

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. EMPRESARIO.
 - A) **Centro de trabajo: No tiene tal naturaleza el lugar donde los trabajadores prestan servicios ocasionalmente en virtud de contrata.**
 3. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
 4. CONTRATAS.
 - A) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
 5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo.**
 - C) **Personal de alta dirección y sucesión de empresa. Indemnización.**
 - D) **Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Convenio colectivo. Antigüedad.**
 - E) **Recargo de prestaciones económicas y sucesión de empresa.**
-

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 11 de 2011 de la *Revista Información Laboral* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la naturaleza de centro de trabajo a efectos de elecciones a representantes de los trabajadores, la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares

(contratas y cesiones de trabajadores) 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 la Sala Cuarta del mismo, 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 aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Centro de trabajo: No tiene tal naturaleza el lugar donde los trabajadores prestan servicios ocasionalmente en virtud de contrata

La STSJ Castilla-La Mancha, de 12 de julio, IL 1382/2011, analiza si tiene naturaleza de centro de trabajo, a efectos de elecciones a representantes de los trabajadores, el lugar donde la empresa empleadora ejecuta servicios de jardinería y limpieza derivados de una contrata celebrada con la empresa principal en el centro de trabajo de ésta. La empresa contratista tiene asignados siete trabajadores para ejecutar los trabajos de dicha contrata en el centro de trabajo de la empresa principal, antes citado. Con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 20-2-2008, Rec. 77/2007), sobre el concepto de centro de trabajo como circunscripción electoral, y habiendo aceptado la revisión del hecho probado de que las elecciones sindicales en la empresa empleadora siempre se habían llevado a cabo tomando como unidad electoral la de la sede de ésta, concluye que:

«... partiendo del alcance, contenido y significado especialmente trascendente de lo que deba entenderse por centro de trabajo, y trasladándolo al caso analizado, deberá concluirse en el sentido de no poder catalogar como tal al que se quiere hacer valer como de la empresa actuante en la localidad de Almonacid de Zorita, y ello por cuanto que el hecho de que la empresa, en virtud de la suscripción de una contrata, proceda a destacar en un determinado lugar, en este caso, en la Central Nuclear José Cabrera, a un determinado número de trabajadores, no implica la creación con ello de un nuevo centro de trabajo, puesto que para su existencia se precisaría la concurrencia de otros elementos susceptibles de calificarlo como tal, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.5 del ET, sería imprescindible la existencia de una unidad productiva, una organización específica y un funcionamiento autónomo, derivándose de todo ello unos efectos concretos y específicos en el ámbito laboral. Circunstancias que no cabe extraer del hecho de que siete trabajadores de una empresa, en función de una contrata específica y determinada, de duración limitada en el tiempo, sean destacados para llevar a cabo las tareas que de aquella se derivan, en un centro de trabajo perteneciente a la entidad contratante».

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, a pesar de lo cual la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicio-

nalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no produce efectos jurídicos sobre las relaciones laborales de quienes prestan servicio en alguna de las empresas del grupo. Las sociedades que componen un grupo empresarial poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos y, por ello, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Para que se produzca la extensión de responsabilidad de forma solidaria entre las empresas que forman el grupo, según jurisprudencia consolidada, es necesario que concurren alguno de estos elementos adicionales: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real; confusión de plantillas, patrimonios, apariencia de unidad de empresarial y unidad de dirección. La STSJ de Madrid de 27 de junio, IL 1331, analiza la presencia o no de alguno de los elementos citados, con ocasión de un asunto de despido disciplinario de un alto directivo en el que se solicita por el demandante la extensión de responsabilidad solidaria a las tres empresas del grupo de empresas. En dicha sentencia se condena por despido improcedente a la empresa empleadora y a otra empresa participada al 100% por la primera, por haber quedado probado que el actor prestaba sus servicios de Director General indistintamente para una y otra, considerando que concurre el elemento de prestación indistinta y simultánea, que es uno de los criterios que la jurisprudencia considera como decisivo para apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas que reciben tal prestación de servicios. En cambio, según la citada sentencia, no cabe extender la responsabilidad solidaria a la empresa matriz del grupo de empresas, porque:

«No se ha acreditado prestación de servicios del actor para FCC ni tampoco —tras la aceptación de los motivos correspondientes de revisión de hechos probados— la concurrencia de ninguno de los factores o elementos que la jurisprudencia tiene en cuenta para declarar la responsabilidad solidaria de las sociedades pertenecientes a un grupo mercantil. La sentencia de instancia se ha basado en el simple hecho de que la carta de despido, dirigida al actor por su empleadora ESPELSA, iba firmada por el Director de Recursos Humanos de FCC. Pero este hecho ni siquiera sería indicio de prestación indistinta de servicios por parte del actor, sino que en todo caso lo sería de la prestación de servicios del Director de Recursos Humanos de FCC también para ESPELSA. En todo caso, la estimación de los motivos de revisión de hechos pone de relieve la existencia de contratos de gestión y la propia sentencia ya declara probado que el Director de Recursos Humanos de FCC era apoderado de ESPELSA».

También analiza la concurrencia o no de los criterios jurisprudenciales citados para entender la existencia de responsabilidad laboral al grupo de empresas la STJ de Madrid de 27 de junio, IL 1330, en esta ocasión con motivo de un despido objetivo por causas económicas, al entender el demandante que el mismo debía ser declarado improcedente por no concurrir la causa económica que alegaba la empresa, ya que al encontrarse ésta integrada en un grupo disponía de activos y de liquidez suficientes, por lo que no estaba facultada para despedir al trabajador. Entiende el Tribunal que no concurren los indicios que pueden poner de manifiesto la existencia de responsabilidad laboral al grupo como tal, ya que no se acredita la unidad de caja entre el empleador y el resto de empresas codemandadas; no hay tampoco unidad de dirección, y el hecho de que algunas de las empresas tuvieran oficinas

en la misma dirección no es tampoco un indicio determinante de que todas ellas forman un grupo a efectos laborales. Tampoco es relevante, según la sentencia, el hecho de que las otras empresas demandadas fueran titulares de parte del capital social de la empresa empleadora, ya que ello si bien puede poner de manifiesto la existencia de un grupo a efectos mercantiles no puede entenderse que las mismas derive la responsabilidad laboral a efectos puramente laborales, por lo que no cabe, de forma correlativa, entender que debe tenerse en cuenta el patrimonio de todas las empresas del grupo para determinar la concurrencia de la causa económica que alega el empresario, tampoco cabe, obviamente, responsabilidad alguna al resto de empresas demandadas.

4. CONTRATAS

A) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad

Las prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional derivados de incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales pueden ser incrementadas a través de la imposición recargo de prestaciones económicas previsto en el art. 123.1 LGSS. Este precepto hace recaer la responsabilidad del recargo en el «empresario infractor». Sin embargo, esta clara y precisa prescripción normativa presenta cierta dificultad interpretativa en orden a determinar el concreto sujeto responsable cuando se trata de trabajos prestados a través de contratistas y subcontratistas. Ello se debe a la concurrencia de una pluralidad de sujetos empresariales posibles responsables, a la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y a la necesidad de interrelacionar esta normativa con la que regula las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. A esta dificultad interpretativa ya hemos aludido en crónicas anteriores (véanse, por ejemplo, crónicas núm. 44, 46, 47).

A la determinación del sujeto responsable del recargo de prestaciones económicas aluden tres pronunciamientos judiciales de los recaídos en el período examinado: la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1336/2011, la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1338/2011, y la **STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2011**, IL 1219/2011.

En los tres supuestos, el accidente de trabajo se produce en el centro de trabajo de la empresa principal. Como es sabido, en estos casos las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales afectan a todas las empresas relacionadas con la contrata, ya sea empresa principal, contratista o subcontratista, existiendo obligaciones comunes e individuales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 24 LPRL. Por ello, cuando se produce un accidente de trabajo de un trabajador que presta servicios para una contrata, cabe tanto la responsabilidad solidaria de las empresas implicadas en la contrata como la condena individualizada de cada una de ellas, en función de su participación en los incumplimientos normativos que produzcan el accidente de trabajo.

En este sentido, la **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1338/2011, declara responsable del recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad al empresario principal en exclusiva, empresa dedicada a la promoción inmobiliaria y a la construcción, por considerar que al ejecutarse la contrata en un centro de trabajo de la empresa principal, consistente en la rehabilitación de un edificio de su propiedad, por tanto ésta tiene el deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. El accidente lo sufre un trabajador de la empresa contratista encargada de la carpintería metálica del edificio. El andamiaje había sido instalado por otra empresa con la que contrata la empresa principal, y el accidente se produce por la caída del trabajador por un hueco generado por la rotura de un tablón de madera que sustituía una de las tres ménsulas metálicas necesarias para sostener el andamio provisto en la fachada del edificio. El incumplimiento de la empresa principal del deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales es elemento suficiente para la Sala para considerar a dicha empresa responsable exclusiva del recargo de prestaciones económicas, añadiendo en su argumentación que:

«Con independencia de que se hubiera podido extender la responsabilidad a la empresa empleadora del trabajador accidentado e incluso a la empresa que proporcionó y montó el andamio, lo cierto es que dado el carácter solidario de la responsabilidad de todas las empresas a quienes incumbe el debido cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en un determinado centro de trabajo, entendemos no se ha producido infracción de los preceptos citados por la recurrente porque se le haya impuesto el recargo con carácter exclusivo en la resolución que impugna; debe en definitiva desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de impugnada».

Sin embargo, el mismo Tribunal y en sentencia de la misma fecha que la anterior, en un supuesto de accidente de trabajo muy similar al anterior, **STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2011**, IL 1336/2011, considera responsables solidarias del recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo tanto a la empresa principal como a la contratista. También se trataba de una actividad de construcción, en la que la empresa principal, como constructora, contrata con otra empresa la ejecución de la estructura de un grupo de chalets. El accidente del trabajador de la contrata se produce por caída desde la cubierta de una de las viviendas en la que, junto a otros dos operarios de la contratista, hacía labores de vertido y extensión de hormigón. Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el criterio determinante de la imposición del recargo es el concepto de empresario infractor y no el de empleador (Sentencia de 16 de diciembre de 1997, Rec. 136/1997), afirmará que:

«Es cierto que cuando los trabajadores de una empresa subcontratista entran a prestar servicios en una obra que desarrolla otra constructora, las condiciones generales de seguridad de la obra son principalmente responsabilidad de la empresa constructora. Pero la empresa empleadora de los trabajadores debe asegurarse, conforme a las previsiones del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del Real Decreto 171/2004, de cuáles son los riesgos que el trabajo va a suponer para sus propios trabajadores, así como las medidas preventivas aplicables, incorporando la información recibida de la empresa

principal y sumando a ella los riesgos añadidos por su actividad, todo ello en base al plan de seguridad y salud de la obra. La actividad de la subcontratista no puede limitarse a una mera aportación de mano de obra y, por tanto, como debe incorporar necesariamente una organización productiva (aunque esté integrada en la organización más amplia de la obra bajo la responsabilidad de la empresa principal), se hace responsable de su propia organización y debe incorporar una gestión preventiva de la misma, como mínimo para comprobar la adecuación del plan de seguridad y salud a su específico trabajo y su correlación con la situación real de la obra, ya que es su obligación garantizar la seguridad y salud de sus propios trabajadores, sin que la misma quede subsumida por el deber de vigilancia de la empresa principal. En este caso, si los trabajadores de la subcontratista recurrente estuviesen trabajando en idénticas condiciones que los trabajadores de la principal, al menos en relación con los riesgos a los que se anuda causalmente el accidente (riesgo de caída de altura), de manera que dependiesen de la seguridad colectiva instalada por la empresa principal, sería posible argumentar sobre la responsabilidad única de dicha empresa principal. Pero como quiera que se habían situado en una zona (la cubierta) donde no estaban los trabajadores de la principal (que actuaban como albañiles en una altura inferior), no es posible admitir que el riesgo de caída de los trabajadores de la recurrente pueda quedar subsumido en el de los trabajadores de la principal, ni que las medidas de ésta sirvan para aquella sin modificación alguna. De hecho se encontraban trabajando en la cubierta sin otra protección contra el riesgo de caída que las redes que, según los hechos probados, tenía instalada la empresa principal en un nivel inferior, no adecuadas por tanto para la protección del riesgo de la caída desde la cubierta. Es cierto que la deficiente colocación de dicha red (imputable a la empresa principal) impidió que la misma produjese un efecto de retención del trabajador que venía desde la cubierta y la encontró en su caída, pero ello no obsta a considerar la falta de protección contra el riesgo de caída de los trabajadores que desempeñaban su trabajo en la cubierta, falta de protección imputable a la empresa empleadora como obligada de la deuda de seguridad del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como a la empresa principal en virtud de su obligación de vigilancia (artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Real Decreto 171/2004), así como a su papel como empresa constructora en virtud del Real Decreto 1627/1997».

Otro asunto similar a los anteriores de accidente de trabajo por falta de medidas de prevención de riesgos laborales y responsabilidad solidaria de empresas principal, contratista y subcontratista analiza la **STSJ de Cataluña de 8 de junio**, IL 1219/2011. En este caso, era la empresa principal la que ponía en cuestión su responsabilidad en el recargo de prestaciones económicas, alegando en primer lugar que no se trataba de una contrata de «propia actividad», que desconocía que la empresa contratista hubiera subcontratado una parte de su actividad contratada con la principal, y que el acta de infracción había sido anulada. El trabajo se ejecutaba en el centro de trabajo de la principal, al que las empresas contratistas y subcontratistas, dedicadas al transporte de mercancía por carretera, accedían para carga y descarga de los camiones que transportan los productos de la empresa principal. El accidente se produce por atropello de uno de los conductores de la subcontratista por parte de un trabajador de la empresa principal que descargaba el camión con carretilla automotora, mientras aquél esperaba la finalización de la descarga. Para la sentencia citada, el dato de que la actividad contratada no corresponda a la denominada «propia actividad» de la empresa principal no es esencial ni determinante a la

hora de concluir en la responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el recargo de prestaciones, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2008, Rec. 2426/2008. Para dicha sentencia lo decisivo es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran. Por otro lado, respecto a la alegación de la empresa principal recurrente de que desconocía la existencia de la subcontrata, la sentencia comentada argumenta que:

«Por lo demás hemos de recordar cómo la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su art. 24, establece normas concretas y precisas que obligan a las empresas que actúan en un mismo centro de trabajo a coordinar las actividades empresariales; así, en su apartado primero, dispone que cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, dirá, las mismas tendrán que establecer los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores en los términos previstos en el apartado 1 art. 18 de esta Ley. La absoluta ausencia de esta coordinación entre las recurrentes que pasa incluso por la falta de comunicación de la aquí recurrente de su subcontrata con la empresa empleadora del trabajador accidentado, ha de alcanzar a las mismas y para determinar la responsabilidad que ahora declara la resolución recurrida. Recordemos en tal sentido cómo el artículo 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sanciona o reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; derecho que implica o genera un deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales que se concreta en la exigencia del artículo 18 que impone al empresario la adopción de las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función. Actuación empresarial que es evidente no ha existido en debida forma con incumplimiento, como decíamos, inequívoco e inexcusable, del artículo 24 citado. Lo que impide reconocer la infracción de las normas legales alegadas y descartada la misma la procedencia del citado motivo del recurso».

Finalmente, respecto al argumento de la recurrente de que el acta de infracción se anuló, según la sentencia citada no se puede desconocer que es posible imponer el recargo sin que previamente haya recaído la sanción por el ilícito administrativo laboral. Si hay acta de infracción o resolución administrativa, se acompaña al informe propuesta de la Inspección de Trabajo que inicia el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por el recargo, mas la propuesta puede formularse sin que se haya producido acta de infracción ni resolución imponiendo la sanción, aunque en este caso deberá justificarse.

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

En anteriores ocasiones ya hemos apuntado que la modificación operada en la regulación estatutaria en materia de prohibición de cesión de trabajadores (art. 43 ET) por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, en orden a recoger legalmente parte de los ya consolidados criterios jurisprudenciales delimitadores de la diferenciación entre la lícita contrata de servicios y la prohibida cesión ilegal de trabajadores, amén de resolver puntuales supuestos conflictivos y dotar de mayor seguridad jurídica a la labor interpretativa, difícilmente serviría para disminuir la abundante litigiosidad existente en relación al deslinde entre los fenómenos ilegales del tráfico de mano de obra y los propios de las contratas y subcontratas. Ello obedece principalmente al hecho de que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, incluso consagrados hoy normativamente, indicativos y determinantes de la presencia de la figura prohibida, la verdadera dificultad reside en su proyección al caso concreto.

Como la argumentación y razonamiento jurídicos de las diversas sentencias que en el período examinado aluden a esta temática son muy similares en todas ellas, pues recogen la ya muy consolidada doctrina jurisprudencial —en parte hoy criterio legal—, sobre el particular, pasamos a exponerlos y resumirlos de forma conjunta. Así, se recuerda que:

- La premisa general es que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (STSJ de Cataluña de 11 de mayo, IL J 1176/2011).
- Lo que contempla la prohibición legal es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (art. 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el efectivo empleador, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empleador formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1.º Un acuerdo entre los dos empresarios para que uno proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición de empleador. 2.º Un contrato simulado entre el empleador aparente y el trabajador. 3.º Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empleador efectivo, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad del artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es el empleador efectivo asuma las obligaciones que le correspondan, evitando que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET (STSJ de Andalucía de 10 de mayo, IL 1174).
- Hay cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar a otra empresa mano de obra, sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su

estructura empresarial, debiendo aseverarse que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesarias para el desarrollo de tal servicio (STSJ de Andalucía de 10 de mayo, IL 1174).

- La válida externalización de una parte de la actividad de una empresa se ve desnaturalizada al limitarse ésta a recibir el resultado de la ejecución de la actividad desarrollada por la contratista con los medios materiales y organizativos de la principal, lo que determina la desnaturalización de la contrata que se convierte en simple provisión de mano de obra, integrando así una cesión ilegal (STSJ de Cataluña de 11 de mayo, IL J 1176/2011).
- Atendiendo al ejercicio de los poderes empresariales, la regla general de la que se debe partir es que cuando el empresario contratista ejerza un poder de dirección efectivo sobre sus trabajadores, esto es, cuando la empresa contratista lleve a cabo la actividad empresarial manteniendo a sus trabajadores dentro del ámbito de su poder de dirección, existirá un negocio jurídico plenamente lícito, debiendo distinguirse entre gestión empresarial mediata (o poder empresarial de carácter mediato) y gestión empresarial inmediata (o poder empresarial de carácter inmediato). Con relación a esta última, en la que deberían incluirse únicamente aquellas potestades empresariales necesarias para la gestión diaria —o inmediata—, tales como la emisión de instrucciones sobre los lugares donde desempeñar el trabajo, debe ser ejercida necesariamente por los mandos de la empresa principal, ya que así lo impone el carácter de los servicios a desempeñar. Pero lo que se refiere a la gestión empresarial mediata, su máximo exponente, el poder disciplinario del empresario, queda en manos de la empresa contratista, cuyo responsable conserva otras facultades como pueden ser el abono del salario o la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc. Por ello no existe cesión ilegal de trabajadores y no se puede aplicar el art. 43.2 ET (STSJ de Galicia de 27 de mayo, IL 1202/2011).
- La naturaleza jurídica o pública de las empresas o empresarios real y/o formal no impide la posibilidad de la cesión ilegal, pues también la jurisprudencia ha declarado que las expresiones «contratas o subcontratas» del art. 42 del ET no se refieren solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privado, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública (sentencias de TS de 15 de junio de 1996, 27 de setiembre de 1996, 14 de diciembre de 1996, 23 de diciembre de 1996 y 31 de diciembre de 1996). De modo que no puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión el dato de que exista una aparente contratación administrativa o convenio efectuado por un ente público y un ente privado o de naturaleza semipública (como puede serlo una fundación o un Colegio Profesional), pues lo relevante es el resultado de la indagación respecto a las condiciones en que realmente se ha ejecutado la prestación de servicios. Esto es, no se pretende una declaración formal sobre la regularidad de la contratación administrativa o laboral que sirvió de cobertura a la contratación

laboral de la trabajadora, sino de decidir si, con independencia de la apariencia de legalidad que proporciona aquella, se produjo o no una cesión ilegal de mano de obra (STSJ de Galicia de 26 de mayo, IL 1201/2011).

- La Administración pública cesionaria no puede pretender atribuir a los trabajadores cedidos la naturaleza de funcionarios interinos «porque, en definitiva, la naturaleza laboral de la relación de los demandantes, así nacidas con el colegio oficial de Ingenieros de Galicia, no se puede transformar en una relación funcional por derivación, en su contexto, de una cesión ilegal, que se establece en función de que se presten servicios como se dice al margen de su signo, y precisamente para obviar los efectos legales de la misma conforme al art. 43 ET, que han de ser asumidos por la Xunta de Galicia como empresa cesionaria, reconduciéndose a lo declarado en la instancia, no cabiendo tampoco una condición funcional por la vía que se dice y al margen de las normas que habilitan su admisión» (STSJ de Galicia de 26 de mayo, IL 1201/2011).

La aplicación de los anteriores criterios a los asuntos enjuiciados por las sentencias de referencia en el periodo analizado lleva a la STSJ de Andalucía de 10 de mayo, IL 1174, a declarar la existencia de la cesión ilegal:

«nos encontramos ante una verdadera cesión ilegal de trabajadores, al desempeñar sus funciones el demandante en el centro de trabajo propiedad de esta entidad bancaria, utilizando los ordenadores y programas informáticos de la empresa, que era la que le fijaba el horario y condiciones de trabajo, estando sometida a las instrucciones de empleados de la entidad, incluso sustituyendo a éstos en caso de ausencia, sin que la empresa “Serviform S.A.” ejerciera funciones directivas y organizativas de las labores del actor, que eran desempeñadas por un trabajador del “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)”. Por lo expuesto, el demandante no desarrollaba su actividad dentro del ámbito organizativo y directivo de “Serviform S.A.”, que se limitó a suministrar mano de obra a “Compañía de Medios y Servicios S.A. (CMS)” que a su vez la suministraba al “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)”, por lo que procede en aplicación del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores declarar que existe una cesión ilegal de trabajadores, al establecer este precepto que *“En todo caso, se entiende que incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”*, al no constar que “Serviform S.A.” pusiera a disposición de “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)” ningún elemento patrimonial propio, por lo que fue acertada la sentencia de instancia al declarar la existencia de una cesión ilegal del actor de la empresa “Serviform S.A.” al “Monte de Piedad y Caja de Ahorros San Fernando de Huelva, Jerez y Sevilla (Cajasol)”».

A igual conclusión llega la STSJ de Cataluña de 11 de mayo, IL J 1176/2011, al considerar probado que la contratista no ejercía un efectivo poder de dirección y disciplinario sobre sus trabajadores, además de que la retribución de la principal a la contratista evidencia que lo único que se está abonando es el trabajo.

Por su parte, para la STSJ de Galicia de 26 de mayo, IL 1201/2011, la verdadera empleadora para con los demandantes es la Consellería de Innovación e Industria, de la Xunta de Galicia, ya que trabajan diariamente en la Consellería dicha, en las dependencias que dicha Consellería tiene en área central, con el mismo horario que los funcionarios del Centro, al igual que vacaciones y permisos, tramitados por la delegación; todos los medios materiales son proporcionados por la Consellería; todos los trabajos que realizan son encomendados y dirigidos por los jefes de servicio, subdirector general o por el propio delegado provincial, sin que reciban órdenes de su empleadora, esto es, el colegio oficial de Ingenieros de Galicia. De este modo, la única intervención del Colegio demandado ha sido meramente formal y a través de la suscripción de los contratos y abono de nóminas (con fondos de la Xunta).

En cambio, la STSJ de Galicia de 27 de mayo, IL 1202/2011, considera que en el caso que enjuicia no concurre ningún elemento de los que contempla la prohibición legal de la cesión de trabajadores (art. 43 ET) para que exista la misma, ya que la empresa empleadora formal es una empresa real, con plena infraestructura empresarial, con estructura, organización y entidad propias asumiendo así los riesgos inherentes a la gestión empresarial, se comprometía en el ámbito del contrato de servicios suscrito con el Ministerio de Defensa a proporcionar trabajadores para realizar funciones de profesorado de inglés, lo que no parece implicar la necesaria transferencia de medios materiales más allá de los necesarios trabajadores, con la necesaria cualificación técnica, por lo que la Sala entiende que los trabajadores realizaban en el ámbito de la contrata trabajos específicos, distintos de los propios del personal del Ministerio. Además, según la sentencia, la trabajadora nunca dejó de estar inmersa dentro del ámbito organizativo y disciplinario de su empleadora.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

Según la regulación vigente «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...» (art. 44.1 ET). Es conocido que la finalidad de esta regla es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Para que esta garantía despliegue sus efectos, el precepto citado establece la delimitación del supuesto que considera como sucesión de empresa. Según el mismo, «A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando 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 accesoria» (art. 44.2 ET). La interpretación de este concepto de transmisión de empresa sigue dando lugar a litigiosidad en cuanto a si concurre o no el supuesto de hecho para aplicar la garantía de mantenimiento de los contratos de trabajo.

Sobre esta cuestión se pronuncia la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de junio, IL 1232/2011, con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de fecha 29 de mayo

de 2008, Rec. núm. 3617/2006, y de 27-06-2008, RJ 2008\4557) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [sentencias de 11 de marzo de 1997 (caso Süzen), 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal), 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo), 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen), 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur), 25 de enero del 2001 (caso Liikenne), 24 de enero del 2002 (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (caso Carlito Ablar)] sobre el concepto de transmisión de empresa y los elementos que deben concurrir para que se entienda que existe transmisión de «entidad económica que mantenga su identidad». En el asunto enjuiciado, entiende el Tribunal que se ha producido la transmisión de una «entidad económica» formada o estructurada por «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica», lo que en el presente caso se produce. Y así, afirmará que:

«Según se declara probado, no se ha producido una mera cesión de actividad, ni de plantilla, antes al contrario, lo que ha acontecido es la transmisión a favor del Consorcio del Parque Arqueológico de Segóbriga, de una entidad económica, formada o integrada por todo un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad concreta y determinada, la cual antes se configuraba como la propia y exclusiva de la Asociación Cultural y, posteriormente, se transmutó en la correspondiente al Consorcio, tal y como lo evidencia el hecho de que toda la información relativa a facturas, proveedores, direcciones de los asistentes y participantes, etc. la cual fue confeccionada por la hoy actora, fue objeto de traspaso, mediante soporte informático, al Consorcio, el cual también se configuró como destinatario de las subvenciones que antes recibía la Asociación Cultural. Lo que implicaba situarse, efectiva y realmente, en el lugar que antes ocupaba la entidad empleadora de la actora, lo que justifica y legitima el hecho de que también tal situación implique la obligación de subrogación de la accionante, y consecuentemente el que su omisión deba ser caracterizada como constitutiva de un despido improcedente, con las consecuencias legales a ello inherentes».

A igual conclusión llega la **STSJ de Madrid de 19 de mayo, IL 1304/2011**, en un supuesto en el que por la empresa que asume la actividad transmitida se niega que exista una transmisión de empresa a los efectos de la aplicación de la subrogación laboral del profesor despedido por la empresa cedente. Según la nueva titular de la actividad, lo que hay es la celebración de un nuevo contrato con otra entidad para impartir los estudios de licenciatura por la misma, no habiendo continuado el proyecto que venía realizando la anterior para la obtención de la misma licenciatura. Con igual apoyo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el concepto de transmisión de empresa, antes citadas, el Tribunal llega a la conclusión de que en el caso de autos sí concurren los elementos necesarios para que se pueda considerar que existe una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad. Aclara la sentencia, además, que para determinar si ha habido o no sucesión de empresa no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma. Considera, pues, la sentencia que:

«En el caso examinado del relato se comprueba cómo la Universidad demandada ha asumido, en aras a la continuación del proyecto de obtención de la licenciatura por la Universidad de Kent que antes impartió la Fundación, el material de ésta y sus instalaciones, la mayoría del profesorado, incluyendo al director de estudios y todo el alumnado de la Fundación, y

habiéndose transmitido todos los elementos materiales, la mayoría del profesorado, todo el alumnado, siendo análogas las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, la denuncia decae y con ella el recurso, confirmándose el atinado fallo recurrido, manteniendo la declaración de improcedencia del despido, con la antigüedad reconocida de 14 de abril de 1996».

B) Sucesión de contratatas prevista en convenio colectivo

Como poníamos de manifiesto en crónicas anteriores (véase por ejemplo la núm. 47), en nuestro ordenamiento la inicial inaplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de transmisiones de actividad que no iban acompañadas de la cesión de una infraestructura patrimonial determinada había dado lugar a que la negociación colectiva complementara las garantías legales en aquellos sectores de actividad en los que, al descansar fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión productiva no se enmarcaba en el ámbito de aplicación de la legislación estatal (art. 44 ET). Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas, y de aplicación a supuestos de hechos diferentes, a través de las cuales el fenómeno subrogatorio podía producirse; eso sí, cada uno con el alcance y los efectos que sus respectivas fuentes de creación fijaban. Actualmente, el Tribunal Supremo y la mayor parte de la doctrina social de los TSJ han acogido la interpretación que viene haciendo el TJUE en el sentido de que en aquellos sectores en los que la actividad transmitida descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad a los efectos subrogatorios. No obstante, en numerosos casos de sucesión de contratatas, la asunción de la plantilla por parte del nuevo contratista se hace por exigencia del convenio colectivo aplicable, de manera que las previsiones convencionales que imponen la subrogación en casos antes no cubiertos por la norma legal terminan por proyectar sus efectos más allá del marco negocial propio del convenio colectivo de aplicación.

Es precisamente esta materia la que se analiza en la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de mayo, IL 1306/2011**, con la particularidad de que el servicio objeto de transmisión se divide en dos contratatas, con empresas diferentes, rigiendo para una de ellas las disposiciones del convenio colectivo aplicable que contempla la obligación de subrogación de todo el personal afectado por la transmisión de la actividad, y en cambio dicho convenio no se aplica a la otra empresa entrante, por lo que la sentencia analiza si se cumplen o no los requisitos de la teoría de asunción de plantilla, seguida por el TS. En el caso analizado, un trabajador presta servicios en la empresa encargada del mantenimiento integral de un centro penitenciario de Córdoba desde hace varios años. En este servicio trabajaban 7 trabajadores, siendo el actor uno de ellos. En un momento determinado la empresa principal decidió cambiar de empresa contratista, de manera que la nueva adjudicataria del servicio se encargaría del mantenimiento que prestaba antes la anterior, salvo el servicio de mantenimiento de los sistemas de seguridad electrónica instalados en el centro citado, que fueron contratados con otra tercera empresa. La empresa contratista inicial comunicó la subrogación a la segunda empresa adjudicataria y a todos los trabajadores (salvo al actor, que estaba en IT y no proporcionó su un domicilio correcto a su empleadora, por lo que ésta no comunicó nada a la tercera empresa contratista. No consta que el actor desarrollase la actividad de mantenimiento de la seguridad electrónica. La nueva empresa

contratista se subrogó en la contratación de 6 trabajadores (entre ellos, no el actor), y la tercera contratista en ninguno de ellos, contratando a un nuevo trabajador para que prestase el servicio. A resultas de ello el actor se personó en su puesto de trabajo, tras ser dado de alta, y le comunicaron verbalmente que no se le permitía el acceso al centro, porque no se había producido subrogación alguna. Formuló demanda de despido, y resultó condenada la nueva empresa contratista, que interpuso recurso de suplicación, que es desestimado por la sentencia comentada.

La sentencia comentada, aunque admite que la sucesión de empresa prevista legalmente no exige transmisión de elementos patrimoniales en aquellas actividades que se fundan principalmente en la actividad de los trabajadores (art. 44 ET), sin embargo no admite la subrogación por parte de la nueva empresa contratista en este supuesto porque no se dan ninguno de los requisitos legales para aplicar la previsión de la norma estatal (art. 44 ET), ya que dicha empresa contratista:

«no ha adquirido de la empresa saliente ningún elemento patrimonial que le permita continuar con las operaciones de seguridad electrónica del Centro penitenciario, ni ha asumido la mayor parte de la plantilla al haber contratado a un único trabajador, por lo que no ha existido la transmisión de “medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica” necesaria para que se produzca la sucesión de empresa [...] la adjudicación de una contrata o concesión administrativa no es motivo suficiente para justificar una sucesión empresarial, es necesario un elemento accesorio, o bien la transmisión de elementos patrimoniales, o la asunción de toda o gran parte de la plantilla; o que la subrogación venga impuesta por una norma convencional o por el pliego de condiciones de la contrata».

Por tanto, la sentencia desestima el recurso y mantiene la condena a la nueva empresa contratista, «ya que por parte de la empresa saliente, se cumplieron todos los requisitos convencionales del art. 44 del convenio del Metal de Córdoba, que sí obliga a la subrogación».

Por otro lado, la existencia de convenios colectivos que contemplan la obligación de subrogación del personal adscrito a un determinado servicio cuando se produce una sucesión de contratas suele exigir el cumplimiento de determinados requisitos para que opere dicha subrogación. Es precisamente el cumplimiento o no de dichos requisitos en cada caso concreto el objeto de numerosos litigios cuyo denominador común suele ser el despido del trabajador por la empresa entrante bajo la argumentación de que no se cumple alguno de los requisitos exigidos para que se produzca la subrogación y la negativa de la empresa saliente a continuar con la relación laboral del trabajador o trabajadora en cuestión por entender que se debe subrogar por la empresa entrante.

Sistematizando las sentencias que en el periodo analizado versan sobre esta materia, podemos hacer una triple diferenciación de supuestos:

— Requisito de que la empresa saliente de suministre determinada información a la empresa entrante, exigido por el convenio colectivo aplicable, y sus efectos sobre la subrogación del personal en caso de incumplimiento.

Sobre esta cuestión se pronuncian la **STSJ de Cataluña de 4 de mayo**, IL 1166, y la **STSJ del País Vasco de 28 de junio**, IL 1332. La primera de las sentencias citada analiza

la aplicación de la subrogación por convenio colectivo, y los requisitos para aplicarla en supuestos en los que se discute sobre si la información aportada por la empresa saliente a la entrante es la que establece el convenio. En el caso comentado, la empresa saliente afirmaba haber aportado la documentación requerida, y la entrante negaba este hecho, y por ello negaba la validez de la subrogación. Sobre el particular, recuerda la STSJ la jurisprudencia del TS en el sentido de que si no se cumplen los requisitos del convenio, incluidos los relativos a la información facilitada por la empresa saliente a la entrante, la subrogación no se produce, y el trabajador no queda desvinculado de la empresa saliente (STS 20-9-2006) (salvo que el mismo convenio establezca una sanción diferente a tal hecho, como hace el Convenio de Seguridad Privada), aunque tal doctrina ha sido matizada por el mismo TS en el sentido de que el requisito relativo a la documentación que la saliente debe entregar a la entrante se debe entender cumplido si se entrega la «documentación imprescindible» (SSTS de 11-3-2003 y 28-7-2003), que se debe entender como la relativa a si el trabajador afectado cumple o no los requisitos de antigüedad mínima exigida por el convenio aplicable para aplicar la subrogación. Esta información era conocida, al entender del TSJ, por la empresa entrante, ya que la actora había acudido a las reuniones previas que esta empresa había tenido con los trabajadores subrogados. Y por ello la no subrogación de la actora debe entenderse como despido improcedente.

Más contundente se muestra la segunda de las sentencias citadas, **STSJ del País Vasco de 28 de junio de 2011**, IL 1332, en la que se mantiene que el incumplimiento por parte de la empresa saliente del deber de información no puede perjudicar al trabajador y que ésta no puede exigir la subrogación de la entrante, pero el trabajador sí la puede exigir. Según la citada sentencia la razón fundamental de la oposición de la empresa entrante a la subrogación del trabajador es la falta de entrega por parte de la empresa saliente de la documentación referida en el artículo 14 del Convenio colectivo Estatal de Seguridad Privada, y por tanto no puede tener efecto la subrogación:

«En este caso, como se indica también en la sentencia del Tribunal Supremo citada, la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Y el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable. Y ello en definitiva supone que el incumplimiento por parte de la empresa saliente del deber de información no puede perjudicar el derecho del trabajador a la subrogación sin perjuicio de que, como indica la sentencia del TS de 6 de marzo de 2006, la empresa incumplidora no pueda exigir la subrogación pero sí los trabajadores afectados».

— Requisito de antigüedad mínima de los trabajadores en la adscripción al servicio que es objeto de transmisión por cambio de contrata, exigido por el convenio colectivo aplicable, y sus efectos sobre la subrogación de los trabajadores.

Sobre esta cuestión se pronuncian tres sentencias en el periodo analizado. Así, la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de mayo**, IL 1197/2011, según la cual el 23-9-2010 cesa una empresa en la adjudicación del servicio de vigilancia en el Centro de Alzheimer, que se adjudicó a otra empresa. En esta fecha la empresa saliente comunica al actor que

cesa en su relación laboral, y que pasaría por subrogación a la otra empresa. Esta empresa se negó a subrogarse en el contrato del actor por no reunir «de forma manifiesta» los requisitos del convenio. El pliego de prescripciones técnicas de la nueva contrata exigía al adjudicatario designar como responsable del servicio a un profesional, debidamente cualificado, para las funciones de dirección, organización y coordinación de los servicios, y que formará parte de la plantilla de la adjudicataria. A resultas de ello la empresa saliente remite a la nueva empresa la relación de trabajadores adscritos al servicio y los datos exigidos por el convenio, entre los que figura el actor con categoría de jefe de servicio y la antigüedad poseída, documentación que recibió la otra empresa haciendo constar que no estaba conforme. La sentencia de instancia absuelve a la empresa entrante y condena a saliente, quien recurre en suplicación y el TSJ desestima el recurso.

La Sala considera que el hecho de que el actor estuviese en el régimen de asimilados al General de Seguridad Social o que fuese hasta mayo de 2010 consejero mancomunado no impide la consideración del actor como trabajador por cuenta ajena, ya que es posible reunir la dualidad de relaciones (laboral y societaria) en una misma persona, como ha dicho ya el TS (SSTS de 18-3-1991 y 24-10-1988). Pero el hecho de que en abril de 2010 el salario diario del actor fuese 40,60 euros diarios y el mes siguiente (mayo/2010) se triplicase, pasando a 120 euros diarios, sin que conste razón aparente para ello, unido al de que en abril de 2010 el actor cobrase un elevado complemento de puesto de trabajo (desconociéndose a qué puesto iba referido) y unos gastos de representación, hacen dudar a la Sala de que el actor fuese hasta mayo de 2010 un simple trabajador adscrito a un centro de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que al actor se le adscribe al Centro del Alzheimer y se le transforma el contrato en indefinido, reconociéndole antigüedad desde el 1991, cuando ya se había iniciado el procedimiento para convocar a concurso la contrata del centro del Alzheimer. La Sala concluye que estas circunstancias anómalas de la última contratación y los cambios efectuados en las condiciones de trabajo del actor hacen considerar que la empresa saliente intentó hacer desaparecer toda sombra de duda sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral del actor con ella, a fin de subrogar al actor con la nueva adjudicataria, pese a que en el actor concurren circunstancias que permiten entender que el mismo ejerce de hecho ciertas facultades de dirección. Por tanto, si el demandante ostenta ciertas facultades del poder de dirección, no estaría incluido en el art. 14 del convenio de seguridad. Y si el actor es trabajador desde esta fecha, junio de 2010, no tiene el requisito de la antigüedad de seis meses en el centro que exige el art. 14 del convenio. En consecuencia se desestima el recurso, y se mantiene la condena a la empresa saliente, ya que el actor no tiene la antigüedad requerida para la subrogación, pero es trabajador de esta última y la terminación de la contrata no es causa de despido.

En similar asunto sobre cumplimiento o no del requisito de la antigüedad de la trabajadora en el servicio objeto de transmisión se pronuncia la **STSJ Asturias de 3 de junio de 2011**, IL 1214, que considera que se dan todos los requisitos para proceder a la subrogación, ya que la actora tiene la antigüedad mínima requerida por el convenio para la subrogación. Y ello porque los días en que la actora ha estado en IT y en vacaciones computan a efectos de antigüedad en el centro necesaria para la subrogación, es decir, «son computables, a tal efecto, los días que permaneció de baja y disfrutando vacaciones». Además, la citada sentencia no considera que existiera fraude alguno en el acuerdo referido con los representantes de los trabajadores: «El fraude que la empresa recurrente alega, para negar a

la actora la antigüedad exigida por el precepto, no está probado, pero, además, ningún ánimo defraudatorio se advierte en los acuerdos a los que llegaron Sabico y los representantes de los trabajadores que, con el fin de preservar el empleo de los trabajadores afectados por la decisión de Sabico de no presentarse a un nuevo concurso para la adjudicación del servicio de vigilancia de Correos, acordaron reubicarlos en distintos centros, destinando a la actora a la Casa Malva».

Mayor complejidad interpretativa sobre el cumplimiento del requisito convencional de antigüedad mínima del trabajador en el servicio transmitido por sucesión de contrata de vigilancia y seguridad se presenta en el asunto analizado por la **STSJ del País Vasco de 28 de junio de 2011**, IL 1333/2011. La sentencia analiza un supuesto en que el trabajador actor presta servicios para una empresa de seguridad como escolta, prestando servicios de escolta a personas concretas de una determinada empresa, y por orden de la empresa de seguridad pasó a prestar servicios de escolta para otra entidad distinta a partir de abril de 2010. El actor prestó servicios de escolta a varias personas del Gobierno vasco a partir de esa fecha. El Gobierno vasco convocó a concurso la actividad de escolta, adjudicándose este nuevo concurso a varias empresas que se han adjudicado el servicio de escolta de las personas que eran escoltadas por el actor (salvo una, porque el servicio de escolta de esta persona no continúa prestándose). La primera de las empresas notifica al trabajador el cese de su contrato por subrogación a la nueva adjudicataria, y la nueva adjudicataria rechaza la subrogación porque el actor no ha estado prestando servicios de escolta a la última persona que escoltó el mínimo temporal exigido por el convenio para la subrogación. El actor no desea que se produzca dicha subrogación. La sentencia de instancia declara que no ha habido tal subrogación y condena a la primera de las empresas por el despido, absolviendo a la nueva contratista del servicio. La sentencia de suplicación declara haber lugar al recurso y condena a la entrante.

La citada sentencia parte de la base, declarada por el Juzgado de instancia y que la Sala acepta, de que el supuesto enjuiciado no se rige por la regulación legal (art. 44 ET), sino por el convenio de seguridad, y que:

«el requisito de permanencia temporal (...) se vincula en la norma al servicio objeto de subrogación, que en estos casos ha de estimarse que se refiere a la concreta contrata del Gobierno Vasco, con independencia de las singulares personas escoltadas (...) la comprensión del requisito ha de efectuarse desde la globalidad del servicio objeto de subrogación y no desde la singular parcela adjudicada a cada nuevo contratista».

Por tanto, la subrogación debe aplicarse, porque el actor lleva siete meses trabajando en la concreta contrata del Gobierno Vasco, en servicios de escolta que han sido adjudicados (todos salvo el de la persona cuya escolta ha sido suprimida) a la empresa entrante. El hecho de que el trabajador se oponga a la subrogación no puede ser tomada en consideración. En consecuencia, la sentencia comentada estima el recurso de suplicación, absuelve a la empresa saliente y condena entrante.

— Cumplimiento de todos los requisitos del convenio colectivo aplicable para que opere la subrogación, pero incumplimiento del requisito legal de que el vigilante de seguridad ostente la autorización administrativa para ejercer dicha actividad.

Sobre la falta de este requisito legal, pese a que se cumplan todos los requisitos del convenio colectivo aplicable, se pronuncian dos sentencias en el periodo analizado. La primera es la **STSJ de Cataluña de 7 de junio**, IL 1217/2011. En la misma se considera probado que la trabajadora presta servicios como vigilante de seguridad, sin tener la autorización administrativa para ello, en una empresa de seguridad privada, que su vez se había subrogado en la trabajadora de la anterior contratista de seguridad. La trabajadora llevaba varios años prestando estos servicios. La Universidad de Girona es la entidad cliente del servicio, y finaliza la contrata con dicha empresa, adjudicándosela a una nueva empresa contratista de seguridad. La nueva contratista de la seguridad de la Universidad se niega a aceptar la subrogación de esta trabajadora, porque aunque cumple el requisito de antigüedad establecido en el convenio no tiene la habilitación administrativa necesaria para prestar el servicio.

La sentencia citada, con cita de otra del mismo Tribunal de fecha 16-5-2000, considera que la empresa saliente incurrió en negligencia al emplear al actor en una actividad que no podía desempeñar, por falta de la autorización administrativa necesaria, y esto no puede llevar aparejada una obligación de la empresa entrante de subrogarse en esta relación por aplicación automática del convenio colectivo, porque ha de entenderse que esta obligación de subrogación se refiere solamente a aquellos trabajadores que cumplan los requisitos legales para el desempeño de la función que realizan, y por ello la negativa de la entrante a subrogarse en estas condiciones no puede considerarse un despido. Por tanto, procede la absolución de la entrante. Con esto, se crea un problema procesal: si la entrante es absuelta por la sentencia de suplicación, y la saliente fue absuelta por la sentencia de instancia, contra la que no ha recurrido la parte actora, resulta que el despido queda sin parte que resulte condena a las consecuencias legales. La Sala aplica la solución dada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 200/1987, de 16 de diciembre, y condena a la empresa saliente, sin que esto suponga una situación de indefensión de ésta, ya que fue oída en instancia, y tuvo oportunidad de impugnar el recurso de suplicación. En consecuencia, el fallo de la sentencia de suplicación absuelve a la empresa entrante y condena expresamente a la empresa saliente.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 28 de septiembre de 2011**, IL 1364/2011 u.d., también sobre el efecto que produce la falta de autorización administrativa de los vigilantes de seguridad en los casos de transmisión del servicio objeto de contrata. Con esta sentencia se viene a unificar los dispares pronunciamientos de los diferentes TTSSJ que hasta esta fecha venían produciéndose en esta materia. La STS analiza un supuesto de hecho en que una trabajadora presta sus servicios como vigilante de seguridad sin la necesaria habilitación administrativa para prestar esta actividad, en una empresa, cuando cesa en la contrata y la nueva adjudicataria de la contrata de limpieza pasa a ser otra empresa distinta. La empresa saliente entrega la documentación relativa al actor, sin comunicar a la empresa entrante que dicho trabajador carece de habilitación para trabajar como vigilante de seguridad. La nueva empresa contratista se opone a la subrogación porque el trabajador, aunque tiene la antigüedad mínima exigida por el convenio para la subrogación, no tiene la habilitación administrativa necesaria. Consta en los hechos probados que la nueva empresa también tiene en su plantilla vigilantes de seguridad sin la habilitación necesaria. La sentencia de instancia condenó a la nueva contratista por despido nulo a la readmisión (ya que la trabajadora estaba embarazada) y al abono de salarios de trámite, y absolvió a las demás

codemandadas. La sentencia de suplicación confirmó la de instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina.

El TS recuerda su doctrina (expuesta en la STS 18-12-2008), de que en el sector de vigilancia y seguridad la subrogación se regula por lo dispuesto en el convenio colectivo y no en el art. 44 ET, por lo que «los términos en que la subrogación se impone son aquellos que resulten de la interpretación del convenio que la instituye». Recuerda también que los defectos de información entre empresas no pueden perjudicar al trabajador si no se trata de la información básica (SSTS 20-9-2006 y 26-7-2007). Pero en el caso enjuiciado hay que poner el acento en la peculiaridad de la información que la saliente omite a la entrante, relativa a la falta de habilitación administrativa de la trabajadora afectada. La subrogación queda imposibilitada, pero no por el hecho formal de la falta de información de la saliente a la entrante relativa al hecho de que la trabajadora no tiene la habilitación necesaria, sino por el hecho sustancial de que la trabajadora carece de ésta.

«La carencia de esa autorización administrativa es aquí, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia de un *modus operandi* carente de acomodo legal. Es, por tanto, la empresa saliente la que ha de responder de la ilicitud del cese de la trabajadora».

En consecuencia, la sentencia absuelve a la recurrente y condena las consecuencias del despido a la saliente.

C) Personal de alta dirección y sucesión de empresa. Indemnización

Como hemos puesto de manifiesto en crónicas anteriores (véase por ejemplo la núm. 47), sigue siendo polémica la interpretación del Real Decreto 1382/1985, que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, en relación con el art. 44 ET sobre transmisión de empresa y sus efectos. En efecto, la litigiosidad deriva del hecho de que el citado RD, en su art. 3, establece: «Uno. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación. Dos. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el estatuto de los trabajadores, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar especialmente en el contrato. Tres. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales».

De manera que en los supuestos en los que se produce un cambio de titularidad de la empresa se sigue cuestionando el mantenimiento del contrato de trabajo del alto directivo e, incluso, en supuestos en los que dicho mantenimiento ha sido pactado entre las empresas, la aplicabilidad o no de los efectos de la transmisión de empresa previstos en el art. 44 ET.

Este último supuesto es el que se debate en la **STS, Sala 4.^a, de lo Social, de 27 de septiembre de 2001**, IL 1359/2011, u.d., dado que en el asunto no se cuestiona la efectividad de la subrogación pactada, habiéndose integrado el alto directivo demandante en la empresa cesionaria que por medio de un pacto de absorción se había subrogado en la actividad de la empresa cedente absorbida. La cuestión de fondo es la de que ante el despido disciplinario del alto directivo, efectuado por la empresa cesionaria, y declarado el mismo como improcedente, comporta la indemnización prevista en el art. 11.2 RD 1382/1985 (veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades), o la misma ha de ser la pactada con la empresa sucedida por absorción (60 días por año trabajado, con un mínimo de 36 mensualidades).

Dado que la subrogación empresarial ha sido pactada entre las empresas, y la empresa cesionaria adquirió en bloque a título de sucesión universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo, quedando la sociedad absorbente plenamente subrogada en cuantos derechos y obligaciones procedan de la absorbida, no comparte la Sala la argumentación de la demandada consistente en que, pese a dicho pacto, no se aplican al caso los efectos propios de la transmisión de empresas previstos en el art. 44 ET, ni por tanto las condiciones laborales previas que tuviera el trabajador.

Al contrario, la sentencia referida considera que:

«La sucesión empresarial comporta el respeto de las convenciones contractuales del personal de alta dirección, no sólo es una elemental consecuencia del negocio de absorción reflejado en el acta notarial más arriba indicada, y del propio concepto de la subrogación, que supone situarse —a efectos obligacionales— en la exacta posición jurídica del subrogado, sino que es un presupuesto de la previsión contenida en el art. 10.3.d) RD 1382/85, porque si el alto directivo puede durante los tres meses siguientes a la sucesión [mediando determinadas circunstancias] extinguir su “contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma”, no cabe duda que para el legislador el contrato persiste en sus propios términos y que el precepto se limita a contemplar un supuesto específico de dimisión causal, resultando totalmente arbitrario pretender —como el recurso hace— que si no es ejercida esa facultad por el trabajador su contrato pasa a regirse por las normas del RD 1382/85 y no por las del contrato».

Por tanto, según estos argumentos y con el apoyo en la plena aplicación de la Directiva sobre transmisión de empresa (2001/23 CE) en cuanto a concepto de trabajador al personal de alta dirección, y en disposición adicional primera —apartado 2— de la Ley 3/2009 [de 3 de abril], sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según la cual «En el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», llega el alto Tribunal a la conclusión de que los pactos contenidos en el contrato de trabajo del alto directivo vinculan a la empresa cesionaria, no siendo correcta la doctrina contenida en la sentencia de contraste alegada por la demandada (STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 19-10-1995, Rec. 235/95).

D) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Convenio colectivo. Antigüedad

La interpretación de la Directiva sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, y 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001) es el objeto de la petición de decisión prejudicial que se somete por el Tribunal de Venecia al TJUE, que se resuelve mediante la **STJUE de 6 de septiembre de 2011**, IL 1146/2011.

La petición tiene su origen en el litigio existente entre la Sra. Scattolon y el Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Ministerio de Educación, de Universidades y de Investigación), acerca de la falta de reconocimiento, con ocasión de la transferencia de la Sra. Scattolon al servicio del referido Ministerio, de la antigüedad que esa señora había adquirido al servicio de su empleador original, el municipio de Scorzè.

La Ley italiana núm. 124 de 3 de mayo de 1999 previó la transferencia del personal administrativo, técnico y auxiliar de las entidades locales empleado en las escuelas públicas a las plantillas del mismo tipo de personal del Estado, a partir de 1 de enero de 2000. Dicha ley fue desarrollada por un Decreto Ministerial de 23 de julio de 1999, que aludía entre otras cosas a que los criterios de incorporación del personal se regularían por un Decreto tras la firma de un convenio colectivo nacional entre las organizaciones sindicales y la Agencia para la representación negocial de la Administración pública, firmándose éste en julio de 2000. Por otro lado, según el art. 2112 del Código Civil italiano «en caso de transmisión de empresa, la relación laboral proseguirá con el cesionario y el trabajador conservará todos los derechos derivados de dicha relación [...] El cesionario deberá aplicar los [...] convenios colectivos [...] que estaban en vigor en la fecha de la transmisión, hasta su expiración, salvo que sean sustituidos por otros convenios colectivos que se apliquen a la empresa del cesionario».

Las cuestiones prejudiciales que plantea el Tribunal italiano al TJUE son varias, referidas a: la aplicabilidad o no de las citadas Directivas a este supuesto de transferencia de personal; si han de tenerse en cuenta todos los años de servicio del personal transferido incluidos los cumplidos al servicio de la cedente, a los efectos de cuantificar las retribuciones económicas ligadas a la antigüedad en la entidad cesionaria; si deben interpretarse el artículo 3 de la Directiva 77/187 y/o las Directivas 98/50 y 2001/23, en el sentido de que los derechos de los trabajadores transferidos al cesionario comprenden también las ventajas adquiridas por el trabajador en la entidad cedente, como la antigüedad, si de ésta derivan derechos de carácter pecuniario en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cesionario; y si los principios generales del Derecho de la Unión vigente, de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, igualdad de armas en el proceso, tutela judicial efectiva, derecho a un juez independiente y, en general, derecho a un proceso equitativo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el Estado italiano adopte, después de un plazo considerable (cinco años), una norma de interpretación auténtica que difiere del texto objeto de interpretación y que se opone a la interpretación reiterada del órgano titular de la función de garantía de la interpretación uniforme de la ley, cuando además dicha norma es pertinente para la resolución de litigios en los que el propio Estado italiano es parte interesada.

La primera aclaración que hace la sentencia del TJUE referida es que, dado que la subrogación del citado personal tuvo lugar en enero de 2000 y en dicha fecha aún no había finalizado el plazo de transposición dado a los Estados miembros por la Directiva 98/50, ni entrado en vigor la Directiva 2001/23, las cuestiones planteadas deben ser resueltas sobre la base de la Directiva 77/187.

Para resolver las cuestiones planteadas, la STJUE trae a colación la jurisprudencia comunitaria existente en torno a dichas materias. Así por ejemplo, la referida a transmisión en sectores cuya actividad descansa sobre todo en la mano de obra y no tanto en la transmisión de activos:

«Un conjunto estructurado de trabajadores, a pesar de la inexistencia de elementos de activo significativos, materiales o inmateriales, puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva 77/187 (véanse en particular en relación con los servicios de limpieza las sentencias antes citadas Hernández Vidal y otros, apartado 27, e Hidalgo y otros, apartado 26; véase también, acerca de la Directiva 2001/23, la sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, Rec. p. I-0000, apartado 39)».

Considera, pues, la sentencia, que «esa jurisprudencia es aplicable a la situación objeto del litigio principal dado que ninguna de las actividades ejercidas por el grupo de trabajadores afectado parece requerir la disponibilidad de elementos de activo significativos. La calificación del grupo de trabajadores como entidad económica no puede por tanto excluirse a causa de que esa entidad no comprenda elementos de activo material o inmaterial además de dicho personal».

En relación con la exigencia comunitaria y nacional de que la unidad económica mantenga su autonomía, recuerda la sentencia que:

«En el contexto de la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, el concepto de autonomía se refiere a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (véase en ese sentido la sentencia UGT-FSP, antes citada, apartados 42 y 43). Si bien es cierto que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resulta afectada por la circunstancia de que el empresario imponga obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerza así una influencia amplia en las actividades de éste, es preciso no obstante que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios (véase en ese sentido la sentencia Hidalgo y otros, antes citada, apartado 27)».

Aplicando esta jurisprudencia al asunto objeto de examen, considera la STJUE que el personal de las entidades locales empleado en las escuelas públicas constituía dentro de la administración de esas entidades una entidad que podía organizar y ejecutar sus tareas de forma relativamente libre e independiente, por medio en especial de instrucciones emitidas por los miembros de ese personal titulares de facultades de coordinación y de dirección.

En cuanto a la cuestión que se plantea sobre si es aplicable o no a este supuesto la Directiva sobre transmisión de empresas, considera la STJU que el hecho de que el personal transferido y sus actividades están integrados en la administración pública, esa circunstancia por sí sola no puede excluir a dicha entidad de la aplicación de la Directiva 77/187 (sentencia Collino y Chiappero). La conclusión contraria no sería conforme con la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia según la cual todo conjunto suficientemente estructurado y autónomo de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio constituye una «empresa» en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187, con independencia del estatuto jurídico y del sistema de financiación de ésta.

Más complejas son las dos cuestiones planteadas en torno al mantenimiento de los derechos del personal transferido, en relación con la retribución económica ligada a la antigüedad del personal en la empresa cesionaria, fijada en el nuevo convenio colectivo de la cesionaria, y si la antigüedad en la empresa cedente se debe tener mantenido en caso de que les suponga ventajas retributivas conforme al convenio colectivo de la cesionaria.

Con cita de la Sentencia Collino y Chiappero del mismo Tribunal, se afirma que aunque la antigüedad adquirida al servicio del cedente por los trabajadores transferidos no constituye, como tal, un derecho que éstos puedan invocar frente al cesionario, en cambio esa antigüedad sirve para determinar ciertos derechos pecuniarios de los trabajadores, y son estos derechos los que deberá, en principio, mantener el cesionario de idéntica manera a la existente con el cedente. No obstante, según el Tribunal:

«La regla prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 77/187, según la que “el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha [...] de aplicación de otro convenio colectivo”, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución.

Aunque de lo antes expuesto resulta que la Directiva 77/187 reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (sentencia de 26 de mayo de 2005, Celtec, C-478/03, Rec. p. I-4389, apartado 26 y la jurisprudencia citada, y acerca de la Directiva 2001/23, el auto de 15 de septiembre de 2010, Briot, C-386/09, apartado 26).

Por cuanto precede, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que cuando una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva 77/187, da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario, y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el artículo 3 de la referida Directiva se opone a que los trabajadores trans-

feridos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último. Incumbe al tribunal remitente examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión de empresa objeto del litigio principal».

Para finalizar, y por lo que hace a la última cuestión planteada sobre si la normativa nacional vulnera los principios comunitarios, la STJUE considera que no es necesario responder, habida cuenta de la respuesta a las dos cuestiones anteriores.

E) Recargo de prestaciones económicas y sucesión de empresa

Igual que sucede en los casos de contratos de obras y servicios (referidos supra 4.A), en los supuestos de sucesión de empresas también presenta dificultad interpretativa la determinación del sujeto responsable del recargo de prestaciones económicas derivado de omisión de medidas de seguridad. Pero a diferencia de los casos de contratos, en los de sucesión de empresas la dificultad estriba sobre todo en determinar el momento en que razonablemente ha de entenderse causada una enfermedad de larga duración que llega a la calificación de enfermedad profesional con recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad. En este sentido, hay que recordar que el art. 127.2 LGSS establece que «en los casos de sucesión... el adquirente responderá solidariamente con el anterior... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión», precepto aplicable a estos supuestos toda vez que el art. 44.1 ET deja a salvo «lo establecido en la legislación de Seguridad Social».

Estos preceptos, a su vez, deben ser puestos en relación con el art. 123 LGSS, que proclama la responsabilidad directa del empresario infractor. Así mismo, se debe tener en cuenta la doctrina jurisprudencial existente en torno a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones económicas. Así, según la doctrina del Tribunal Supremo, a pesar de que la Sala hubiese destacado inicialmente la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones de Seguridad Social, afirmando que «es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (entre las más antiguas, SSTS 8-4-1993 —Rec. u.d. 953/92—; 16-11-1993 —Rec. u.d. 2339/92—; y 31-1-1994 —Rec. u.d. 4028/92—), lo cierto es que en los últimos tiempos la Sala ha abandonado en gran medida la tesis sancionadora, afirmando que si bien el recargo parece responder en principio al concepto genérico de sanción administrativa, en todo caso concurren una serie de notas que le alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora y llevan a afirmar que no se trata de una genuina sanción administrativa. En la doctrina más reciente se sostiene que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora, desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio (STS 30/06/08 —Rec. u.d. 4162/06—).

Esta reciente doctrina es la que trae a colación la **STS de 18 de julio de 2011**, IL 1288/2011, u.d., en el recurso que resuelve sobre recargo de prestaciones económicas en un caso de sucesión de empresas en el que la enfermedad del trabajador fue de larga dura-

ción, generándose la enfermedad antes de la transmisión pero devengándose la prestación económica de Seguridad Social con fecha posterior a la transmisión empresarial. Se discute, pues, si la misma se causó con anterioridad a la dicha transmisión o no, y si la responsabilidad por el recargo de prestaciones es solidaria para ambas empresas.

La Sala, basándose en sus razonamientos en que en esta materia no rige el art. 44 ET, sino el art. 127.2 LGSS, y conforme a este precepto la solidaridad únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así a las posteriores a la transmisión que traen su causa en incumplimientos anteriores (SSTS 28-1-2004 —Rec. u.d. 58/03—; 22-11-2005 —Rec. u.d. 4428/04—; 13-11-2006 —Rec. u.d. 578/05—; y 23-12-2007 —Rec. u.d. 2097/05), concluye que el recargo de prestaciones económicas no es transferible por la vía de la sucesión, cualquiera que sea el momento de su declaración:

«El recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos —como el de autos— de sucesión de empresa, tal como proclama el art. 127.2 LGSS, de todas formas su función preventivo/punitiva, la determinante idea de “empresario infractor” que utiliza el art. 123.2 LGSS (SSTS 14/02/01 —rcud 130/00—; y 21/02/02 —rcud 2239/01—), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que “sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo” (SSTS 08/04/93 —rcud 953/92 —... 02/10/00 —rcud 2393/99—; 14/02/01 —130/00—; 21/02/02 —rcud 2239/01—; y 03/12/08 —rcud 2909/07—), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquella —siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL— (SSTS 02/10/00 —rcud 2393/99—; 21/02/02 —rcud 2239/2001—; 16/05/07 —rcud 360/06—; y 03/12/08 —rcud 2909/07—), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el recargo —cualquiera que sea el momento de su declaración— es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la mercantil recurrente y como en su día había sostenido con acierto la decisión de instancia».

JESÚS CRUZ VILLALÓN
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO