

EDITORIAL

La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos

Conventional surrogacy behind the doctrine “Somoza Hermo”. Conflicting aspects

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6483>

I. Subrogación convencional: antes y después de la doctrina Somoza Hermo

La decisión alcanzada por el TSJUE en su sentencia de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17, Somoza Hermo) supuso una alteración radical en la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la subrogación convencional. Hasta el citado pronunciamiento, la doctrina casacional venía sosteniendo que, cuando la subrogación de personal derivaba de la obligación impuesta por convenio colectivo, el régimen jurídico aplicable era exclusivamente el previsto en la propia norma convencional. Aspectos tales como el perímetro del personal a subrogar, el reconocimiento o no de la antigüedad a los trabajadores subrogados, la extensión de la responsabilidad solidaria al nuevo contratista o el reconocimiento de los derechos colectivos de los representantes de los trabajadores quedaban condicionados a las previsiones que el Convenio colectivo incluyera. De este modo, se admitía la posibilidad de que el convenio limitase el deber de subrogación solo para trabajadores que acreditasen una determinada antigüedad o que poseyeran determinadas condiciones formativas o que fijara un determinado porcentaje de trabajadores a subrogar. También podía limitar la responsabilidad de la empresa entrante solo respecto de las relaciones laborales vigentes o, en fin, excluir cualquier responsabilidad de la empresa entrante por deudas de la saliente. Solo excepcionalmente, cuando el convenio colectivo no contemplaba previsiones específicas, se había admitido la aplicación supletoria del régimen jurídico del art. 44 ET (STS de 31 de mayo de 2017, Rº 234/2016).

La situación cambia radicalmente a partir de la STJUE de 11 de julio de 2018. Aunque algunos pronunciamientos anteriores del Tribunal europeo ya se habían pronunciado en este sentido, señalando que el hecho de que la sucesión de plantilla se produzca por imperativo del convenio colectivo aplicable “carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica” (STJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00, Temco), e incluso el propio Tribunal Supremo había reconocido esta doctrina (STS de 31 de mayo de 2017, Rº 234/2016), no será hasta la STS de 27 de septiembre de 2018 (Rº 2747/2016) cuando se asume ya íntegramente

la doctrina del Tribunal europeo y su plena aplicabilidad a la sucesión de plantilla derivada de la subrogación convencional.

Ello, lógicamente, ha supuesto una alteración significativa en la interpretación que los tribunales vienen haciendo de las cláusulas convencionales de subrogación. La "indiferencia" de la causa que motiva la continuidad de los contratos de trabajo sobre la noción de sucesión de plantilla ha permitido expandir los efectos de la sucesión convencional y mejorar significativamente la protección de los trabajadores que prestan servicios en contratos de actividad intensiva en mano de obra, dotando así de plena eficacia a la finalidad perseguida por las cláusulas convencionales de subrogación, que no es otra que la de favorecer la estabilidad en el empleo y garantizar de conservación de los derechos adquiridos en el desarrollo de la actividad laboral. Pero, a la vez, ha abierto nuevos frentes de debate sobre las circunstancias que la subrogación convencional debe cumplir para que opere la sucesión de plantilla y sobre la prueba de la existencia de una efectiva sucesión de empresa. Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo han incidido sobre estas cuestiones.

II. Una cuestión previa. La nula incidencia de la doctrina Somoza Hermo sobre la subrogación convencional en actividades no intensivas en mano de obra

Los cambios derivados de la doctrina Somoza Hermo no afectan, obviamente, a la subrogación en sectores productivos que requieren para la prestación de la actividad una organización productiva relevante. En estos casos, la existencia o no de sucesión empresarial depende exclusivamente de la efectiva transmisión de los elementos productivos entre los empresarios cedente y cesionario. Transmisión que no exige necesariamente un cambio en la titularidad de la organización productiva ni está condicionada a la existencia de un negocio transmisivo entre ambos, admitiéndose la posibilidad de que sea un tercero -la empresa principal, en caso de sucesión de contratistas- la que pone sucesivamente a disposición de ambos empresarios la organización productiva necesaria. Lo relevante, en cualquier caso, es que la actividad se desarrolle con los mismos elementos productivos.

En estos supuestos, las cláusulas convencionales de subrogación solo juegan un papel determinante cuando tal transmisión no se ha producido. Ciertamente, son los sectores productivos intensivos en mano de obra -aquellos en los que la actividad productiva no requiere elementos patrimoniales, materiales o no, relevantes- los que con mayor frecuencia incorporan en los convenios colectivos cláusulas subrogatorias. Pero tampoco es extraño que estas se recojan en las normas convencionales que regulan actividades cuya prestación requiere una organización productiva relevante. Los Convenios colectivos sectoriales de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, de hostelería, de restauración colectiva, de contratos ferroviarias, de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogidas, tratamiento y eliminación de residuos y alcantarillado... constituyen, entre otros muchos, ejemplos de sectores en los que, como regla general, los elementos materiales para el desarrollo de la actividad son imprescindibles, y en los que, a pesar de ello, la norma convencional impone la subrogación en los contratos. En estos casos, las cláusulas convencionales de subrogación nunca podrán determinar, por sí solas, la aplicación del íntegro régimen legal de la sucesión. Solo si hay transmisión de la organización productiva operará la sucesión de empresas. Y lo hará en los términos previstos en el art. 44 ET, que desplazan a las previsiones que pudiera contener el Convenio colectivo.

Si, por el contrario, entre las empresas cedente y cesionaria no hay transmisión de elementos productivos, las cláusulas convencionales de subrogación adquieren pleno significado y resultan eficaces para atender a la finalidad que persiguen de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados, operando como regla de cobertura para garantizar la estabilidad en el empleo de trabajadores que, de no aplicar el Convenio colectivo, podrían verse abocados a la extinción de sus contra-

tos. Precisamente porque el art. 44 ET no resulta aplicable, es el Convenio colectivo el que gobierna el alcance subjetivo y las condiciones en que opera la subrogación. Serán perfectamente válidas las previsiones sobre limitación del personal a subrogar, sobre el reconocimiento o no de antigüedad, respecto a la responsabilidad solidaria del nuevo titular, o, en fin, cualesquiera otras condiciones que la norma colectiva decida incorporar, con el único límite de la no discriminación y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Lo mismo puede decirse de la subrogación convencional en actividades que, aun no descansando en elementos productivos materiales relevantes, requieren activos inmateriales o intangibles cuya transmisión entre cedente y cesionario es determinante para la apreciación de una sucesión de empresa. Hay ya pronunciamientos judiciales en los que se declara la transmisión de empresa, al margen o sin transmisión de elementos productivos materiales, tras apreciar la transmisión de la cartera de clientes, del know-how organizativo o de la cesión de contratos (STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-194/18, *Dodic*; STSJ Asturias, de 21 de marzo de 2017 (R^o 6/2017) y STSJ País Vasco, de 7 de enero de 2021, R^o 1453/2020). Tampoco en estos casos puede afirmarse que la plantilla constituya una entidad económica de modo que las previsiones que, en su caso, pudieran recogerse en el Convenio colectivo de aplicación sobre subrogación convencional serían insuficientes para activar la aplicación del art. 44 ET.

III. Subrogación convencional en actividades intensivas en mano de obra. Precisiones del Tribunal Supremo sobre la distribución de la carga de la prueba

Es en el ámbito de las actividades que descansan esencialmente en la mano de obra, aquellas en las que, en palabras del TJUE “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”, donde la doctrina del TJUE sobre la subrogación convencional tiene plena operatividad. Hasta el punto de que en estos casos si, en cumplimiento del Convenio, el conjunto de trabajadores sobre el que opera la subrogación constituye una entidad económica será aplicable, sin matices, el régimen legal de la sucesión (art. 44 ET).

Adquiere, precisamente por ello, una importancia esencial la distinción entre unas y otras actividades. El TJUE y la doctrina judicial han identificado ya numerosos sectores productivos que descansan en la mano de obra: servicios auxiliares de vigilancia e información; servicios de gestión, recursos humanos y administración; limpieza de habitaciones en establecimientos hoteleros; atención domiciliaria y familiar; ayuda a domicilio, limpieza de edificios y locales....

Pero supuestos como el contemplado en la STJUE de 27 de febrero de 2020 (Asunto C-298/18, *Grafé y Pohle*) demuestran que, en esta materia, no caben soluciones generales. En esta sentencia se debatía sobre la existencia o no de sucesión de empresas en el sector de transporte público de viajeros en autobús, una actividad que evidentemente requiere medios de explotación importantes, como el propio Tribunal había señalado en su anterior Sentencia de 25 de enero de 2001 (Asunto C-172/99, *Liikenne*). Entre las empresas que se sucedieron en la prestación de esta actividad no se había producido la transmisión de los vehículos necesarios para la prestación ni de otros elementos productivos relevantes. Aun así, atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes, el TJUE declaró que la continuidad de la plantilla del anterior adjudicatario del servicio podría ser suficiente para apreciar una sucesión de empresas. El supuesto revela que la calificación o no de una actividad como intensiva en mano de obra no puede realizarse con carácter general y absoluto por sectores de actividad, sino que depende, en cada caso, de las circunstancias concretas.

Y es que, como ha reiterado el Tribunal Supremo, la calificación de que una actividad descansa o no en la mano de obra no es algo “que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático

sino al de los hechos y su prueba”. De ahí que el examen de “las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante para la subrogación” (STS de 27 de septiembre de 2018, Rº 2747/2016). Circunstancias, todas ellas, que deben valorarse en cada caso concreto puesto que, como demuestra el supuesto analizado por el TJUE en la sentencia citada, cada caso -por muy evidente que a priori resulte-, merece una consideración específica.

En todo caso, la mera constatación de que la actividad descansa en la mano de obra no es suficiente para que la subrogación contractual impuesta por el convenio colectivo aplicable conlleve la íntegra aplicación del régimen legal de la sucesión de empresas. Para ello se requiere, además, que la subrogación derivada del convenio determine que el nuevo empresario continúa prestando el servicio o desarrollando la actividad que su antecesor con una parte significativa o relevante de la plantilla del anterior, en definitiva, que se ha producido la transmisión de una entidad económica, integrada en este caso por la plantilla de trabajadores.

En este punto, el Tribunal Supremo ha incorporado una primera precisión en materia de subrogación convencional en relación con la prueba exigible para aplicar el régimen legal de sucesión: Quien alega la existencia de una sucesión de empresa en los términos del art. 44 ET debe probar que se ha producido una efectiva transmisión de una unidad productiva, ya sea porque se transmitieron medios materiales entre la empresa entrante y la saliente, ya sea porque la actividad de la empresa pivote sobre medios personales.

El problema se plantea en relación con las actividades intensivas en mano de obra. ¿Hasta dónde alcanza la carga probatoria del demandante interesado en acreditar la existencia de una sucesión de plantilla? ¿basta con probar que la actividad es intensiva en mano de obra? O, por el contrario, ¿se requiere también probar que se ha producido la continuidad de una parte relevante de la plantilla? Como se ha indicado anteriormente, a la luz de la doctrina del TJUE y del propio Tribunal Supremo la sucesión de plantilla derivada de la subrogación convencional requiere dos condiciones: que la actividad descansa en la mano de obra y que el nuevo empresario continúe, por imperativo del convenio, prestando dicha actividad con una parte relevante de la plantilla del anterior. Sin embargo, en relación con la prueba de la sucesión de plantilla, el Tribunal Supremo solo exige al demandante la acreditación de la primera circunstancia, operando respecto de la segunda, la denominada “inversión de la carga probatoria”. Tal inversión supone que, una vez acreditado por el interesado que la actividad es intensiva en mano de obra, se activa el juego de la carga probatoria de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes para neutralizar la eficacia jurídica de los hechos constitutivos (art. 217.3 LEC). De esta forma, es la parte que niegue la sucesión quien debe probar que no se ha producido una continuidad de parte relevante de la plantilla. Reglas de distribución de la carga de la prueba que se han aplicado desde la STS de 27 de septiembre de 2018 y que han permitido estimar la existencia de sucesión de plantilla aun no constando entre los hechos probados la existencia de una continuidad relevante de la plantilla, si la parte interesada tampoco ha acreditado lo contrario.

Algún pronunciamiento reciente ha vuelto sobre esta cuestión de la carga de la prueba y alcanza una solución que parece poner en cuestión las citadas reglas probatorias. La STS de 8 de septiembre de 2021 (Rº 2554/2020, Asunto Ambuibérica/Ambupadrón) desestima la demanda de un trabajador que reclamaba, con fundamento en la sucesión de empresa, la responsabilidad solidaria de su nuevo empleador por deudas salariales anteriores al cambio de contratista. Se trataba de un trabajador, conductor de ambulancias, que había sido subrogado por la nueva contratista en aplica-

ción de la obligación prevista en el Convenio colectivo sectorial. La cuestión casacional consiste en decidir si, producida una subrogación convencional, es al trabajador demandante a quien corresponde probar que se había producido una sucesión de empresa o si, por el contrario, es la empresa quien debe acreditar lo contrario. El Tribunal Supremo considera que es el demandante quien debería haber probado la sucesión de empresa, bien acreditando que se produjo la transmisión de medios materiales entre las empresas bien que la actividad de la empresa pivotaba sobre medios personales. Puesto que el trabajador no alegó ni acreditó ninguna de estas circunstancias es evidente, señala el Tribunal, que no acreditó los hechos constitutivos de su demanda lo que conduce a su desestimación ya que, de no hacerlo así, se estaría otorgando tutela a pretensiones infundadas. En puridad, no hay modificación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, que siguen permitiendo la inversión de la carga probatoria cuando el demandante alega y prueba que la actividad es intensiva en mano de obra. La peculiaridad del caso es que se trataba de una actividad que requería elementos materiales relevantes para su prestación de modo que solo la prueba de que se había producido su transmisión entre las empresas hubiera permitido activar el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el art. 44 ET. Un ejemplo más de que la subrogación convencional en actividades no intensivas en mano de obra no determina la aplicación del régimen legal de la sucesión de empresas.

IV. El ámbito locativo o funcional de la contrata como elemento determinante para apreciar la sucesión de plantilla por subrogación convencional: reducción, división de contratas y adjudicación por lotes

La anterior cuestión enlaza directamente con la referida a la determinación de qué ha de considerarse una parte significativa o determinante de la plantilla. Cuestión esencial para declarar la existencia de sucesión de plantilla y aplicar íntegramente el régimen legal de la sucesión, desplazando a las limitaciones que la regulación convencional pudiera contemplar. No me voy a detener ahora en el análisis de los requisitos o circunstancias referidas al número de trabajadores subrogados que la doctrina judicial exige para apreciar dicho extremo, cuestión que ya he abordado en otro momento y lugar (A. de la Puebla Pinilla, "Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional", *Trabajo y Derecho*, nº 48, 2018). Pero sí resulta interesante advertir cómo, a estos efectos, puede resultar determinante el ámbito funcional o locativo que se toma como referencia para apreciar si ha existido o no continuidad de una parte relevante de la plantilla. Este problema se plantea en los casos de reducción o división de las contratas pero también cuando la externalización o sucesión de contratas se organiza, por la empresa principal, a través de lotes que incluyen la prestación de un servicio en diversos centros de trabajo.

En el caso de reducción del contenido de la contrata, el Tribunal Supremo admitía la legalidad de las previsiones convencionales conforme a las cuales el Convenio colectivo contemplaba supuestos de sucesión de contratas con modificación de su volumen por reducción del mismo y ofrecía una solución adaptada a esa reducción consistente en permitir al nuevo contratista subrogarse solo en una parte de la plantilla, en proporción a la reducción del servicio contratado. En estos casos, la decisión de la nueva adjudicataria de la contrata de no continuar con la prestación de servicios de algunos de los trabajadores resultaba plenamente ajustada a la legalidad.

Pero esta interpretación se ha visto sustancialmente alterada por la doctrina Somoza Hermo. Y es que si la aplicación de las previsiones convencionales determina que se produzca la transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad se aplicará el art. 44 ET con independencia de que se haya producido una reducción de los servicios o de las horas contratadas. En definitiva, si la subrogación en los contratos, aun no alcanzando a la totalidad de los trabajadores

porque el propio convenio permite la reducción del número de trabajadores subrogados, afecta a un número de trabajadores suficientes para estimar producida una sucesión de plantilla, el deber de subrogación afectará a la totalidad de los trabajadores que el anterior contratista tenía adscritos a la contrata. De nuevo, las previsiones del Convenio quedan desplazadas por el art. 44 ET en aplicación de la interpretación del TJUE Somoza Hermo. Esto es lo que ocurría en la STS 8 de enero de 2019 (Rº 2833/2016, Asunto Securitas/Prosegur) en la que, a pesar de la posibilidad permitida por el Convenio colectivo de no subrogarse en todos los contratos cuando se produjese una reducción de la contrata, se estima que “al margen de la disminución de las horas contratadas, sí se ha producido una transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad entre las dos empresas afectadas”. Añade la sentencia una aclaración muy pertinente al advertir que esto no supone la automática ilegalidad o inaplicabilidad de los preceptos convencionales que permiten la subrogación de una parte limitada de la plantilla en los supuestos de disminución de la contrata. Y es que, efectivamente, si el conjunto de los trabajadores subrogados -limitado en función de la reducción de la contrata- no constituye una entidad económica -por no incluir una parte significativa de la plantilla- no habrá sucesión de plantilla ni, por tanto, aplicación de las garantías del art. 44 ET.

A salvo de esta precisión, las consecuencias que derivan de esta doctrina para los trabajadores son evidentes. Todos los trabajadores afectados a la contrata -y no solo los que tuvieran derecho a la subrogación conforme a las previsiones del Convenio colectivo- resultarán beneficiados por la sucesión ex art. 44 ET y podrán, por tanto, reclamar su continuidad con el nuevo titular de la contrata. Desde la perspectiva empresarial se produce un desplazamiento de costes pues, si conforme a la doctrina anterior a Somoza Hermo, era la contratista saliente quien debía, en su caso, responder por el cese de estos trabajadores, ahora será la nueva contratista, obligada a subrogarse también en estos trabajadores, quien asumirá el coste derivado de su decisión de no subrogarse en sus contratos, como queda evidenciado en la STS de 5 de marzo de 2019 (Rº 2892/2017, Asunto Iman/Ilunion).

Cuestión distinta es la división de las contrata, supuesto que se aborda en la STS de 9 de septiembre de 2020 (Asunto RTVE, Rº 3122/2017). En este caso, referido a la adjudicación del servicio de limpieza en los centros de la corporación RTVE de todo el territorio nacional, el Tribunal Supremo advierte una diferencia entre el objeto de la primera adjudicación -que incluía a todos los centros de trabajo- y el de la siguiente licitación -que, aunque referido también a todos los centros de trabajo, aparecía dividido en lotes-. La trabajadora demandante prestaba sus servicios en un centro de trabajo que no estaba incluido en el lote adjudicado a una nueva contratista. Esto permite al Tribunal afirmar que no se trata de una reducción del servicio que opere sobre una misma contrata sino de que en lo adjudicado no se encuentra un servicio que sí estaba incluido en la contrata inicial. La nueva configuración de la contrata delimita el ámbito sobre el que debe evaluarse si se ha producido o no una continuidad en una parte relevante de la plantilla y, por tanto, si opera o no la sucesión de plantilla.

Un supuesto de características similares, en el que también se plantea el problema de determinar el marco de referencia sobre el que ha de valorarse la continuidad de la plantilla, se suscita en la STS de 22 de septiembre de 2021 (Rº 106/2021, Asunto Paradores). Esta sentencia resuelve sobre la base de que la decisión sobre si se ha producido o no la continuidad de una parte relevante de la plantilla ha de tomarse sobre la unidad económica integrada por todo el lote tal y como este haya sido configurado por la empresa principal, sin que resulte acertado aislar cada centro de trabajo para valorar de forma independiente cada uno de ellos. Lo curioso del caso es que esta interpretación conduce a reconocer la sucesión de empresa incluso en relación con trabajadores cuyo Convenio colectivo no preveía la subrogación. Y es que, en el supuesto analizado por la sentencia citada, eran los convenios colectivos aplicables al resto de centros de trabajo incluidos en el lote los que prevenían la subrogación. Y esta, una vez producida respecto de los trabajadores afectados, provoca la aplica-

ción del art. 44 ET sobre todos los servicios incluidos en la contrata de modo que la subrogación extiende sus efectos también sobre un ámbito convencional que no preveía la subrogación.

V. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones informativas y documentales previstas en el convenio colectivo en las actividades intensivas en mano de obra

Las previsiones que el Convenio colectivo contemple en relación con la subrogación de trabajadores devienen, conforme ya se ha dicho, esenciales para determinar si su cumplimiento conduce a la aplicación del art. 44 ET. Entre tales condiciones, los Convenios colectivos acostumbra a incluir exigencias de carácter informativo o documental a cargo de la empresa saliente y, con mucha frecuencia, otorgan al cumplimiento de tales obligaciones el carácter de condición sine qua non para que opere la subrogación convencional. Esto abre un nuevo núcleo de problemas en relación con la sucesión de plantilla derivada de la aplicación del Convenio colectivo.

La doctrina judicial ha venido entendiendo que el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en la norma convencional para que se produzca la subrogación determina que el nuevo empresario contratista no quede obligado a subrogarse en los contratos de trabajo, manteniendo el trabajador su vinculación con la anterior empresa que, a su vez, podrá recurrir a la extinción por causas objetivas. Interpretación que ha sido matizada para advertir que excepcionalmente la subrogación puede operar si, aun no habiéndose cumplido íntegramente las obligaciones informativas y documentales, el nuevo contratista sí ha recibido la información imprescindible para conocer las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y conocer si las obligaciones salariales y de Seguridad Social estaban cumplidas.

La cuestión es si esta interpretación puede verse modificada por la aplicación de la doctrina Somoza Hermo. La STS de 18 de febrero de 2020 (Rº 1682/2017 Asunto Ambulancias Transalozano/Asistencia Conquense UTE) aborda un supuesto en el que ha de decidirse si opera la subrogación convencional cuando la empresa saliente no ha entregado a la nueva contratista los documentos referidos a la plantilla que exigía el Convenio colectivo. Se trataba de una contrata sobre una actividad no intensiva en mano de obra, sin que constara la transmisión de la organización productiva entre los contratistas. La sentencia, siguiendo la doctrina jurisprudencial señalada, desestima la pretensión por considerar que la documentación omitida era relevante e imprescindible para activar la obligación subrogatoria. El hecho de que de facto la nueva contratista hubiera contratado a los trabajadores de la anterior no altera dicha conclusión, a pesar de que esa contratación se había realizado sin reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores.

Poco puede objetarse a la decisión judicial, por más que resulte sorprendente e injusto que el incumplimiento de la contratista saliente genere un perjuicio de tal calibre para los trabajadores, del que quizás solo podrían resarcirse mediante una acción de despido frente a su anterior empleador, una vía difícil de transitar, dado el plazo de caducidad de dicha acción. Pero, en lo que ahora interesa, si el convenio imponía las obligaciones documentales como condición para que la subrogación convencional operase, la apreciación de su total incumplimiento conduce a rechazar la existencia de tal subrogación y la aplicación de las condiciones que el convenio estableciese.

Pero este pronunciamiento suscita la cuestión de si la resolución hubiese sido la misma en caso de que la actividad fuera intensiva en mano de obra. Esto es, si habiendo asumido el nuevo contratista a la totalidad o a una parte significativa de la plantilla, el incumplimiento de las obligaciones documentales conduciría a la misma conclusión. Parece evidente que, a la luz de la doctrina Somoza Hermo, en un caso como el apuntado el hecho de que el nuevo contratista continúe prescindiendo la actividad con la misma entidad económica -integrada por los trabajadores- determinaría la

aplicación no ya del régimen convencional sino del previsto en el art. 44 ET, resultando entonces irrelevante el incumplimiento de las obligaciones de carácter formal que el Convenio establezca (I. Beltrán de Heredia, "Sucesión de plantilla en contrata intensivas en mano de obra y aplicación del artículo 44 ET: efectos internos de la doctrina Somoza Hermo", *Trabajo y Derecho*, nº 50, 2019).

VI. A modo de reflexión final. Cuestiones pendientes en la subrogación convencional

La aplicación de la doctrina Somoza Hermo impone una relectura del régimen convencional de subrogación. Es imprescindible, en primer lugar, diferenciar en función de si la actividad sobre la que operan las previsiones del Convenio colectivo requiere elementos materiales o inmateriales relevantes o si, por el contrario, es intensiva en la mano de obra.

En el primer caso, y a salvo de que se produzca una efectiva transmisión de la organización productiva, son las previsiones del convenio las que gobiernan íntegramente el alcance subjetivo y las condiciones en que opera la subrogación. En el segundo supuesto, sin embargo, la aplicación del régimen convencional sobre la subrogación o, alternativamente, su desplazamiento por las reglas reguladoras de la sucesión legal depende de la valoración de numerosas circunstancias fácticas.

Entre ellas, muchas dependen de las propias reglas fijadas por el Convenio: las exigencias informativas y documentales que imponga la norma convencional, los efectos y consecuencias que prevea para su incumplimiento, la delimitación de los trabajadores afectados por la subrogación, las previsiones sobre reducción de la actividad o del servicio contratado... son circunstancias que, a la postre, delimitarán si el conjunto de trabajadores subrogados integra o no una entidad económica que mantiene su identidad tras el cambio de empresario o contratista. El convenio colectivo tiene pues margen para asegurarse de que la subrogación convencional conlleve la aplicación de todas las garantías asociadas por el art. 44 ET a la sucesión de empresa.

Pero también la propia decisión empresarial puede incidir en el resultado. Las consideraciones efectuadas sobre la división de las contrata o su organización en lotes, cuyo contenido puede modificarse por la mera decisión empresarial, tienen consecuencias determinantes en la apreciación o no de una sucesión de plantilla, al margen incluso de las previsiones del convenio colectivo.

Lo que, en cualquier caso, resulta evidente es que, cuando la subrogación convencional determine una sucesión de plantillas, el régimen legal desplaza al convencional y pierden eficacia las cláusulas convencionales que limitan el número de trabajadores a subrogar o la responsabilidad de la empresa sucesora. Esta posibilidad, y las plurales circunstancias concurrentes que pueden incidir en que este resultado se produzca, plantea incertidumbres sobre la posición que el nuevo contratista asume al obtener la contrata. Suceder a un anterior contratista supone, para la empresa entrante, asumir un riesgo económico no siempre cuantificable ni previsible. Si la operación merece finalmente calificarse como sucesión de plantilla, la empresa se verá abocada a incorporar a toda la plantilla del anterior que estuviera afectada a la prestación de los servicios objeto de la contrata, y no solo a los que hubiera podido prever conforme a lo dispuesto en el Convenio colectivo. Pero, además, asumirá todas las responsabilidades que derivan del art. 44 ET, incluida la responsabilidad solidaria por deudas salariales y de Seguridad Social del anterior que, además, se extiende a la derivada de contratos de trabajo ya extinguidos -siempre que hubieran estado afectados a la entidad transmitida-. Incertidumbres que están afectando al mercado de las contrata, desincentivando la participación de las empresas, especialmente las de pequeño y mediano tamaño, en licitaciones públicas y privadas por las consecuencias especialmente onerosas que podrían verse obligadas a asumir en caso de obtener la contrata.

Hay fórmulas que, sin afectar a los derechos de los trabajadores, podrían mitigar este impacto y clarificar la posición del contratista entrante. La interpretación judicial de la Sala Tercera del Tribunal

Supremo, que niega alcance liberador a los certificados de descubierto, no contribuye a clarificar el panorama. Ciertamente la STS de 3 de febrero de 2021 (Rº 2584/2019), también de la sala de lo contencioso-administrativo, matiza esta doctrina y ofrece una salida a esta ineficacia de los certificados al admitir que "atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la Tesorería General de la Seguridad Social, al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista". Pero la excepción se formula en tales términos que no aporta la seguridad jurídica necesaria. Es imprescindible, por tanto, que reglamentariamente se clarifique y otorgue a estos certificados plena eficacia. Ello permitiría a las empresas interesadas, al menos, conocer con precisión la responsabilidad que podrían asumir en relación con las cotizaciones de los trabajadores en cuyos contratos deban subrogarse.

Otras medidas, como la de excluir la responsabilidad del nuevo contratista por las deudas derivadas de relaciones laborales ya extinguidas con el anterior contratista, requerirían una expresa intervención del legislador. Aun suponiendo una excepción al régimen legal del art. 44 ET, se trataría de una previsión ajustada a las exigencias de la Directiva 2001/23, sobre sucesión de empresas. El art. 3.1 de la norma europea se limita a imponer la transferencia entre empresarios cedente y cesionario de los derechos y obligaciones que resulten "de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso", y su apartado segundo prevé 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". Ni una ni otra previsión imponen la extensión al adquirente de la responsabilidad por deudas referidas a relaciones laborales extinguidas antes de la transmisión. El art. 44 ET mejora esa regulación extendiendo la subrogación en derechos y obligaciones y la responsabilidad del nuevo empresario también respecto de relaciones laborales ya extinguidas en el momento de la sucesión. Pero es una norma que podría excepcionarse, como de hecho ya ha ocurrido en la transmisión de empresas en el marco del procedimiento concursal. En efecto, el art. 224.1.3º Ley señala que la transmisión de una unidad productiva lleva aparejada la obligación de pago "de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente".

Es, desde luego, una posibilidad, aunque con un impacto negativo para los trabajadores que, siendo acreedores del anterior empresario, vieron sus contratos extinguidos antes de que opere la sucesión de empresas. Este colectivo gozaría de una protección inferior a la de los trabajadores efectivamente subrogados, que cuenta con la responsabilidad solidaria del nuevo adquirente.

Por eso, sin renunciar a la protección reforzada que ofrece el art. 44 ET cuando impone la responsabilidad solidaria de ambos empresarios implicados en la sucesión, podría valorarse, para estos supuestos de sucesión de plantilla derivada de la subrogación convencional, la articulación de fórmulas como la prevista en el art. 130.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público que, en los casos de subrogación del contratista, establece la obligación de la Administración de retener las cantidades debidas al contratista saliente en la cuantía necesaria para garantizar el pago de los salarios adeudados.