

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) No procede extender la responsabilidad empresarial a los administradores. B) El contrato de franquicia no presupone el desplazamiento de la figura del empleador. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo. **4. Contratas.** A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa y sucesión de contrata. B) Responsabilidad solidaria de empresario principal por accidente de trabajo. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Aplicabilidad de la normativa sobre transmisión de empresas a las Empresas de Trabajo Temporal. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios. B) Alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración de cesión ilegal. C) El proceso de conflicto colectivo es adecuado para resolver sobre la existencia de cesión ilegal. **7. Sucesión de empresas.** A) Concepto de sucesión. B) No cabe subrogación empresarial en un supuesto de externalización de servicios de mantenimiento, limpieza y conserjería. C) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: la saliente incumplidora no puede imponer la subrogación. D) La declaración de despido improcedente no determina la responsabilidad solidaria de la empresa saliente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2007 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1242 a J 1749) que afectan a materias relativas a la figura del empresario.

Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a su Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) No procede la extensión de la responsabilidad empresarial a los administradores

La legislación laboral española atribuye la condición de empresario a los receptores de la prestación de servicios realizada por los trabajadores en régimen de subordinación, circunstancia que permite, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, imputar la responsabilidad a quienes sin detentar la condición de empresarios desde la perspectiva formal disfrutaban materialmente de dicha posición en la relación laboral. Por esta vía, la jurisprudencia laboral permite responsabilizar individualmente a los sujetos que forman parte de los órganos de administración integrantes de la estructura societaria, por las reclamaciones laborales de que es objeto la sociedad administrada, cuando esta estructura societaria tiene un carácter ficticio. Pero la naturaleza excepcional de dicha técnica, cuyo objeto es eludir las fronteras erigidas en torno a la personalidad jurídica, exige la concurrencia de una serie de requisitos que permitan demostrar la actuación fraudulenta de los sujetos finalmente responsables. Por ello, no cabe aplicar dicha doctrina cuando del relato fáctico se desprende únicamente que quienes ocupan la condición de administradores de la sociedad se limitan a realizar las actividades propias de su cargo. En concreto, la STSJ de Valencia de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1279, considera insuficiente para afirmar la doble condición de administrador y empresario el hecho probado de que los administradores de la empresa “garantizasen los créditos suscritos por la referida mercantil”.

B) El contrato de franquicia no presupone el desplazamiento de la figura del empleador

El TS se ha pronunciado sobre la validez del contrato de franquicia en su Sentencia de 13 de diciembre de 2006, pronunciamiento judicial que sirve de base a la argumentación sostenida por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2007, I.L. J 1260. En concreto, la tesis jurisprudencial remite al estudio caso por caso para determinar posibles intentos de elusión de las previsiones contenidas en el artículo 1.2 ET, elementos cuya existencia no cabe inducir de la caracterización general de este tipo de fórmulas de colaboración empresarial. En palabras del Tribunal, este “contrato de franquicia es una relativamente moderna forma de asociación o colaboración de dos empresas en virtud

del cual una de ellas llamada franquiciadora, concede a la otra denominada franquiciada, el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una determinada técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios por la franquiciadora contra entrega por aquélla de una contraprestación económica” [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2007, I.L. J 1260]. Pues bien, lo que no cabe presumir es que la licitud de esta peculiar relación comercial entre sociedades determine necesariamente la inaplicación de la normativa laboral, ni el desplazamiento de la figura del empleador, que en estos casos como en el resto de los supuestos, se atribuye a la persona física o jurídica receptora de la prestación laboral, por aplicación del artículo 1.2 ET. Por ello, aunque como antes se ha dicho, el contrato de franquicia permite a la empresa franquiciadora reservarse un control más o menos intenso sobre la actividad empresarial del franquiciado, únicamente cuando el titular de la marca o red comercial asume directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y el resultado del proceso productivo, se constituye la empresa franquiciadora en real y verdadero empleador, sustituyendo como tal a su corresponsal mercantil franquiciado. En el caso objeto de la litis, en el que únicamente ha quedado demostrada la coincidencia temporal en la dirección de ambas empresas de una misma persona, el Tribunal no estima que se den indicios suficientes para afirmar que la empresa franquiciadora asuma directamente la gestión del proceso de trabajo, dé las instrucciones a los trabajadores y asuma el resultado del proceso productivo de la franquiciada, a partir de lo cual decide dejar sin efecto la condena solidaria declarada por la sentencia de instancia.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo

Como ya hemos comentado en números anteriores, la vinculación entre empresas pertenecientes a un mismo grupo no ha de tener, en principio, trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales. La imputación de responsabilidades laborales al conjunto de las empresas que componen el grupo exige la paralela concurrencia de circunstancias adicionales, como el funcionamiento unitario, unidad de dirección, unidad patrimonial, confusión de plantillas o creación de empresas aparentes sin sustento real. En este sentido, la STSJ de Valencia de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1279, considera insuficiente los puntos de conexión entre las empresas codemandadas para declarar la responsabilidad solidaria de éstas, lo que a la postre determina el mantenimiento de los espacios propios de responsabilidad de las empresas respecto a las obligaciones contraídas con sus trabajadores. La sentencia reconoce que las codemandadas comparten administrador y socio mayoritario, la denominación social de una de ellas coincide con una marca comercial propiedad de otra, los créditos solicitados por una son garantizados por la otra y por sus administradores, y el local donde una realiza su actividad es propiedad de la otra; por el contrario, también parece haber quedado acreditada la falta de identidad de los objetos y de los domicilios sociales de las codemandas. Todo ello conduce al rechazo de las pretensiones de los trabajadores, tras concluir que no cabe efectuar una condena al conjunto de las empresas. Similar pronunciamiento encontramos en la STSJ de Galicia

de 24 de enero de 2007, I.L. J 1449, tras observar que “ni del relato fáctico ni de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se desprende base suficiente –más bien lo contrario– que permita establecer la existencia de un grupo de empresas (...), al concurrir únicamente el hecho de que las dos primeras comparten domicilio social, y no aparecer acreditado la conjunción de ningún otro elemento de los señalados en la doctrina jurisprudencial”.

4. CONTRATAS

A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa y sucesión de contrata

Nuevamente, el TS se pronuncia sobre la licitud de vincular la duración del contrato para obra o servicio determinado a la ejecución de una contratación administrativa. Sintéticamente, la jurisprudencia admite la utilización de dicha modalidad contractual para la cobertura de una necesidad empresarial temporalmente limitada y objetivamente definida, como es el caso de una actividad que se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga dicho encargo; y ello, independientemente de que tal actividad se encuentre entre las habituales de la empresa principal o constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, ya que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición de empleador en el contrato de trabajo cuya calificación se discute. Por tanto, la ilicitud del carácter temporal de los contratos realizados por la empresa contratista no puede justificarse en la inexistencia de una obra a ejecutar, entendida ésta como la elaboración de un producto determinado mediante la ejecución de un proceso de trabajo que se inicia y finaliza en sendos momentos determinados, o en la ausencia de prestación de un servicio determinado, entendido éste como una obligación de hacer que concluye con su materialización. Si bien éstos son los supuestos típicos amparados por el artículo 15.1.a) ET, el contrato de trabajo para obra o servicio determinado posee un mayor ámbito objetivo de regulación, que se extiende también a la cobertura de las necesidades de empresarios contratistas caracterizadas por su naturaleza temporal, siempre que dicha situación pueda definirse mediante elementos objetivos y sea conocida por las partes en el momento de la contratación. En opinión de la jurisprudencia, la vinculación de la duración del contrato de trabajo a la duración de la relación contractual que obliga a una empresa a realizar un servicio para otra empresa o para una Administración Pública cumple con ambos requisitos, en la medida en que la finalización de dicha relación funciona como límite temporal previsible. De esta forma, el contrato de trabajo para obra o servicio determinado celebrado entre trabajador y empresario permanecerá vigente mientras se mantenga la vigencia del encargo realizado por un tercero.

A pesar de lo anteriormente expuesto, la STS de 19 de junio de 2007, u.d., I.L. J 1465, rechaza, eso sí alegando falta de contradicción, las pretensiones de un trabajador tras afirmar que el empresario “contrata al actor para un objeto determinado, plenamente

identificable, cual es una adjudicación de servicio, que el Ayuntamiento de Madrid contrata con la empleadora. No se hace constar expresamente que ese servicio constituya actividad permanente, ni tampoco se ha puesto fin a la contrata por decisión de la demandada”.

Con expresa mención a la jurisprudencia más arriba resumida, la STSJ de Baleares de 14 de marzo de 2007, I.L. J 1630, reconoce la licitud de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo por finalización de la contrata administrativa que le servía de causa, sin que la celebración de una nueva contrata por idénticos sujetos determine la paralela obligación de dar empleo a los trabajadores de la anterior contrata. En opinión del Tribunal, “si llegado a su término una contrata y celebrada otra acto seguido con idéntica finalidad entre el mismo empresario principal y el contratista, éste no se encuentra obligado a proporcionar empleo en la segunda a los trabajadores de que se valió para atender a la primera, menos razón existe para que deba hacerlo cuando, como en el presente supuesto litigioso ocurre, el objeto de las contratas sucesivas difiere”. Como puede observarse, la sentencia elude considerar la posibilidad de que entre ambas contrataciones pueda producirse, por aplicación del convenio colectivo aplicable, sucesión empresarial; circunstancia que determinaría el mantenimiento de las relaciones de trabajo afectadas por el proceso de cesión, que no se verían afectadas por la extinción pretendida por el empresario. Es esta segunda la posición mantenida por las SSTSJ de Aragón de 15 y 21 de marzo de 2007, I.L. J 1407, 1409, 1410 y 1411. Este conjunto de pronunciamientos atienden a un supuesto de sucesión de contratas administrativas en el servicio de cafetería de una institución universitaria. El supuesto es peculiar pues permite observar con claridad cierto desconocimiento y una gran resistencia al cumplimiento de la normativa aplicable, en concreto, como razona la sentencia, “cuando la nueva adjudicataria del servicio (...) tuvo conocimiento de que, de conformidad con la normativa vigente, debía subrogarse en los contratos de los trabajadores que estaban prestando servicios en la cafetería, comunicó a la Universidad (...) que renunciaba a la adjudicación de la contrata, salvo que la Universidad pudiera adjudicarle la explotación sin obligación de subrogarse. Se trató de una renuncia condicionada a la obligación subrogatoria: si se eludía ésta, continuaría la explotación de la cafetería. Tras finalizar la contrata (...) la cafetería no abrió sus puertas. Varias trabajadoras que prestaban servicios en ella interpusieron sendas demandas de despido contra” ambas contratas. “La primera sentencia dictada por el Juzgado de instancia declaró la existencia de un despido improcedente, condenando” a la primera contrata y absolviendo a la segunda, “argumentando que no había habido una efectiva subrogación. Y poco después de la notificación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en estos procesos por despido” la segunda contrata “se hizo cargo de la explotación”. Todo ello permite al Tribunal revocar la sentencia de instancia, absolver a la primera contratista y condenar a la segunda por despido de las trabajadoras, por aplicación de la normativa convencional aplicable contenida en el artículo 48 del II Acuerdo Laboral de Hostelería:

“1. Las disposiciones aquí contempladas (la subrogación convencional) son imperativas para las partes a las que afecta, empresa principal, cedente, cesionaria y trabajador, sin que sea válida ninguna renuncia de derechos. No desaparecerá dicho carácter imperativo en el caso de que la empresa cesionaria suspendiese total o parcialmente el servicio.

2. La empresa entrante quedará subrogada en los derechos y obligaciones respecto de los trabajadores.

La transcrita norma, surgida al amparo de la autonomía colectiva de la voluntad con la finalidad de favorecer la estabilidad en el empleo, impone la subrogación incluso en el supuesto de que la empresa cesionaria suspendiese totalmente el servicio. La aplicación del citado precepto a la presente litis obliga a estimar el recurso” (STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2007, I.L. J 1407).

B) Responsabilidad solidaria del empresario principal por accidente de trabajo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 LGSS, la posibilidad de imponer un recargo de las prestaciones económicas que corresponden al trabajador afectado por un accidente de trabajo queda condicionada a la ausencia o el mal estado de los dispositivos de precaución reglamentarios o la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad en el trabajo. La jurisprudencia (SSTS de 18 de abril de 1992 y 16 de diciembre de 1997) establece la responsabilidad solidaria de empresario contratista y principal, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 24.3 y 42.2 LPRL, cuando concurren dos elementos: “a) que la infracción se haya producido en el centro del empresario principal y b) que los servicios u obras contratados o subcontratados correspondan a la propia actividad”. La aplicación de dicha doctrina permite mantener la condena solidaria impuesta en la instancia a empresario principal y contratista, en un supuesto en el que a juicio del Tribunal queda suficientemente acreditado: “a) la recurrente no diseñó ningún tipo de protecciones sólidas para colocar en los bordes de la zanja, a los efectos de prevenir el riesgo de caídas a distinto nivel; b) ni en el momento de comenzar la ejecución de la obra, ni durante el transcurso de la misma, protegió la zanja con barandillas sólidas que evitaran dichas caídas; c) no adoptó procedimientos constructivos que evitaran que los trabajadores tuvieran que aproximarse al borde de la zanja; d) como empresa principal, no atendió por tanto sus obligaciones de coordinación entre empresas que trabajan en el mismo centro de trabajo, lo cual implica el incumplimiento de normativa preventiva; e) como supervisora de la obra, era conocedora del método utilizado en la operación que realizaba el trabajador cuando sucedió el accidente, incumpliendo su obligación en vigilando, pues no ha de olvidarse que uno de sus empleados, ostentaba la jefatura de la obra donde ocurrió el accidente” STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2007, I.L. J 1330; similar conclusión, aunque ahora la responsabilidad se imputa a la otra empresa, se alcanza en otro supuesto en el que ha podido demostrarse que: “la empresa contratista TRESA, SA formaba parte del conjunto de la misma actividad de la principal, tendente a la construcción de un edificio con dos portales (...) Ambas empresas trabajaban en el mismo centro de trabajo y a las dos alcanza, cada una por sí en su ámbito específico y con respecto a las otras y a sus trabajadores, la obligación de disponer de todas las medidas necesarias y adecuadas de seguridad. Ello obviamente exige la colaboración y cooperación entre ambas a fin de ofrecer las reglamentarias medidas. En el presente caso, estrictamente, y si no tuviéramos en cuenta la normativa al respecto, cabía afirmar que, en realidad la

responsabilidad por la infracción sería de TRESA, SA pues en su ámbito específico tiene lugar el accidente del trabajador que, siendo consciente de que el ascensor funcionaba y que TRESA, SA permitía su utilización por los obreros de la misma obra, al ver la puerta entreabierta y presto a ser utilizado por el efecto de la cuña, se introdujo en el hueco en la creencia de que allí estaba la cabina, carente de puertas interiores y de luz, lo que no impedía que el ascensor funcionase así. No obstante en virtud de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, ésta asume también, por imperativo legal expreso del artículo 42.3 de la Ley de Infracciones, la misma responsabilidad que la contratista encargada de la instalación de los ascensores en la obra, ambas son empresas infractoras, según dispone el artículo 123.2 LGSS”. “Existe una concurrencia de culpas entre ambas empresas. Y si el tema no hubiera ofrecido duda alguna de haber pertenecido el trabajador accidentado a la empresa contratista, tampoco en el presente ha de ofrecerlo dada la interconexión de empresas, de los trabajos y de los trabajadores en el mismo espacio. Quien directamente ha generado el riesgo es la empresa contratista, por culpa in vigilando y negligencia, por un exceso de permisividad; pero la responsabilidad del recargo ha de ser asumida, necesariamente por imperativo legal, igualmente por la principal a quien se atribuye la misma culpabilidad ante la no vigilancia y negligencia (y sin duda también permisividad) del cumplimiento por la contratista de la normativa de la prevención de riesgos, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005 y darse el resto de los requisitos exigidos para ello, (...)” STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2007, I.L. J 1460.

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Aplicabilidad de la normativa sobre transmisión de empresas a las Empresas de Trabajo Temporal

El TJCE debe pronunciarse sobre una cuestión prejudicial presentada por un Tribunal austríaco, en la que se pregunta si la Directiva 2001/23, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, resulta aplicable a las empresas de trabajo temporal y, en concreto, si el artículo 1.1 de la citada norma comunitaria es aplicable en un supuesto en el que, de manera consensuada y sin que exista una estructura organizativa delimitable en la primera empresa, pasan a la segunda empresa de trabajo temporal una parte de su personal estable, un tercio de los trabajadores en misión y, como clientes, las correspondientes empresas usuarias en las que dichos trabajadores prestan servicio. El Tribunal comunitario recuerda que la norma comunitaria tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales tras el cambio de empresario y, por ello, resulta esencial a los efectos de aplicación de la misma conocer si la entidad objeto de la litis mantiene su identidad, aspecto que puede desprenderse de la continuidad efectiva de la explotación o de su reanudación.

Por lo que respecta al supuesto enjuiciado, el traspaso de los trabajadores afectados se produce en el marco de la colaboración entre dos empresas de trabajo temporal que comparten, en esencia, los mismos dirigentes y similares clientes, dándose la circunstancia de que, aunque no consta que las empresas implicadas celebraran ningún acuerdo

ni escrito ni verbal, en gran medida los trabajadores de la segunda habían trabajado previamente para la primera empresa de trabajo temporal.

La resolución del supuesto obliga al TJCE a reiterar interpretaciones ya realizadas sobre el concepto de entidad económica, recordando que en determinados supuestos no resulta exigible la transmisión de elementos patrimoniales. “Así, el concepto de entidad económica se refiere a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (Sentencias de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97...), y que sea suficientemente estructurada y autónoma (...). Dicha entidad, no debe necesariamente incluir elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (...)” **STJCE de 13 de septiembre de 2007**, I.L. J 1618.

La sentencia se detiene a estudiar las especiales características de las empresas de trabajo temporal, particularmente la inexistencia de una organización propia delimitable, circunstancia que obliga al Tribunal a dirigir su análisis sobre los elementos personales transmitidos, al objeto de valorar si éstos pueden ser considerados “un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de ésta” **STJCE de 13 de septiembre de 2007**, I.L. J 1618.

“35. A este respecto, hay que subrayar que la actividad de las empresas de trabajo temporal se caracteriza por la cesión temporal de trabajadores al servicio de empresas usuarias con el fin de que éstos desempeñen en ellas tareas diversas según las necesidades y las consignas de éstas. La realización de tal actividad requiere en particular unos conocimientos específicos, una estructura administrativa adecuada para organizar esta cesión de trabajadores y un conjunto de trabajadores temporales que puedan integrarse en las empresas usuarias y ejercer en ellas las tareas solicitadas. En cambio, no son indispensables otros elementos de explotación significativos para la realización de la actividad económica de que se trate.

36. El hecho, destacado por el órgano jurisdiccional remitente, de que los trabajadores cedidos temporalmente se integren en la estructura organizativa del cliente a cuyo servicio son cedidos no impide, como tal, declarar la existencia de una transmisión de entidad económica. En efecto, dichos trabajadores no dejan por ello de ser elementos fundamentales sin los cuales sería en esencia imposible que la empresa de trabajo temporal desarrollase su actividad económica. Además la circunstancia de que, como por otro lado recoge el artículo 1, número 2, apartado 2, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2001/23, estén ligados al cedente por una relación laboral y que éste les remunere directamente confirma

su vinculación a la empresa explotada por el mencionado cedente y, por tanto, su contribución a la existencia de una entidad económica dentro de esta última.

37. De lo anterior resulta que el simple conjunto compuesto por los empleados encargados de la gestión, los trabajadores temporales y los conocimientos específicos puede perseguir un objetivo propio, a saber, la prestación de servicios consistente en la cesión temporal de trabajadores a las empresas usuarias a cambio de una remuneración, y que tal conjunto puede constituir una entidad económica que es operativa sin necesidad de otros elementos de explotación importantes ni de otras partes del cedente. Esto puede ser lo que sucede, en particular, en el caso de autos en la medida en que el conjunto estaba compuesto por un empleado administrativo, un director de filial, encargados de la asistencia a clientes, un tercio de los trabajadores temporales y gerentes que poseen unos conocimientos específicos, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente” (**STJCE de 13 de septiembre de 2007**, I.L. J 1618).

A tenor de todo lo anterior, el TJCE interpreta que la Directiva 2001/23 resulta aplicable cuando parte del personal administrativo y de los trabajadores en misión pasan a otra empresa de trabajo temporal para continuar realizando las mismas actividades al servicio de idénticos clientes, siempre que quede acreditado que los elementos afectados por la transmisión son suficientes para permitir la continuidad de la actividad económica.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad en cambio abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata.

En ocasiones, la complejidad aumenta si, fruto de la aplicación de la normativa legal o convencional sobre sucesión de empresa, los trabajadores demandantes han permanecido en la realización de las tareas propias de su puesto de trabajo en la empresa principal bajo sucesivos contratos laborales celebrados con las diversas contratas que han accedido a la prestación de servicios objeto de subcontratación. Es el caso del litigio resuelto por la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007**, I.L. J 1249, en el que una empresa dedicada a la fabricación de muebles de baño contrata los servicios de limpieza con diversas empresas que se han ido sucediendo en la adjudicación de éstos, dándose la circunstancia que la demandante ha venido prestando su actividad laboral como limpiadora en las dependencias de dicha empresa, bajo la dependencia de varias empresas del sector de la limpieza que se han ido subrogando en virtud de contratas sucesivas. Dando por probada la existencia real de las empresas afectadas, el soporte contractual lícito y definido entre ambas empresas y,

particularmente, el ejercicio por la contratista “de las facultades, derechos y obligaciones que le corresponden en atención a su condición de empleadora a través de trabajadores de ésta, que continúa reorganizando el servicio de limpieza en cada una de las empresas con las que tiene contratos” (STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2007, I.L. J 1249), el Tribunal sostiene la licitud del comportamiento empresarial, conclusión que a juicio de la sentencia no se ve empañada por el hecho de que la empresa principal haya hecho frente en ocasiones a las deudas salariales que las empresas contratadas mantenían con dicha trabajadora, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 ET. A similares conclusiones debe llegarse cuando, a juicio del Tribunal, queda acreditado que “la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador. Éste es el caso aquí analizado, en el que no cabe, por tanto, apreciar cesión ilegal” [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de marzo de 2007, I.L. J 1397]. Conviene tener presente que en el supuesto enjuiciado se consideran hechos probados que la trabajadora prestaba servicios en los locales de la empresa principal, utilizaba el material perteneciente a ésta (sillas, mesas, ordenadores, teléfono, programas informáticos, etc.), recibía las instrucciones para la realización del trabajo directamente de los responsables de dicha empresa que, a su vez, visaban sus vacaciones y permisos antes de remitirlos a la empresa auxiliar. Estas circunstancias podrían debilitar la contundencia de la argumentación de la sentencia, no en vano fueron fundamentales para la condena por cesión ilegal en la instancia.

En otros supuestos, los Tribunales entienden que cuando bajo la cobertura formal que ofrece la contrata de obras y servicios se produce la cesión de un trabajador que se inserta en la organización de la empresa principal, participando de las labores de ésta como un trabajador más de la propia plantilla, puede considerarse que el fenómeno interpositorio prohibido se ha producido, y procede la declaración de responsabilidad solidaria prevista en el artículo 43 ET. En este sentido, se manifiestan un conjunto de pronunciamientos judiciales en los que, como en el anterior, son condenadas empresas de titularidad pública, como la STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2007, I.L. J 1400, tras considerar acreditado que “el hecho de que las actoras estén prestando sus servicios como trabajadoras de la Consejería de Asuntos Sociales, mezclados con los propios trabajadores al servicio de la misma y bajo la dirección de esta última, sin la presencia de la empresa que los contrató que únicamente se limita a fijar su régimen de vacaciones, hace que nos encontremos ante una cesión ilegal de trabajadores prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”; la STSJ de Baleares de 24 de mayo de 2007, I.L. J 1650, que resuelve sobre la contratación de los servicios administrativos de una Residencia Militar en la que ha sido probado que la trabajadora, contratada al efecto por la contratista, realizaba las tareas semejantes a las de “recepción de clientes en un establecimiento de hostelería, como los de confección de tarjetas informatizadas de entrada a las habitaciones, facturación informatizada, cobro y recepción de facturas de hospedajes, control albaranes y facturas de proveedores, etc.,

funciones que realizaba con personal laboral perteneciente al Ministerio de Defensa y bajo la supervisión del coronel, capitán o brigada que gestionan la Residencia y sin que ningún directivo de Optimalia compareciera para organizar el trabajo o impartir instrucciones”; la STSJ de Baleares de 27 de abril de 2007, I.L. J 1640, que condena por cesión ilegal de trabajadores a la administración Balear tras considerar que del “conjunto probatorio se desprende con claridad que la actuación de la Cooperativa se reduce en la práctica a proporcionar al Patronato el personal, docente y administrativo, necesario para que la Escuela desarrolle su actividad formativa, única razón por la que percibe del Patronato contrapartida económica. No gestiona, en cambio, la Escuela, frente a lo que se arguye el recurso, ni organiza, dirige ni controla las prestaciones laborales del personal que aporta. La selección de personal nuevo tampoco corresponde a la Cooperativa sino a la Comisión *ad hoc* antes citada. La Cooperativa no asume riesgo empresarial alguno a resultas de la ejecución del convenio, ya que el total coste salarial y social que genera el trabajo del personal corre a cargo del Patronato. La Cooperativa ni siquiera es, en fin, la verdadera depositaria del poder disciplinario sobre dicho personal en cuanto atañe al cumplimiento por parte de éste de sus obligaciones laborales, y se encuentra sujeta a las instrucciones que el Patronato considere convenientes para la buena gestión del servicio”; y, por último, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 1 de febrero de 2007, I.L. J 1628, que considera cesión ilegal la prestación de servicios de los trabajadores de la empresa pública TRAGSA para el Organismo Autónomo de Parques Nacionales, considerando que en el acto de juicio quedó suficientemente demostrado que “las tareas, funciones y régimen laboral del actor eran prestadas durante el tiempo que trabajó para el Organismo demandado, y sólo formalmente trabajó para las sucesivas diversas empresas concesionarias del objeto de los contratos administrativos, y éstos no se ajustan a la realidad material puesto que tales tareas y funciones se prestaban para el Parque Nacional que gestiona el Organismo condenado, sin que apenas esas sucesivas empresas adjudicatarias intervinieran en el régimen laboral de las mismas, con mínimo ejercicio de las facultades patronales de dirección y control laboral”.

B) Alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración de cesión ilegal

Declarada judicialmente la existencia de una cesión ilegal entre dos empresas y ejercitada por el trabajador la opción de permanecer en la plantilla de la empresa cesionaria, continúa siendo objeto de discusión la determinación del alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración judicial de ilegalidad. En concreto, en ocasiones, el órgano judicial debe determinar si la responsabilidad por los salarios opera desde el momento en que se ejerce la opción prevista en el artículo 43.3 ET, o si, por el contrario, dicho derecho puede extenderse a todo el tiempo que duró la expresada cesión ilegal. Conviene recordar que inicialmente la jurisprudencia solía distinguir entre supuestos de interposición protagonizados por empresarios reales y ficticios, concluyendo que el derecho de opción del trabajador únicamente era realizable en supuestos de cesión ilegal entre empresas reales, careciendo de sentido cuando la empresa cedente es ficticia (SSTS de 18 de marzo de 1994 y 21 de marzo de 1997); con posterioridad se impone un criterio diverso, el que defiende que, desde el punto de vista de sus efectos, la unidad del fenómeno jurídico de la interposición convierte en irrelevante el hecho de que ambas

empresas sean reales o simuladas (SSTS de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002).

En el caso que nos ocupa, la **STSJ de Galicia de 19 de enero de 2007**, I.L. J 1450, se aparta de esta línea jurisprudencial volviendo sobre los pronunciamientos iniciales, para finalizar afirmando:

“En definitiva, si se trata de una empresa ficticia no es pensable la posibilidad de opción a que se refiere el artículo 43.3 ET ya que en ese caso solamente ha existido la prestación de trabajo para la empresa cesionaria, por lo que puede reclamarse el salario de esa empresa real receptora de los servicios. Pero si, como ocurre en el presente caso, se trata de dos empresas reales, aunque ello no excluya la situación de cesión ilegal por falta de puesta en juego de la organización empresarial de la cedente, la posibilidad de opción es real, y si el trabajador no la ha ejercitado no puede reclamar los salarios de empresa distinta a la que lo ha contratado y abonado el salario. La reclamación de diferencias salariales con efectos retroactivos solamente es posible, según la misma jurisprudencia, cuando se está ante un fenómeno de pura interposición, es decir, ante una empresa ficticia, en cuyo caso no tiene sentido la opción que regula el precepto, pero por el contrario cuando se trata de empresas reales (...) hay que tener en cuenta la eficacia *ex nunc* que tiene la sentencia constitutiva sobre la cuestión.”

C) El proceso de conflicto colectivo es adecuado para resolver sobre la existencia de cesión ilegal

El Tribunal Supremo ha unificado la doctrina respecto a un problema de orden procesal que afectaba a los procesos en materia de cesión ilegal. En concreto, el litigio trata de resolver la idoneidad de la modalidad procesal de conflicto colectivo prevista en los artículos 155 y siguientes de la LPL, para instar la declaración de existencia de cesión ilegal de trabajadores entre dos empresas prohibida por el artículo 43 ET. En opinión de la parte recurrente, los trabajadores afectados por la cesión ilegal forman un grupo genérico indefinido de trabajadores que se ven afectados por el conflicto, y ello porque la pretensión de la demanda de que se declare la cesión ilegal de trabajadores, afecta a la totalidad de trabajadores del centro de trabajo.

“En el supuesto concreto ahora sometido a la consideración de la Sala se ha de examinar si concurren o no los requisitos exigidos para determinar si la modalidad procesal del conflicto colectivo es el cauce procesal adecuado para el planteamiento de la cuestión litigiosa. Las circunstancias que presenta el asunto son las siguientes: a) existe un grupo genérico de trabajadores que viene configurado e integrado por la totalidad de trabajadores que prestan servicios en Petrocan, SA, en el centro de trabajo de Las Palmas. El derecho colectivo, cuyo reconocimiento se pretende, es el que puede afectar a tal grupo homogéneo y no individualmente a cada uno de los trabajadores que integran dicho grupo. b) El objeto del proceso es que, tras la declaración de cesión ilegal de trabajadores entre el centro de Petrocan, SA, de las Palmas de Gran Canaria y Cepsa, se reconozca el derecho de los trabajadores a optar por la condición de trabajadores de Cepsa y aplicación del Convenio

colectivo de esta última, en definitiva, la interpretación de si la decisión o práctica de la empresa Petrocan, centro de trabajo de Las Palmas, de Gran Canaria, en la forma de realización de su actividad de recepción, almacenamiento y suministro de combustible líquido en Las Palmas, constituye cesión ilegal de trabajadores a Cepsa, con las subsiguientes consecuencias legales inherentes a tal declaración.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que el conflicto reúne los requisitos que permite su planteamiento por el cauce procesal del conflicto colectivo ya que existe un grupo homogéneo de trabajadores afectados por el conflicto, no constituyendo la configuración del grupo una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y pueden, en su momento, hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo, ya que la diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales, que en última instancia lo componen, es que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que *a priori* y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores individuales forman o no parte del grupo en atención a sus circunstancias personales, que en cada caso han de probarse” (STS de 12 de junio de 2007, u.d., I.L. J 1657).

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de sucesión

El objetivo perseguido, en principio, por la regulación laboral que ordena las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados; no en vano es ésta la denominación que recibe la normativa comunitaria en la materia contenida en la Directiva 2001/23, de la que es deudora la regulación prevista en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de dicho precepto queda determinado por lo dispuesto en su apartado segundo, donde a tales efectos se considera que la transmisión se ha producido cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. En esta ocasión, la **STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 1454, trae a colación la doctrina del TJCE en la materia, concretamente la vertida en los asuntos Spijkers, Schmidt y Allen, para reiterar que a los efectos de la determinación de la existencia del supuesto regulado en la norma resulta esencial comprobar si la entidad económica ha mantenido su identidad, conclusión que resulta de la constatación de la continuidad en la actividad económica por el nuevo empresario. Dicha realidad puede estimarse cuando se produce la transmisión de elementos corporales o incorporeales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o una parte esencial de la plantilla. La referencia a la jurisprudencia comunitaria se completa con una amplia revisión de la jurisprudencia española en la materia, sin que en ocasiones los Tribunales tengan suficientemente en cuenta la evolución de la normativa comunitaria e interna, que no parece alterar el razonamiento del Tribunal, para quien la inaplicabilidad al supuesto de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET impone el rechazo del recurso. Conforme establece el texto de la sentencia:

“En lo relativo a la entidad SERCOYSA, no puede producirse la sucesión empresarial con respecto a plantilla perteneciente a otras unidades autónomas de producción (en otros centros de trabajo), porque así lo impone el propio precepto postulado como infringido –artículo 44 ET– y se deduce del hecho de que la empresa Aglonor SL contase con tres centros de trabajo independientes y –sobre todo– operativos (Montesequeiros, Cantera de Ventoxo y Teruel). Sin que a esta conclusión sea óbice que determinados trabajadores pasasen de prestar servicios de la anterior concesionaria a la nueva, porque –en definitiva– la venta se refería a una concesión administrativa de explotación de una cantera (Ventoxo), que aún en funcionamiento, precisó de una fuerte inversión de capital (un millón de euros); y no debe olvidarse que los supuestos contemplados en el artículo 44 del Estatuto, nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros (STC 66/1987, de 21 de mayo); aunque a esta manifestación, tomada aisladamente, no puede otorgársele un valor absoluto por cuanto se trata de la interpretación de la legalidad ordinaria (...) Por lo que sólo a los trabajadores objeto de transmisión –entre los cuales no estaban los actores– puede afectar la sucesión, ya que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (...)” (STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2007, I.L. J 1454).

Aunque seguramente el fallo no cambiaría de signo, particularmente porque las consecuencias previstas en el artículo 44 ET no pueden aplicarse a los trabajadores no afectados por la cesión, desde nuestro punto de vista la argumentación de la sentencia debiera haber tenido en cuenta otros aspectos. En concreto, la decisión de asumir con trabajadores propios actividades anteriormente objeto de subcontratación puede quedar plenamente bajo el ámbito de aplicación del artículo 44 ET tanto como la operación contraria, siempre que la transmisión “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”. El rechazo de la pretensión de los actores debiera argumentarse en torno a la existencia o no de datos fácticos que permitan determinar si en el proceso de asunción de la actividad de la contrata por la empresa principal se produjo la transmisión de una entidad económica, en los términos establecidos por el artículo 44.2 ET. Curiosamente, es éste el argumento central utilizado para la desestimación de la pretensión de los trabajadores respecto de una segunda empresa implicada en el litigio:

“En lo que se refiere a la entidad Seixo, no se ha transmitido una unidad productiva con capacidad para funcionar autónomamente, porque en el contrato de cesión del arrendamiento se exceptúa la maquinaria y la planta de aglomerado asfáltico, ni existe obligación de instalar una planta de aglomerado, por lo que mal puede hablarse de sucesión empresarial al faltar la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales, que permitirían la continuidad de la actividad empresarial; y, por ello, no podemos apreciar

aquella cuando lo que se ha transmitido no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos meros elementos patrimoniales aislados” (STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2007, I.L. J 1454).

Similares argumentos determinan la apreciación de sucesión empresarial en un supuesto de cambio de titularidad de la actividad de un conservatorio de música materializada mediante Decreto del gobierno autonómico, de integración de dicha actividad en la estructura de la administración autonómica. La norma autonómica dispone la asunción del nuevo organismo público de los alumnos, otros elementos inmateriales y elementos significativos de la infraestructura empresarial como instrumentos musicales y aparatos de imagen y sonido anteriormente pertenecientes a un consorcio. En opinión del Tribunal “lo que se transmite no es únicamente un servicio sino una actividad consistente en la enseñanza musical con todos los elementos materiales necesarios para el funcionamiento de la misma (incluidos los muebles y, temporalmente, el inmueble todos los cuales configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación” [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2007, I.L. J 1721]; y, todo ello, independientemente de la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo de los trabajadores afectados por el proceso de transmisión, tal y como afirma para el mismo caso la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2007, I.L. J 1718.

B) No cabe subrogación empresarial en un supuesto de externalización de servicios de mantenimiento, limpieza y conserjería

Los procesos de descentralización de determinados servicios como son los de mantenimiento, limpieza o seguridad se ven afectados con frecuencia por problemas relacionados con las circunstancias en que se produce la modificación de las empresas que prestan tales servicios para una empresa principal y, en concreto, las reclamaciones judiciales suelen versar sobre las posibilidades legales o convencionales de subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores empleados en la realización de las actividades correspondientes. En tales supuestos, los Tribunales suelen aceptar limitar la aplicación del artículo 44 ET a los casos en que se produce transmisión de los elementos materiales fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial, circunstancia que no suele producirse en los procesos de cambio de contrata referida a alguna de las actividades descritas. La exigencia de transmisión de elementos materiales, tesis largamente defendida por la jurisprudencia laboral española, ha impulsado a introducir en los convenios colectivos de sector obligaciones de subrogación empresarial en supuestos de sucesión de contratas, aunque conviene tener en cuenta que, con carácter general, dichas cláusulas convencionales no han llegado a igualar en intensidad y extensión las garantías previstas por la norma legal. Pues bien, partiendo de la situación descrita, el TSJ de Madrid se enfrenta a una reclamación de un grupo de trabajadores, empleados en tareas de limpieza, mantenimiento y conserjería, de un colegio mayor que ha decidido externalizar dichos servicios. El empresario principal entiende que, por aplicación del artículo 44 ET, los trabajadores que realizaban dichas actividades, desde el momento en que se produce su transmisión, deben pasar a formar parte de la plantilla de la empresa

auxiliar que asume la realización de tales servicios, en virtud del contrato de adjudicación celebrado entre ambas empresas. La Sala, tras realizar una extensa revisión de la normativa y jurisprudencia en la materia, culmina sus razonamientos realizando una certera crítica de la denominada tesis de la “sucesión en la plantilla”, conforme a la cual en actividades intensivas en mano de obra debe entenderse que existe sucesión empresarial cuando la transferencia de la actividad se acompaña de la contratación por el nuevo empresario de una parte fundamental de los trabajadores que realizaban tales actividades para la anterior contratista. A pesar de reconocer la obligación de la Sala de seguir el criterio establecido por la jurisprudencia comunitaria, el fallo de la sentencia elude pronunciarse a favor de las tesis de las empresas tras considerar que:

“en el presente caso no estamos ante una verdadera contrata, sino ante una decisión, como establece la sentencia de instancia en su fundamento de derecho segundo, de externalizar el servicio de limpieza, que hasta la fecha venía desarrollando la entidad demandada, Colegio Mayor Argentino, con personal propio, entre el que se encontraban los actores”. “En consecuencia, cabe concluir indicando que el contrato concertado entre ambas empresas no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de la primera, porque resulta claro que ésta continúa desarrollando la misma actividad —continúa con trabajadoras a su servicio— siendo de su cargo, —como establece el hecho probado tercero de la sentencia— el abono de los gastos de fluidos, tales como gas, agua, o energía eléctrica que sean necesarios para el desarrollo de la actividad del contrato” (STSJ de Madrid de 26 de abril de 2007, I.L. J 1645).

En nuestra opinión, la aplicación al caso de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria en la materia no debe eludirse con los argumentos de la sentencia, pues desde nuestro punto de vista a estos efectos resulta irrelevante si la transmisión de la actividad se produce entre el empresario principal y el contratista o entre sucesivos contratistas de la actividad, o si el primero abona determinados gastos vinculados a la realización de la actividad empresarial que difícilmente podrían aislarse. Por el contrario, el razonamiento judicial en el caso analizado debiera haber discurrido en torno al concepto de transmisión, en concreto alrededor de los datos fácticos que deben determinar si la actividad económica transmitida mantiene o no su identidad, si se ha producido o no transmisión de elementos materiales y, en caso de respuesta negativa, si éstos son o no fundamentales para el desarrollo de la actividad y, por último, si se ha verificado la subrogación contractual respecto de un número significativo de trabajadores.

C) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: la saliente incumplidora no puede imponer la subrogación

Como se ha comentado en el apartado anterior, cuando el cambio de titularidad de la contrata de servicios no es considerado sucesión de empresa, a los efectos previstos en el artículo 44 ET, los efectos subrogatorios en éste previstos pueden imponerse por disposición del convenio colectivo aplicable. Ahora bien, cuando la subrogación

empresarial se produce por aplicación del convenio colectivo habrá que estar a lo dispuesto en la correspondiente norma convencional para determinar los requisitos aplicativos y la extensión de la responsabilidad, no siendo aplicables, salvo expresa remisión, las garantías al efecto previstas en la norma legal. Los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento de la empresa adquirente de cierta información sociolaboral relativa al personal afectado por la subrogación. El incumplimiento de alguna de estas obligaciones puede enervar la obligación de subrogación, que en caso contrario pesaría sobre el empresario adquirente, perdiendo la empresa cedente incumplidora la facultad de exigir la subrogación del adquirente en los contratos de los trabajadores empleados en la actividad objeto de transmisión. El incumplimiento de la empresa cedente no debe perjudicar los intereses de los trabajadores afectados, cuyas relaciones laborales no deben considerarse directamente extinguidas por causa de la finalización de la contrata. Por último, la nueva adjudicataria tiene la obligación de hacerse cargo de los trabajadores afectados, claro está, siempre que concurran los supuestos convencionales de subrogación. A partir de dichas premisas, la resolución de cada caso en buena medida depende del estudio de la regulación convencional, cuyo contenido debe determinar la naturaleza de los requisitos formales, los efectos del incumplimiento de las obligaciones en el proceso de transmisión o de la ausencia de pronunciamiento del trabajador. En el supuesto objeto de comentario, corresponde al Tribunal Supremo la labor de examinar los términos de la regulación contenida en el artículo 14 del Convenio Nacional de Vigilancia y Seguridad y determinar la naturaleza y los efectos de los posibles incumplimientos de las obligaciones impuestas por éste a los empresarios cedente y adquirente. Conforme establece la sentencia:

“la solución del presente caso tiene que partir de dos datos: que se han cumplido los supuestos fácticos determinantes de la subrogación (cese en la contrata con entrada de nueva adjudicataria y afectación de los demandantes) y que, sin embargo, no se ha cumplido la exigencia de información —dado que el examen del alcance del retraso queda fuera de la contradicción y, por tanto, de este recurso—. Hay que valorar, por tanto, qué alcance tiene el incumplimiento por la empresa saliente de su deber de información. La primera conclusión que hay que establecer es que el cumplimiento de esa obligación no es un requisito constitutivo de la subrogación, porque no se concibe como tal en los apartados A y B del artículo 14, que son los que definen el supuesto de hecho de la norma. En este sentido es significativo que la obligación de información se contemple de forma independiente en el apartado C) del artículo y no en los apartados A) y B), que delimitan los requisitos necesarios para que opere la subrogación. Se trata de una obligación relacionada con la aplicación del proceso de subrogación, que no es un proceso que opere de forma automática, pues el artículo 14.C).2 permite su neutralización por la empresa saliente. Por otra parte, la subrogación no crea sólo derechos para la empresa saliente (su facultad de extinguir su vínculo laboral con los trabajadores afectados), sino también para el trabajador (su derecho de incorporarse a la nueva adjudicataria). Por ello, hay que concluir que si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento de su deber de información por parte de la empresa saliente no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabajador, 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. El trabajador podrá instar su incorporación a la nueva adjudicataria,

aunque tendrá que acreditar los hechos que fundan su pretensión. Pero la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores. Pero la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores. De ahí que el incumplimiento del deber de información permita a los trabajadores afectados mantener su relación con la empresa saliente o instar su incorporación a la nueva adjudicataria” (STS de 26 de julio de 2007, u.d., I.L. J 1610).

D) La declaración de despido improcedente no determina la responsabilidad solidaria de la empresa cedente

El Tribunal Supremo se pronuncia, en unificación de doctrina, sobre la extensión subjetiva de la responsabilidad por despido improcedente de un trabajador afectado por un proceso de sucesión de contratatas y, en concreto, sobre si la contrata transmitente es o no responsable solidaria frente al trabajador no asumido por la contrata entrante. Conforme a la redacción prevista en el artículo 44.3 ET, la responsabilidad solidaria por deudas laborales debe circunscribirse temporalmente a las nacidas con anterioridad a la transmisión, salvo que la cesión haya sido considerada delito, supuesto en el que ambos empresarios responderán también por las obligaciones nacidas con posterioridad a dicho acto. Si las obligaciones cuyo cumplimiento se exige, las derivadas de la declaración judicial de improcedencia del despido del trabajador ante la negativa a su continuidad por la empresa entrante, han surgido con toda claridad producida la sucesión de contratatas, difícilmente cabe exigir responsabilidad alguna al empresario transmitente, salvo que por sus incumplimientos hubiese podido perjudicar la continuidad de la relación laboral. No siendo así, el empresario transmitente queda eximido de responsabilidad, pues ahora corresponde al empresario entrante, que se ha subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, asumir las consecuencias que puedan derivarse de la extinción de la relación de trabajo. A favor de esta interpretación se manifiesta el Tribunal Supremo, tras afirmar lo siguiente:

“si la subrogación empresarial extinguió la relación laboral del actor con Ferrovia SA, siendo la nueva concesionaria del mantenimiento del Hospital Sierrallana, quien no contrató a aquél, las consecuencias de su actuación, que fue calificada por la sentencia recurrida despido improcedente, debe soportarlas la nueva concesionaria, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, no procediendo por tanto condenar a Ferrovia Servicios SA, ya que se trata de un supuesto distinto no comprendido en el artículo 44.3 del ET” (STS de 12 de julio de 2007, u.d., I.L. J 1526).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO