación convencional. La inobservancia por los ámbitos inferiores de negociación de las reglas de reserva material que ciñe la materia de la subrogación convencional a los niveles estatales de negociación abriría un supuesto de concurrencia conflictiva ex artículo 84 ET, que debería resolverse con la anulación del precepto o preceptos que han procedido a regular una materia que está vedada.

4. La interacción entre convenios sectoriales de nivel estatal y autonómicos en la regulación de la materia subrogatoria se ha saldado, en algún caso, con el reconocimiento de la validez de los acuerdos autonómicos, en atención a las circunstancias concurrentes.
5. Aunque no es demasiado frecuente, la realidad práctica ofrece ejemplos de convenios colectivos de empresa que establecen cláusulas de subrogación convencional. En muchos casos, estos convenios se limitan a reproducir lo dispuesto por el de sector, en una suerte de reafirmación de su aplicación a la empresa. Pero existen ejemplos de interés en los que convenios de grupo de empresa asumen el compromiso de aplicar las reglas de subrogación en el caso de procesos de reordenación societaria producidos en el seno del grupo.
6. Fuera de estos supuestos, debe advertirse que la subrogación no es una materia en la que los convenios colectivos de empresa tengan prioridad aplicativa ex art. 84.2 ET de modo que un convenio de empresa no puede dejar sin efecto lo establecido en un convenio de ámbito sectorial, en relación con la obligación de subrogación de los trabajadores adscritos a una contrata.

2. Ámbito de aplicación del convenio y empresas vinculadas por la subrogación convencional

1. Como regla general, de conformidad con el principio de correspondencia entre el ámbito funcional del convenio sectorial y la representatividad de las asociaciones empresariales negociadoras, las cláusulas subrogatorias fijadas a nivel sectorial solamente afectarán, en principio, a las empresas que estén incluidas en dicho ámbito.
2. El análisis de los convenios colectivos que incorporan cláusulas de subrogación permite apreciar que es frecuente hallar cláusulas subrogatorias que, conforme a las previsiones convencionales, resultan aplicables también a la empresa principal en caso de que esta decida reinternalizar la prestación del servicio.
3. Desde el punto de vista del ámbito de aplicación del convenio, la validez de este tipo de cláusulas solo puede mantenerse cuando la empresa principal pertenezca al mismo sector de actividad de la contratista. En caso contrario, dicha empresa no queda afectada por el Convenio colectivo de modo que tales cláusulas carecen de eficacia práctica.

4. Fuera de estos supuestos, la quiebra del principio de correspondencia representativa ha sido avalada por los tribunales en materia subrogatoria en relación con los Centros Especiales de Empleo.
5. Asimismo, puede sostenerse la vinculación a la subrogación convencional por las empresas multiservicios que asumen una contrata en el sector de actividad regulado por el Convenio colectivo sectorial. Las cláusulas subrogatorias por su propia naturaleza han de estar contempladas en un convenio sectorial para desplegar efectos ad extra. Esto significa que la circunstancia de que la empresa multiservicios cuente con su propio convenio colectivo no impide la aplicación de la obligación de subrogación prevista en el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata. Es por ello perfectamente oportuno que los convenios colectivos incorporen a las empresas multiservicios como destinatarias vinculadas por las cláusulas subrogatorias incorporadas en el convenio colectivo.

3. Subrogación convencional y sector público

1. Desde la perspectiva de la incidencia que las cláusulas convencionales de subrogación pueden tener en el sector público, debe partirse de una previa clasificación de tales cláusulas. En primer lugar, las que han previsto y regulado la subrogación del personal afectando con distinta intensidad a las Administraciones Públicas —dentro de las cuales es posible identificar a su vez tres tipos de cláusulas, las que incluyen entre los sujetos destinatarios a las Administraciones Públicas, las que lo amplían al sector público y, finalmente, las que utilizan una redacción ambigua—; en segundo lugar, las que regulan la sucesión de contratas de la Administración como empresa principal y, finalmente, aquellas que excluyen a la Administración.
2. Todas aquellas cláusulas que tratan de vincular a la Administración en sentido estricto deben ser consideradas nulas, pues es ya pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que la Administración no forma parte del ámbito funcional de las disposiciones convencionales del sector privado. Por tanto, la obligación de subrogar prevista en muchos convenios colectivos que solo se refieren a la Administración Pública carece de eficacia práctica. Sí son legítimas aquellas otras que vinculan a las empresas públicas o que tratan de ordenar la sucesión de empresas que prestan sus servicios para la propia Administración.
3. La Ley de Contratos del Sector Público contempla la posibilidad de que legal o convencionalmente se obligue a la Administración a la subrogación del personal en supuestos de reversión de contratas. La vía legal es, desde luego, ineludible, pues el TJUE ha señalado de forma reiterada que las sucesiones en la Administración quedan dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001,

sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

En cuanto a la imposición convencional ex artículo 130.3 LCSP, debe señalarse que esta solo será legítima cuando venga impuesta a través de Convenios colectivos estatutarios o acuerdos ad hoc que incluyan dentro de su ámbito funcional a la propia Administración —así ocurre, por ejemplo, con los convenios colectivos del personal laboral de los entes locales—. Si dicho mandato se incorpora expresa o tácitamente a acuerdos o convenios cuyo ámbito funcional no incluya a la Administración Pública, como sucede con la negociación colectiva sectorial, dichas cláusulas tendrán la consideración de nulas.

Por tanto, la evidente preocupación de los agentes sociales por regular la subrogación del personal en supuestos de reversión de contratos, que suelen ser recogidos por los convenios sectoriales, deberían ser trasladados a los acuerdos o convenios de la propia Administración Pública. Dado que muchos de los agentes negociadores tienen federaciones dentro de sus organizaciones con competencias negociadoras con la Administración Pública, dicha incorporación a estos convenios no debería ser un movimiento especialmente complicado de realizar.

4. En el marco de estos procesos de reversión del servicio externalizado, la incorporación del personal a la Administración Pública o ente correspondiente del sector público se producirá, conforme a la doctrina judicial europea y nacional más reciente, como personal fijo. Son irrelevantes, por tanto, las previsiones que en su caso pudieran contener los convenios colectivos alterando dicha naturaleza.

III. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA SUBROGACIÓN

1. Exigencias y condiciones para que opere la subrogación convencional: Requisitos documentales, de información y procedimiento

En relación con las exigencias de información y documentación entre las empresas implicadas en la sucesión, el análisis de la muestra de convenios colectivos, arroja las siguientes conclusiones:

1. Los convenios colectivos que incluyen cláusulas de subrogación convencional suelen imponer a la empresa saliente determinadas obligaciones documentales, con el propósito de informar sobre las circunstancias de los

trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social.

Con respecto al concreto contenido de esta documentación, convendría que los futuros convenios colectivos suprimieran las referencias realizadas a documentos ya obsoletos (como el libro de matrícula, los TC-1 y los TC-2) y respetaran en todo caso el principio de minimización, de manera que la información se limitase a los datos relacionados con las personas trabajadoras afectadas por el cambio de empresario e imprescindibles para el mantenimiento de las relaciones laborales y para la conservación de los derechos.

De otro lado, y por lo que respecta a los documentos a través de los cuales se pretende confirmar que la empresa saliente se encuentra al corriente en el pago de las obligaciones que traen su causa en el contrato de trabajo, sería necesario que reglamentariamente se otorgara plena eficacia a los certificados de descubierto de la Tesorería General de la Seguridad Social, pues ello permitiría a las empresas interesadas conocer la responsabilidad que, en materia de cotizaciones, pueden asumir con respecto a los trabajadores en cuyos contratos deban subrogarse. Pero mientras esta modificación reglamentaria no se produzca, convendría explorar fórmulas novedosas, como la contenida en el Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que imputa a la empresa saliente la obligación de poner a disposición de la empresa entrante un aval bancario por importe equivalente a seis meses de salario y cuota empresarial de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación.

2. De la muestra analizada se desprende que algunos convenios colectivos incorporan el mandato a la empresa que cesa en el servicio de comunicar a la representación legal de las personas trabajadoras la pérdida del servicio y el nombre de la nueva empresa adjudicataria. De forma más excepcional, se reconoce a los representantes de la empresa saliente el derecho a acceder a la misma documentación que aquella ha puesto a disposición de la empresa entrante. No obstante, convendría que este derecho igualmente se reconociera a los representantes de los trabajadores de la empresa cesionaria, teniendo en cuenta que el cambio de empresario puede conllevar en la práctica la extinción del mandato representativo.
3. Las obligaciones informativas y documentales previstas en las cláusulas de subrogación convencional han planteado especial litigiosidad con respecto a los efectos derivados de su incumplimiento. En respuesta a esta cuestión, debemos tener en cuenta que la solución depende de las concretas circunstancias del caso, por lo que no es posible ofrecer una única solución aplicable con carácter general. En primer lugar, porque ante el incumplimiento de las obligaciones de información y documentación por parte de la empresa saliente, la sucesión “se producirá o no, de conformidad con lo que al

efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida” (STS 17-9-2012, Rº 2693/2011). Y, en segundo lugar, porque si estamos ante una sucesión de plantillas, en la práctica será irrelevante lo que disponga el convenio, pues la regulación convencional se verá desplazada por lo establecido en el art. 44 ET.

Lo que sí es importante recordar es que el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la validez de las cláusulas convencionales conforme a las cuales el deber de subrogarse queda enervado por el total incumplimiento de las obligaciones informativas y documentales. Sólo en supuestos de incumplimiento parcial, la Sala de lo Social ha modulado su doctrina para mantener la obligación de subrogarse cuando se ha entregado la documentación imprescindible, necesaria y suficiente para entender cumplidos los deberes que la norma convencional impone.

2. Criterios convencionales sobre selección de trabajadores afectados por la subrogación

1. Con la interpretación realizada por el TJUE (Caso Somoza Hermo) y acogida por el Tribunal Supremo, el ámbito del que dispone la negociación colectiva para establecer criterios de selección es ciertamente limitado, pues la transmisión, salvo que se trate de actividades materializadas en las que no se produzca la transmisión de la “unidad económica” en los términos que establece la jurisprudencia comunitaria, afectará necesariamente al conjunto de la actividad económica.
2. La interpretación de la doctrina señalada no implica, por sí misma, la falta de validez de las cláusulas convencionales que determinan criterios de selección o determinación del personal al que afecta la subrogación, pues como bien ha señalado el Tribunal Supremo, habrá que valorar en cada caso las circunstancias concurrentes, de modo que se compruebe si se dan los elementos para la aplicación del régimen jurídico del art. 44 ET. Por ello, debe distinguirse la legalidad de las cláusulas, que se someterá a un control autónomo, de su aplicabilidad al caso concreto, que estará condicionada a que se trate de una subrogación a la que no se le apliquen las reglas legales.
3. En cualquier caso, el conjunto de reglas no puede configurarse de forma que resulte discriminatoria. En este sentido, resulta positivo que varios convenios expliciten que, aunque sea exigible una antigüedad en la prestación de servicios en el momento de producirse la subrogación, deberán entenderse incluidas las personas que se encuentren en situaciones de incapacidad temporal o las situaciones de suspensión vinculadas al nacimiento de menores.
4. Con carácter general, se ha detectado una alta presencia de requisitos de antigüedad, que se presenta en más de la mitad de los convenios analiza-

dos. Aunque mayoritariamente se refieren a periodos muy próximos a la subrogación, de tres o cuatro meses, en algunas ocasiones se establecen exigencias de hasta un año, lo que parece exceder la lógica “protectora” de estas reglas. Si lo que se pretende es evitar que la empresa que pierde la contrata obligue a una competidora a subrogarse en más personas trabajadoras de las realmente necesarias para prestar el servicio, no parece justificado exigir periodos tan extensos.

5. En los casos en los que la subrogación es enteramente convencional y no se produce la transmisión de la unidad económica, nada obsta a que los convenios limiten cuantitativamente el alcance de la obligación subrogatoria. Por ello, pueden sin problema establecerse criterios de selección que no resulten directa ni indirectamente discriminatorios. En todo caso, dado que supondrá una novación subjetiva sin apoyo legal, parece razonable contar con el acuerdo o consentimiento de la persona trabajadora. La subrogación debe concebirse necesariamente como un mecanismo protector del empleo, y no cabe que mediante la misma se imponga al trabajador un cambio en la empresa que le contrata sin contar con su voluntad. La exigencia de este acuerdo, sin embargo, sólo aparece en los convenios en sentido opuesto (para permanecer en la empresa cedente), lo que, si bien es inobjetable, debería servir también de base para el sentido contrario: la subrogación convencional no debiera imponerse a la persona trabajadora.

3. Previsiones convencionales sobre los derechos individuales de los trabajadores subrogados

En relación al clausulado relativo a los derechos y obligaciones laborales de naturaleza individual, el análisis de la muestra de convenios realizada arroja las siguientes conclusiones:

1. En lo que respecta a derechos como la antigüedad, se concluye que el clausulado encontrado en la muestra no resulta ilícito en la medida en que respeta este derecho en los supuestos de aplicación de subrogación legal. En esta materia un clausulado ilícito supondría eliminar el mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras por la nueva empresa cuando se ha llevado a cabo una subrogación legal o una subrogación convencional en la que la empresa cesionaria se ha subrogado en una parte esencial de la plantilla. En el caso de que existiese una subrogación convencional de la plantilla que no derivase en una subrogación legal y el convenio no estipulase el mantenimiento de la antigüedad habría que analizar si existe, respecto de la aceptación de la subrogación una obligación para las personas trabajadoras. Si este fuera el caso y las personas trabajadoras estuviese obligadas a aceptar la subrogación a la nueva empresa quizá fuese positivo articular algún mecanismo, voluntario siempre para la plantilla, para poder elegir la empresa en la que continuar o, en su caso,

poner fin la relación laboral sin consecuencias negativas para la persona trabajadora. En todo caso, el clausulado analizado tiende a garantizar el respeto de los derechos de las personas trabajadoras entrando, en algunos convenios, en mayor detalle. Podríamos entender limitativo aquel clausulado que limita la antigüedad a la contemplada en el último contrato de trabajo, sin conocer cuál es esa antigüedad. Ello, en caso de suponer una limitación, solo tendría validez en la subrogación convencional, nunca en la legal.

2. Si el convenio estableciese la subrogación total de la plantilla en empresas de actividad desmaterializada o se transmitiesen los bienes en las de actividad materializada, pasaríamos a un escenario de subrogación legal. Si no fuere este el caso y dependiese de la voluntad de la nueva empresa subrogarse o no en la plantilla de trabajadores, tendría sentido regular la antigüedad de la plantilla en el sentido de respetarla o, si se entiende que no cabe reconocer la antigüedad anterior a la subrogación, establecer un mecanismo de elección de las personas subrogadas para mantenerse en la empresa cedente o poder extinguir la relación laboral de manera indemnizada, como si de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo se tratase. Con ello evitaríamos una eventual precarización de la relación laboral.
3. En lo que respecta al derecho a vacaciones anuales, existen varias fórmulas que regulan esta materia. Nuestra recomendación, con independencia del tipo de subrogación, es establecer un clausulado que regule criterios organizativos relativos al derecho a las vacaciones en atención a la fecha del año en que se lleve a cabo la transmisión, la parte proporcional que asume cada empresa y la posibilidad real de que las personas trabajadoras disfruten de este descanso efectivo como establece la norma, más allá de que exista siempre la posibilidad de liquidar las vacaciones pendientes en caso de terminación de la relación laboral.
4. En lo que respecta a otros derechos, como pueda ser el derecho a teletrabajar, podría resultar interesante incluir este tipo de clausulado dentro del destinado a la subrogación empresarial, en lo que respecta a su modo de organización y su implementación en la empresa.
5. En lo relativo a las obligaciones de carácter individual por parte de las empresas involucradas en la subrogación, nos parece recomendable incluir un clausulado que mejore en todo caso el artículo 44 ET, tendente a otorgar cierta información de manera individualizada a las personas trabajadoras en dos momentos diferenciados: con carácter previo a la subrogación, por parte de la empresa cedente informando de la situación que se va a producir, y una vez esta se ha materializado, por la empresa cesionaria, confirmando la situación jurídica en la que queda la persona trabajadora.
6. En cuanto a la solidaridad en la responsabilidad de las empresas cedente y cesionaria por deudas anteriores a la subrogación, nos encontramos ante

un escenario quizá más cerrado en el que únicamente existiría un espacio para la regulación de esta cuestión en los tipos de subrogación convencional en aquellas empresas intensivas de mano de obra en la que la empresa cesionaria no se subroga en la totalidad de la plantilla o en un parte esencial de la misma o en empresas de actividad materializada sin transmisión de bienes. En este único escenario es en el que los operadores sociales pueden pactar la exclusión de la responsabilidad solidaria de alguna de las partes.

7. En relación a la regulación convencional de la responsabilidad de las empresas implicadas en la subrogación, existe espacio, no obstante, para que los convenios colectivos, siguiendo el modelo incorporado ya en algún convenio colectivo, establezcan una garantía extra entre empresas, como pueda ser un aval o seguro que proteja a la empresa entrante frente a las eventuales deudas de la saliente. Dicha posibilidad, que no afecta a la garantía que para la persona trabajadora o para la Seguridad Social supone la solidaridad, tiene especial virtualidad en los supuestos de subrogación derivada del convenio que no determinan una efectiva sucesión de empresa ex art. 44 ET, en la medida en que mitigan el riesgo de la empresa cesionaria respecto de las citadas deudas y puede, por tanto, diluir las eventuales reticencias de la parte empresarial para incluir cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos. Pero la eficacia de tales cláusulas alcanza también a los supuestos de sucesión legal o de sucesión de plantilla, en los que la responsabilidad solidaria ex art. 44 ET (solidaridad que opera respecto del trabajador o la Seguridad Social) puede complementarse con este tipo de garantías dirigidas a proteger a la nueva contratista o empresa cesionaria.

4. Aspectos colectivos de la regulación convencional de la subrogación. Mandato de los representantes y el alcance de los derechos de información

1. La negociación colectiva, ante subrogaciones cuyo origen es convencional y no legal, tiene un fecundo campo de acción para disciplinar los términos de mantenimiento o no de la condición representativa.
2. Los convenios colectivos que incluyen cláusulas de subrogación convencional suelen imponer a la empresa saliente el respeto de los órganos colectivos, y específicamente el mantenimiento del mandato, incluso aunque, tras la sucesión de plantilla, no se conserve la autonomía del centro. Esta tipología de cláusulas, muy garantista con la actuación de la representación legal, ha sido admitida por la doctrina judicial como una manifestación de la autonomía colectiva en relación con las materias de índole sindical que el propio art. 85.1 ET prevé. Con esta regulación colectiva no solo se garantiza el derecho de representación, sino que el régimen de la sucesión de empresa se alinea, en este ámbito, con la previ-

sión comunitaria contenida en el último párrafo del art. 6.1 de la Directiva que, al respecto, dispone que “si la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos no conserva su autonomía, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores”

3. Aunque se han encontrado algunas provisiones convencionales que imponen requisitos de antigüedad en el cargo para proceder a este mantenimiento, esta exigencia debería ser analizada para valorar si tiene una justificación objetiva la pérdida de la condición por no alcanzar un determinado tiempo como representante de las personas trabajadoras.
4. Si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirare como consecuencia de este, la negociación colectiva debería regular expresamente el alcance de las garantías que asisten a los trabajadores traspasados que han perdido la condición de representantes, especialmente en relación con su dimensión temporal, pudiendo ampliar la previsión contenida en el art. 68 —apartado c— ET. Este tipo de cláusulas es coherente con lo previsto en el art. 6.2 Directiva cuando señala que, si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirare como consecuencia de ese traspaso, los trabajadores “continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados miembros”. Aunque en la muestra analizada, algunos convenios sí que contemplan esta previsión, también es frecuente que algunos de ellos limiten el alcance a alguna de las garantías estatutarias, no a la totalidad de las previstas en el art. 68 ET, debiendo instar a la aplicación en su integridad del estatuto protector legamente regulado.
5. En relación con los derechos de información a la representación legal, se insta al reconocimiento tanto a los representantes de los trabajadores de la empresa cesionaria como de la cedente de la documentación relativa a todos los aspectos atinentes a estos órganos, esto es, fecha de elección, representatividad del órgano, duración del mandato. Que esta información se garantice a ambas representaciones plantea un especial interés, máxime cuando el cambio de empresario puede conllevar en la práctica la extinción del mandato representativo. Sin embargo, no es muy habitual en la muestra analizada la inclusión de estos aspectos en la relación documental exigida, aunque sí que algún convenio analizado contempla expresamente esta información al igual que otros también extienden estas obligaciones informativas a la comisión paritaria, lo que ha de considerarse como una buena práctica negocial.

6. La variación en el volumen de la plantilla como consecuencia de la sucesión de empresa debe conllevar una adecuación de los órganos de representación. Tanto el art. 67.1.5 ET como el RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, se establece expresamente el procedimiento de ajuste de esa representación de la plantilla para los casos de incremento de la misma o de su disminución. Habida cuenta que para proceder a la minoración se exige alcanzar un acuerdo expreso, la negociación colectiva, ante los supuestos de sucesión de empresas, debiera articular un procedimiento ágil tendente a la consecución del acuerdo, para procurar tanto la representación de los trabajadores traspasados, como de aquellos no afectados por la sucesión. Sin embargo, ningún convenio de la muestra ha previsto esta circunstancia, instando en estas conclusiones a que los convenios colectivos contemplen las fórmulas para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa ante el hecho sucesorio. De no haberse previsto esta circunstancia, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores lo que puede plantear problemáticas específicas.

Si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirase como consecuencia de este, la negociación colectiva debería regular expresamente el alcance de las garantías que asisten a los trabajadores traspasados que han perdido la condición de representantes, especialmente en relación con su dimensión temporal, pudiendo ampliar la previsión contenida en el art. 68.c) ET. Este tipo de cláusulas es coherente con lo previsto en el art. 6.2 Directiva cuando señala que, si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirare como consecuencia de ese traspaso, los trabajadores “continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados miembros”.

La negociación colectiva ha jugado tradicionalmente un papel esencial para ampliar el ámbito de aplicación y las garantías que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a las personas trabajadoras en los supuestos de transmisión de empresas. Así ha ocurrido significativamente, aunque no solo, en relación con las actividades económicas «intensivas en mano de obra», en las que, ante la dificultad de apreciar la transmisión de una entidad económica, los convenios colectivos han previsto la obligatoria subrogación en los contratos de trabajo.

El objetivo del estudio que aquí se presenta ha sido el de ofrecer propuestas para una regulación más eficaz y completa de la subrogación contractual en los convenios colectivos. Para ello se ha procedido al análisis crítico de una amplia muestra de convenios colectivos. Su estudio ha permitido identificar previsiones convencionales cuya aplicación o interpretación suscita problemas prácticos, así como la ausencia de tratamiento de aspectos que deberían incorporarse progresivamente a la práctica negocial o, en fin, cláusulas novedosas y originales que mejoran las garantías, no solo de las personas trabajadoras sino también de las empresas implicadas en la subrogación. A partir de estas evidencias empíricas, la investigación ofrece propuestas que, avanzando en el importante papel desempeñado hasta el momento por la negociación colectiva, pretenden mejorar la regulación convencional de la subrogación contractual, evitando previsiones incompletas o inaplicables, aportando claridad en la regulación o incorporando supuestos que la negociación colectiva todavía no contempla.

ISBN: 978-84-8417-624-4



9 788484 176244

PVP 8,00€ (IVA incluido)