

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
3. CONTRATAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria de la empresa principal. Concepto de propia actividad.**
 - B) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
 - B) **La cesión ilegal como cuestión previa en el proceso de despido.**
5. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión. Adquisición de inmueble en subasta judicial.**
 - B) **Sucesión de contratas.**
 - C) **Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo.**
 - D) **Efectos jurídicos de la subrogación. Plus salarial.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 10, 11 y 12 de 2012 de la revista *Información Laboral* 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 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 a la Sala Cuarta de este, 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. 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 tradicionalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no altera la identificación del empleador ni la atribución de las responsabilidades básicas en materia laboral 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 algunos 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 Asturias de 25 de mayo de 2012, IL 1090**, analiza la presencia o no de alguno de los elementos citados, con ocasión de un asunto de despido colectivo por cierre del centro de trabajo, en la que se determina el concepto de empleador *ex* artículo 1.2 ET a efectos de la responsabilidad solidaria por despido declarado improcedente. Los demandantes trabajaban como profesores en una Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, de la que era titular el Patronato del mismo nombre; de dicho Patronato formaban parte el Alcalde del Ayuntamiento, como presidente del mismo, más cuatro representantes del citado Ayuntamiento y representantes de la Universidad de Oviedo, de la Consejería de Educación y Cultura, Caja de Ahorros y otras entidades. El Ayuntamiento acuerda en abril de 2009 instar al Patronato el cese en la incorporación de alumnos en el primer curso de la Diplomatura de Relaciones Laborales en el curso académico 2009/2010, siendo finalmente extinguido el Plan de Estudios por Decreto de 11 de mayo de 2011 del Principado de Asturias, así como revocada la adscripción del centro a la Universidad de Oviedo y se procede al cierre del centro. Declarado el despido colectivo como improcedente y condenado el Patronato, la sentencia referida considera responsable solidario al Ayuntamiento al haber ejercido la condición de empresario, toda vez que era el único patrono que sustentaba al Patronato a través de sus aportaciones económicas y es el que decide el cese en la incorporación de alumnos que lleva posteriormente al cierre del centro, por lo que:

«Partiendo de lo anterior y de la posición prevalente que como entidad que sostiene económicamente la Escuela ocupa el Ayuntamiento, razón por la cual decide sobre su viabilidad y futuro y asume las responsabilidades que derivan de tales decisiones, cabe concluir que el Patronato se constituye para la organización y gestión del Centro, pero propiamente es tal entidad local quien tiene encomendada la adopción de las medidas necesarias para su funcionamiento, sin que los restantes miembros del Patronato actúen como empleadores *ex* artículo 1.2 ET, al ser meros componentes del mismo y tener atribuido poder decisorio alguno. Este planteamiento se confirma, además, con la circunstancia de que la responsabilidad solidaria pretendida de todos los demandados ha sido declarada por sentencia que

no consta recurrida, del Juzgado de lo Social núm. Tres de Gijón, en supuesto idéntico al aquí analizado».

También analiza la concurrencia o no de los criterios jurisprudenciales citados para determinar la existencia o no de grupo de empresas a efectos de responsabilidad laboral, la **STSJ de Castilla y León de 18 de julio de 2012, IL 1184**, con ocasión 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. Razona la sentencia, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil, y que el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo, concluyendo que estos factores configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. No habiéndose probado la concurrencia de ninguno de estos factores específicos, considera la sentencia que no estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, sin que a ello sea objeción el que las empresas en cuestión tributen en régimen de consolidación fiscal, por lo que no cabe entender que deba tenerse en cuenta el patrimonio de todas las empresas del grupo para determinar la concurrencia de la causa económica que alega el empresario, y por ello no cabe responsabilidad alguna al resto de empresas demandadas.

A igual conclusión llega la **STS de 23 de octubre de 2012, u.d., IL 1257**, que también con ocasión de un despido objetivo por causas económicas analiza si concurren los requisitos para considerar la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, afirmándose que no resultando de los hechos probados la concurrencia de los requisitos necesarios exigidos por la jurisprudencia para decretar dicha responsabilidad, al tratarse de empresas en las que, aunque en todas ellas figure como administrador la misma persona, no se ha acreditado que entre ellas medie confusión de actividades y patrimonios, o que se haya producido una transmisión significativa de elementos patrimoniales ni personales, ni que exista un criterio de caja única u otra apariencia de la que pueda derivarse la existencia de un grupo empresarial para decretar la responsabilidad solidaria de todas ellas.

Complementariamente a lo anterior, para la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012, IL 1022**, ante circunstancias de hecho claramente opuestas, el hecho de que la empresa matriz del grupo tenga cuentas y fiscalidad consolidadas, y unidad de dirección en la matriz, de la que penden divisiones, con un administrador único que es el responsable de todas las sociedades del grupo, junto a la existencia de confusión patrimonial y caja común, con entrecruce de créditos y la confusión de plantillas, en la medida en que ha habido prestaciones sucesivas de trabajo entre diferentes sociedades del grupo y acuerdos de intercambio de plantilla entre algunas de ellas, determina la existencia de gru-

po de empresas a efectos laborales alegado por la propia empresa matriz. En esta ocasión, es el propio grupo de empresas el que se basa en su carácter de grupo de empresas a efectos laborales para basar en ello su legitimidad para instar un despido colectivo como tal grupo, llevando a cabo un único procedimiento de consulta y negociación común para todas las empresas del grupo afectadas por el despido colectivo por causas económicas. A partir de su consideración como grupo de empresas a efectos laborales, la sentencia argumenta sobre la legitimidad del grupo como tal para instar un despido colectivo, ya que:

«... en definitiva, se tiene en cuenta la situación económica del grupo porque es éste el empresario real. Carece de lógica traerlo a colación para apreciar la concurrencia de causa objetiva, y sin embargo ignorarlo cuando pretende hacerla valer».

3. CONTRATAS

A) Responsabilidad solidaria de la empresa principal. Concepto de propia actividad

El Estatuto de los Trabajadores establece, para los casos de relaciones entre empresas a través de contratos de obras y servicios, una serie de responsabilidades a cargo de la empresa principal con respecto a los trabajadores de la empresa o empresas auxiliares, como una forma de garantizar que el trabajo a través de fórmulas triangulares en contratos no suponga una merma de efectividad para algunos derechos básicos de los trabajadores (art. 42 ET). Estas responsabilidades, no obstante, son limitadas por la propia norma, de entrada, a un tipo concreto de contratos, esto es, aquellas en las que las obras o servicios contratados por la principal son o pertenecen a su propia actividad. El concepto de propia actividad ha sido y sigue siendo el elemento esencial respecto del que depende la activación o no de las responsabilidades de la empresa principal, lo que unido a su falta de definición por la propia norma haya dado lugar a una constante litigiosidad y existencia de numerosos pronunciamientos judiciales en torno a él. Sin que podamos detenernos aquí sobre la elaboración jurisprudencial de este concepto, sí interesa reparar en la necesidad de identificar la actividad de la empresa principal y la de la empresa contratista o auxiliar para la constatación de si la obra o servicio contratado corresponde a la propia actividad de la empresa principal.

Sobre esta cuestión y con ocasión de una reclamación de deuda salarial del trabajador frente a su empleadora, empresa contratista, y frente a la empresa principal por responsabilidad solidaria, la **STS de 3 de julio de 2012, u.d., IL 1105**, analiza el concepto de propia actividad a través de la identificación de la actividad a la que se dedican ambas empresas, principal y contratista, con la dificultad añadida de que se discute la calificación de la empresa contratista como tal, toda vez que ejercía de empresa promotora de una obra obtenida a través de concesión pública de obra pública. Considera la Sala que en este caso no es extrapolable la doctrina contenida en sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo acerca de que la actividad del promotor no es una actividad de construcción y que, por tanto, no procede la responsabilidad solidaria de los promotores con los contratistas constructores, y es en ese contexto en el que se menciona la diferencia entre actividades nucleares o no nucleares, en cambio en el asunto de autos es claro para el Tribunal que Indra no es ningún promotor inmobiliario y que, a lo sumo, y salvando todas las particularidades de un supuesto como éste en el que el origen de toda la cadena es una decisión administrativa de

realizar una construcción y de adjudicarla a una empresa para que la lleve a cabo, se podría considerar que el promotor es dicha Administración Pública, el Ministerio de Defensa, y que el contratista constructor es la empresa Indra, adjudicataria de dicha concesión que, a su vez, subcontrata con Begar la realización de la obra. El razonamiento que se sigue en la sentencia para constatar el efectivo papel que juega cada una de las empresas es constatar qué tipo de actividades figuran en el objeto social de la empresa principal, entre el que recoge el de «la construcción de toda clase de inmuebles», con independencia de que en la obra en cuestión dicha empresa se haya dedicado a realizar otras de sus actividades y no la de construcción, y de que esa sea o no su actividad principal, resultando en cualquier caso extraño que, si no lo fuera, resultara adjudicataria de un importante proyecto de obra. A mayor abundamiento, para la mencionada sentencia:

«Ello explicaría además —y éste sería el tercer dato de apoyo— las exorbitantes facultades que Indra se reserva para sí misma en el contrato de arrendamiento de servicios con Begar, al que se remite el hecho probado 4.º de la Sentencia de instancia, tales como la designación de un Ingeniero de Caminos como Director Técnico de la obra y la Dirección Facultativa a un estudio de Arquitectos, la designación de una empresa como coordinadora en materia de Seguridad y Salud, la facultad de ordenar la realización de obras complementarias no previstas en el contrato, entre otras. Todo lo cual nos inclina a considerar que concurre en el supuesto de hecho el requisito de «actividad propia» exigido por el artículo 42 del ET para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa Indra, bien en su consideración de empresa principal, bien en la de empresa contratista que, a su vez, ha subcontratado la realización de la obra, salvo determinadas funciones que se reserva, a la empresa Begar».

B) 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 relacionar 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.

La determinación del sujeto responsable del recargo de prestaciones económicas es el asunto de fondo que resuelve la **STSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2012, IL 1280**. En este caso de accidente de trabajo con resultado de muerte, la sentencia llega a la conclusión de que la responsabilidad en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad es en este caso solidaria entre la empresa contratista y el promotor. El promotor considera que no debe ser responsable solidario ya que la obra se realizó de manera sucesiva por empresas independientes y no de forma simultánea, por lo que entiende que

no era necesaria la figura del coordinador al existir una sola empresa trabajando al mismo tiempo y, además, afirma que, dado que se desconocía la empresa que iba a trabajar posteriormente, nada se podía coordinar. Alega que, conforme al artículo 7.2 del Real Decreto 1627/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, de no existir coordinador de seguridad, sus funciones serán asumidas por la dirección facultativa de la obra. Por contraste, el Tribunal considera que:

«El artículo 2.1 e), f) y g) del Real Decreto 1627/1997 define las figuras del Coordinador en materia de seguridad durante la elaboración de proyecto de obra y durante la ejecución de la obra así como de la Dirección facultativa. Todas estas figuras han de ser designadas por el promotor. El artículo 3 de dicha norma insiste en que la designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud corresponde al Promotor y cuando se habla de que en la obra intervenga más de una empresa o una empresa y autónomos no se distingue si la actuación es simultánea o sucesiva. El artículo 9 del referido cuerpo legal establece que entre las funciones del Coordinador en materia de seguridad y salud se encuentra planificar los trabajos que se vayan a desarrollar en las diferentes fases ya sean estas simultáneas o sucesivas. Por tanto,

hemos de partir de que el promotor debió designar un Coordinador y la dirección facultativa. Del relato fáctico (hecho probado tercero y cuarto), se deduce que el demandante (promotor) no solo no designó coordinador de seguridad sino que no consta que existiera Dirección facultativa. Por tanto, aunque el recurrente no actuara como contratista principal, lo cierto es que como promotor ya incumplió las obligaciones de seguridad en el trabajo».

4. 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, pese 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.

Partiendo de que el art. 43 ET considera que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando 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, o cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario, los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudir con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas.

Según doctrina reciente del Tribunal Supremo en relación con los supuestos de existencia de empresa real y no aparente, no se considera como elementos suficientes para desvirtuar la existencia de cesión ilegal el que la empresa contratista sea quien abone los salarios y quien controle la asistencia al trabajo de los actores, y sus permisos, licencias y vacaciones, éstas son las típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el prestamista de mano de obra; ni tampoco otros poco significativos, como que le proporcione el vestuario, lo cual no es, en definitiva, sino una parte de salario en especie, ni tampoco el que dicha contratista cuente con mandos intermedios propios. Es lo que mantiene la **STS de 5 de noviembre de 2012, u.d., IL 1248**, con base en las precedentes SSTs de 27 de enero de 2011 y de 4 de julio de 2012 (u.d.). Así, destaca la sentencia que:

«Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndolo por tal sus medios materiales y organizativos propios —que es lo que justifica que estemos en el campo de las contratas lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET— y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismo —esos mandos intermedios— pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente».

Otros casos que analizan la concurrencia de notas para determinar la existencia de cesión ilegal son los resueltos por la **STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012, IL 1164**, y la **STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL 1294**. En ambos casos se constata que la empresa contratista es una empresa real, que cuenta con una organización e infraestructura propia, pero también en estos casos se puede producir cesión ilegal cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997).

Por ello, las sentencias objeto de esta crónica acuden al análisis de cuál de las dos empresas asume las facultades propias como empleadora respecto de los trabajadores en cuestión, y si la empresa contratista ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario, entendiéndose que para poder declararla como «contratista real» a la misma le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad. Para la primera sentencia citada, en el caso de autos, «la contratista no se ha limitado en la práctica a ceder o suministrar la mano de obra necesaria para su realización sin control alguno de

sus trabajadores, ni ejercicio de las facultades que siempre e indefectiblemente son constitutivas al empleador, como son, al menos, las de dirección, orientación, organización (aunque lo haga dentro de las pautas lógicas que al efecto le marque la Administración en la realización del servicio contratado) y competencia en el régimen de licencias, vacaciones, descansos y permisos. Los hechos probados de la sentencia de instancia dan cuenta de que es la propia empresa quien asume dichas facultades, por lo que debe concluirse que no ha existido la cesión ilegal denunciada, lo que conduce a la desestimación del recurso interpuesto por el actor y la confirmación de la sentencia de instancia».

En similar sentido, la segunda sentencia citada considera que la contratista ejerce las funciones propias de empresario, ya que organizaba el trabajo de su plantilla; fijaba y controlaba los turnos, rotaciones y vacaciones; controlaba la asistencia del personal a su cargo, tenía y ejercía el poder disciplinario y abonaba el salario a sus trabajadores, además en el almacén había dos encargados y un encargado general que controlaban y organizaban el trabajo en el mismo. Y no se desvirtúa la anterior conclusión, según la sentencia, porque los servicios de logística y gestión de materiales de almacén externalizados por empresa principal se prestaran en el almacén de ésta mediante la cesión de la maquinaria específica que se ubicaba en el citado almacén a la empresa con la que en cada momento tenía contratado el citado servicio de logística y gestión de materiales de almacén, pues no cabe duda alguna que la contratista actúa como un verdadero empresario en la prestación del servicio de logística y gestión de materiales de almacén concertado con la empresa principal.

B) La cesión ilegal como cuestión previa en el proceso de despido

Es algo admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en determinados supuestos en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de cuestión previa o cuestión prejudicial interna, necesarias para establecer las consecuencias del despido. Lo que determina que es perfectamente posible y lícito desde el punto de vista procesal alegar en una demanda por despido todas las particularidades que afecten a la relación de trabajo y que hayan de incidir en la respuesta judicial que ante una eventual condena por nulidad o improcedencia de la medida extintiva hayan de producirse. Es uno de los aspectos sobre los que se pronuncia la **STS de 19 de octubre de 2012, u.d., IL 1261**, confirmando que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido. Ahora bien, en el caso de autos el Tribunal Supremo confirma la inexistencia de despido, anteriormente declarada por la sentencia recurrida, por lo que no cabe en modo alguno ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, pero la existencia declarada de ésta última sólo adquiere relevancia en el supuesto de que se declare la existencia del despido, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente, por lo que:

«Si no se declara la existencia del despido —como aquí acontece— no puede efectuarse un pronunciamiento sobre la cesión ilegal, porque esta acción no se ha ejercitado acumulada a la del despido —está legalmente excluida esta acumulación— sino a modo de cuestión previa o prejudicial interna, que —se insiste— sólo adquiere relevancia para el contenido

del pronunciamiento condenatorio inherente a la declaración de la improcedencia o nulidad del despido. Ello no implica, que habiéndose declarado la existencia cesión ilegal en la instancia, no impugnada esta declaración en suplicación, la demandante no pueda ejercer las acciones que estime pertinentes derivadas de dicha declaración».

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión. Adquisición de inmueble en subasta judicial

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). 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 accesorio» (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, en relación con lo dispuesto en materia de sucesión de empresa con ocasión de venta judicial de la misma, el art. 51.11 ET, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 3/2012, existen en el periodo examinado cuatro sentencias del Tribunal Supremo, todas en unificación de doctrina, siendo en todas ellas las mismas empresas demandadas y codemandadas, en juicio sobre extinción de contratos y despido. Se trata de la **STS de 24 de septiembre de 2012, u.d., IL 1125**; **STS de 26 de septiembre de 2012, u.d., IL 1270**; **STS de 7 de noviembre de 2012, u.d., IL 1244**, y **STS de 14 de noviembre de 2012, u.d., IL 1242**. El problema que se plantea en las citadas sentencias consiste en determinar la existencia, o no, de subrogación empresarial en un supuesto derivado de la adjudicación en procedimiento hipotecario a la pertinente entidad prestamista (el Banco Pastor en el caso) del inmueble ocupado por el establecimiento hotelero en el que los trabajadores demandantes habían venido desempeñando su actividad laboral. La cuestión, pues, se centra en decidir una vez más si nos encontramos, o no, en el supuesto de sucesión empresarial previsto en el art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

Las sentencias de suplicación consideran que el objeto de la venta judicial fue una «*explotación hotelera*»; que el inmueble adjudicado en la ejecución hipotecaria era susceptible de ser explotado de manera inmediata al contar con la infraestructura necesaria para ello; que algunas de las causas o manifestaciones de la interrupción de la actividad hotelera (por ejemplo, corte del fluido eléctrico) carecían de entidad suficiente para impedir la reanudación de la actividad; y que los elementos personales de la empresa, es decir sus

empleados, estaban también a disposición de esta una vez concluido el período autorizado de suspensión de los contratos de trabajo. No desconocen las sentencias de suplicación la doctrina unificada en materia de sucesión de empresa en supuestos de venta judicial; pero, tras citarla y describirla brevemente, llegan a la conclusión de que no es de aplicación al caso enjuiciado. En los cuatro recursos de casación para unificación de doctrina se alega como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, u.d., 6432/2003, cuya doctrina es la considerada como correcta por las sentencias que se comentan, en base a que:

«1) de acuerdo con la legislación comunitaria, seguida por la actual redacción del art. 44 ET (Ley 12/2001), el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión “de una persona a otra” de “la titularidad de una empresa o centro de trabajo”, entendiéndose por tal “una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); 2) en el supuesto particular de la venta judicial, el art. 55.11 ET (redacción anterior a la Ley 3/2012) precisa que la venta judicial de bienes productivos exige, para ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales, la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes “por sí mismos” para “seguir” con la “explotación empresarial” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); y 3) en el caso enjuiciado no cabe hablar en rigor de “continuidad” y de disponibilidad de la explotación empresarial puesto que, de un lado dicha explotación estaba interrumpida en el momento de la toma de posesión por parte del Banco Pastor del inmueble adquirido, y de otro lado los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para la actividad empresarial de hostelería al no disponerse de los enseres atribuidos a la Corporación Financiera Iberoamericana mencionados en los antecedentes de hecho (...)

Así las cosas, no parece factible una interpretación laxa de los requisitos legales establecidos en el art. 51.11 ET, cuyo fundamento último es el principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución. La referencia a “la totalidad de la empresa o parte de la misma” como objeto de la adjudicación, así como los requisitos de “suficiencia” de los elementos transmitidos y de continuidad o tracto inmediato, sin interrupciones significativas, entre la actividad del empresario anterior y del nuevo responden a esta lógica de libre iniciativa empresarial, según la cual solo se puede obligar a una entidad adquirente de bienes en venta forzosa a dedicar los bienes adquiridos a la misma actividad productiva anterior cuando se trata de una empresa en funcionamiento cuya continuación no encuentra obstáculo alguno; inexigencia de continuación de actividad productiva que corresponde apreciar sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el objeto social de la empresa adquirente (finanzas) no es el mismo que el de la empresa anterior (hostelería)».

La reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha suprimido el contenido del anterior apartado 11 del art. 55 ET. Dicho apartado establecía que «En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial»; se añadía un segundo párrafo que exigía seguir expediente de regulación de empleo en el caso de que pese a estar en el supuesto anterior de transmisión el nuevo empresario decidiera no continuar con la actividad. Entendemos que la actual omisión normativa del supuesto de venta

judicial de la totalidad o parte de una empresa en nada cambia la aplicación del art. 44 ET a estos supuestos, ya que el art. 55.11 ET anterior a la reforma citada no era sino reiteración del concepto de transmisión que se contiene en el apartado dos del citado art. 44 ET, interpretado conforme a la reiterada doctrina comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De manera que la doctrina recogida en las sentencias objeto de crónica sigue siendo de plena aplicación.

B) Sucesión de contratas

Sobre de sucesión de contrata de limpieza en el que la empresa entrante no subroga al trabajador adscrito al servicio asumido por encontrarse ya trabajando para ésta en otro centro de trabajo al amparo de otra contrata, y el cómputo de la jornada de trabajo supera la máxima legal, resuelve en esta ocasión la **STSJ Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL 1274**. La sentencia considera que se trata de un despido improcedente, basándose en la doctrina unificadora fijada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2012, según la cual ante todo debe estarse a la finalidad perseguida por la subrogación, tanto si se está a la prevista en el artículo 44 ET como a la que se establece en el Convenio de particular aplicación, que es la estabilidad en el empleo, amenazada por el singular sector de empresas de servicios en las que con o sin transmisión de elementos patrimoniales, el contenido de su negocio depende de las adjudicaciones. En el caso de autos, la empresa entrante mantiene el contrato del trabajador respecto del puesto de trabajo que ya venía desempeñando en otro centro de trabajo, pero extingue el que le vinculaba al centro de trabajo que ahora es asumido por la misma empresa, por superar la jornada máxima legal. Entiende la sentencia objeto de crónica que es aplicable al presente caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo y debiéndose haber producido la subrogación del trabajador por imperativo de la norma convencional, el no efectuarlo constituye un despido improcedente con los efectos inherentes a tal declaración. Según la citada jurisprudencia:

«No cabe reputar ilícito el desempeño de las dos jornadas, que hasta la subrogación no lo era. Las consecuencias de la subrogación deberán medirse del lado del trabajador de forma que lo que ha resultado lícito hasta la fecha no deje de serlo al operar un mecanismo con el que se le pretende beneficiar, y sin que el obviar la subrogación le beneficie porque había supuesto la expulsión de su plantilla por la empresa saliente. Su incorporación a la empresa entrante es el resultado de unas previsiones jurídicas específicas del sector, su puesto de trabajo es distinto en cada una de las contratantes y en el futuro podría operarse otro cambio en las adjudicaciones y disgregarse nuevamente en dos la figura de la empleadora. Por esta razón solo se consigue la finalidad protectora de las normas dejando que opere la subrogación de la empresa entrante, al no estar en discusión que se cumplen los requisitos necesarios, y que la incorporación de la trabajadora se mantenga en dos jornadas separadas a todos los efectos en las mismas condiciones en las que operaría su relación de pertenecer a una sola empresa con varias contratas y sin que sea óbice la limitación de jornada ya que en una categoría, la de gerocultora y en un centro de trabajo, el Pabellón sur, desempeña una jornada y en otra categoría, la de auxiliar de clínica y otro centro, el Pabellón Norte desempeña otra, por lo que se mantienen idénticas las condiciones de ahí que si bien se acepta la tesis de la sentencia recurrida en cuanto a imponer la subrogación a la nueva adjudicataria, sin embargo, no cabe contemplar, por el solo hecho de la misma, una modificación de sus condiciones».

Otro caso de sucesión de contrata de servicios sin subrogación de la trabajadora por la empresa entrante es analizado por la **STSJ Madrid de 18 de julio de 2012, IL 1183**. El supuesto presenta notables diferencias con los anteriores, pues aquí hay una extinción de la relación durante el periodo de prueba que el Tribunal considera ajustado a derecho. La trabajadora prestó servicios laborales en virtud de contrato temporal para obra o servicio determinado por cuenta y órdenes de la empleadora desde el 21 de octubre de 2010 con la categoría de tele-operadora en el servicio que esta empresa tenía adjudicado por el Banco cliente, consistente en comercialización de seguros del grupo bancario. La relación laboral finalizó el 28 de febrero de 2011 como consecuencia de la comunicación de extinción del contrato por finalización de la contrata que servía de soporte a aquel. Con fecha 7 de marzo de 2011 la actora suscribió contrato de trabajo temporal para obra o servicio con la nueva empresa adjudicataria de la contrata mercantil para la prestación del servicio tele-venta de seguros del banco cliente, servicio idéntico al que la actora desempeñó con anterioridad, llevado a cabo en las mismas condiciones con categoría de tele-operadora. En el contrato de trabajo se pactó un periodo de prueba de 30 días. El 15 de marzo de 2011 la trabajadora causa baja médica por enfermedad común y al día siguiente recibe carta de su empleadora rescindiendo el contrato en fase de periodo de prueba. La trabajadora considera que dicha rescisión es un despido improcedente toda vez que por aplicación del art. 44 ET, la nueva contrata se ha debido subrogar en la relación de servicios que con anterioridad tenía la trabajadora con la empresa saliente y que, por tanto, dicho periodo de prueba no es válido.

Para resolver la cuestión, la sentencia expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a los requisitos exigibles para que proceda el mecanismo subrogatorio, en consonancia con la Directiva 77/1987/CEE, según la cual la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando a ese conjunto el carácter de «entidad económica que mantenga su identidad», recogiendo lo indicado en sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de diciembre de 1998, casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal, que otorgan una especial consideración a los supuestos que afectan a sectores en los que los elementos patrimoniales se reducen a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra porque en esos supuestos se entiende que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a efectos de transmisión cuando no existan otros factores de producción, y que si el nuevo concesionario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea puede entenderse que dicho empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. Y es que el artículo 1.1 de la Directiva Europea 2001/23 /CEE, que derogó la Directiva Europea 77/1987/CEE, modificada por la Directiva 1998/50 /CE, y que fue transpuesta a nuestro ordenamiento, ha recogido estos criterios, a los que ha de estarse necesariamente.

Aplicando dicha doctrina al presente caso, entiende la sentencia que:

«Sin embargo, en el presente caso, pese a lo alegado por la recurrente, es lo cierto que, debiendo partirse necesariamente del inatado relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en el mismo, se observa que aunque

la actora había suscrito con anterioridad un contrato de trabajo con la empresa y continuó prestando los mismos servicios tras extinguirse dicho contrato al ser contratada unos días después por la empresa demandada, no aparece que, conforme a la doctrina de referencia, se hayan cumplido los requisitos legalmente exigidos para la sucesión de empresas con arreglo al artículo 44 E.T., lo que impide considerar que el pacto de prueba careciera de justificación, siendo por el contrario perfectamente válido, como veremos, dado que se trataría aquí de dos empresas distintas, con lo que el supuesto quedaría fuera del contemplado en el artículo 20 del Convenio Colectivo y en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia habría de desestimarse el motivo Segundo del recurso, que parte de una premisa inexistente cual es la pretendida sucesión de empresas. Con lo que era perfectamente ajustado a derecho establecer un período de prueba, sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, por las razones expuestas».

C) Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo

Como poníamos de manifiesto en crónicas anteriores (véase por ejemplo la n.º 49), 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 no se enmarcaba en el ámbito de aplicación de la legislación estatal (art. 44 ET). Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas complementarias 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 TTSSJ 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 contratas, 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 negociado propio del convenio colectivo de aplicación.

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, suelen 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 con el argumento 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 la siguiente diferenciación de supuestos:

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

Sobre el incumplimiento de la obligación convencional de la empresa saliente de entregar la documentación fijada en el convenio colectivo aplicable a la empresa entrante, hay en el periodo examinado tres sentencias del Tribunal Supremo en el mismo sentido, dándose la circunstancia de que en las tres la empresa saliente es la misma y el servicio objeto de sucesión de contrata es una concesión administrativa de una corporación local sobre servicios públicos de recogida de residuos, en un caso, y de tratamiento integral de aguas, en los demás. Se trata de la **STS de 17 de septiembre de 2012, u.d., IL 1114**; **STS de 18 de septiembre de 2012, u.d., IL 1121**; **STS de 19 de septiembre de 2012, u.d., IL 1039**. El fundamento de las citadas sentencias, con apoyo en doctrina precedente del mismo Tribunal, se basa en que:

«El mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues "ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación", de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30 de diciembre de 93 —rcud 702/93—; 29 de diciembre de 97 —rec. 1745/97—; ... 10/07/00 —rec. 923/99—; 18/09/00 —rec. 2281/99—; y 11/05/01 —rec. 4206/00—). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10 de diciembre de 1997 —rec. 164/97—; 29 de enero de 2002 —rec. 4749/00—; 15 de marzo de 2005 —rec. 6/04—; y 23 de mayo de 2005 —rec. 1674/04—), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 —rec. 2618/02—)».

En base a la anterior argumentación, el Tribunal Supremo entiende que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque dicho derecho está asegurado en

cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente.

En los tres casos examinados, el Tribunal llega a la conclusión de que la empresa saliente no ha cumplido con la obligación convencional de entregar la documentación requerida a la empresa entrante dado que:

«a) el simple comunicado al Ayuntamiento de que se "pone a su disposición" la documental que requiere la norma sectorial, en manera alguna supone cumplir la inequívoca revisión — ya referida— que se contiene en el art. 53 del Convenio Colectivo y relativa a que "[l]a empresa saliente deberá facilitar a la entrante los siguientes documentos [...] Estos documentos deberán estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha de inicio del servicio de la nueva titular", puesto el destinatario de la documental obligada es la empresa entrante y no el titular del servicio público; b) el precepto claramente impone la entrega documental, como demuestran las imperativas expresiones "deberá facilitar a la entrante" y "deberán estar en poder de la nueva adjudicataria", sin que al efecto baste la indicación —dirigida a un tercero, además— de que los documentos están a su disposición; y c) aunque en la fecha de la comunicación al Ayuntamiento [15/12/09] se desconociese —como es lógico— el nombre de la nueva adjudicataria, ello no era obstáculo para que se cumpliera la obligación impuesta por el Convenio en la fecha en que aquella fue designada [28/12/09], anterior al cese del trabajador [01/01/10] y cuyo conocimiento sería obtenido por una mínima diligencia, exigible por elemental buena fe» (STS de 17 de septiembre de 2012, IL 1114).

O, en parecidos términos, porque:

«a) La mera comunicación de poner a disposición la documentación que adjunta, cuando el único —de los nueve documentos que la empresa sustituida debe facilitar y acreditar ante la nueva empresa adjudicataria— que se acompañó al escrito, es el de la relación de trabajadores afectados, no supone en manera alguna cumplir la inequívoca previsión —ya referida— que se contiene en el señalado precepto convencional; y; b) el precepto claramente impone la entrega documental, como demuestran las imperativas expresiones "deberá facilitar y acreditar ante la nueva empresa"; argumentación, que en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta nos llevan a estimar el recurso interpuesto por la empresa entrante» (STS de 18 de septiembre de 2012, u.d., IL 1121; STS de 19 de septiembre de 2012, u.d., IL 1039).

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 el cumplimiento del requisito convencional de antigüedad mínima del trabajador en el servicio transmitido por sucesión de contrata de vigilancia y seguridad se pronuncian cuatro sentencias del Tribunal Supremo en el periodo examinado, todas ellas en unificación de doctrina y sobre la delimitación del «servicio objeto de subrogación» a los efectos de constatación de la antigüedad mínima del trabajador en el servicio objeto de sucesión de contrata, exigida por el convenio colectivo aplicable. Se trata de la **STS de 2 de julio de 2012, u.d., IL 1065**; **STS de 18 de septiembre de 2012, u.d., IL 1037**; **STS de 20 de sep-**

tiembre de 2012, u.d., IL 1123, y STS de 24 de septiembre de 2012, u.d., IL 1043. La cuestión que se plantea consiste, en interpretación del art. 14 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2009-2012 y tratándose de servicios de «protección personal», en determinar lo que debe entenderse por «servicio objeto de subrogación» y cómo se determina la adscripción del concreto trabajador al mismo a efectos del presupuesto de antigüedad en el servicio, dadas las especiales particularidades que concurren en tal actuación y la falta de una norma expresa en el pacto colectivo.

Los supuestos analizados, en síntesis, presentan como presupuestos comunes los siguientes: la existencia de una contrata adjudicataria de servicios de protección personal o escolta por el Gobierno Vasco; durante la vigencia de la contrata los trabajadores son asignados por su empleadora a la protección de personas diferentes, incluidas en el objeto de la contrata; la nueva contrata adjudicataria del servicio considera que no procede la subrogación porque el trabajador no cumple el requisito de antigüedad mínima de siete meses en el servicio subrogable, tal como establece el art. 14 del convenio colectivo aplicable. En las citadas sentencias, además, es la empresa entrante la recurrente en casación que alega la existencia de doctrina contradictoria recogida en las STSJ de País Vasco de 4 de noviembre de 2003 y de 30 de mayo de 2006, en las que se rechaza la subrogación al no cumplir el trabajador siete meses de antigüedad en la última persona escoltada dentro del servicio de protección personal.

Para resolver el problema interpretativo en torno a qué deba entenderse por servicio objeto de subrogación, el Tribunal Supremo, basándose en su doctrina sobre el art. 14 del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (SSTS/IV de 10 de mayo de 2012, 5 de junio de 2012, 12 de junio de 2012, 26 de junio de 2012, entre otras) y sobre la subrogación en el servicio de escoltas en particular (24 de abril de 2012; 17 de mayo de 2012, y 13 de junio de 2012, en las que se daba respuesta a casos idénticos, considera que sí procede la subrogación:

«Siendo el tiempo mínimo de siete meses el elemento de controversia se hace necesario determinar qué ha de entenderse por “servicio objeto de subrogación” cuando, como en estos casos, se trata de servicios de protección personal, pues nos hallamos ante la singular situación provocada por la forma en que el Gobierno Vasco ha venido adjudicando los distintos servicios de escolta a distintas empresas, según lotes distintos por territorios y tipo de personas objeto de protección y con subgrupos definidos por las personas concretas a proteger.

Al respecto hemos sostenido que el requisito de permanencia temporal que la citada norma vincula al “servicio objeto de subrogación” ha de entenderse referido a la concreta contrata objeto de adjudicación por el Gobierno Vasco, con independencia de la singulares personas escoltadas, es decir, hay que partir desde la globalidad del servicio objeto de subrogación y no desde la singular parcela adjudicada a cada nuevo contratista”. De ahí que resulta correcta la conclusión de la sentencia recurrida consistente en que “la subrogación procederá siempre que el trabajador haya prestado sus servicios (en los términos en éstos se entienden realizados en el art. 14) durante los siete meses inmediatos anteriores en el servicio objeto de contratación, cualquiera que sea la persona protegida y el lote al que se adscriba, pero únicamente afectará a las adjudicatarias del nuevo concurso en relación a aquellos escoltas que tuvieran asignado, justo antes del cambio, la cobertura del servicio a una de las personas cuya protección le ha haya sido adjudicada, incluido el caso de quienes lo atienden

en ese momento en razón a que fueron contratados expresamente para sustituir a quien normalmente lo hace.

El caso de escolta de personalidades se caracteriza por la movilidad, lo que obliga a entender que el único criterio racional para la concreción del servicio a subrogar es el que atiende a la persona escoltada al tiempo del cambio de contratista».

Requisitos convencionales desencadenantes de la subrogación.

Se incluyen bajo este epígrafe varias sentencias que resuelven supuestos de contrata de servicios que no se subrogan en el contrato con ocasión de la sucesión de la contrata, por encontrarse el trabajador o su prestación de servicios en alguna situación particular que lleva a la nueva contrata entrante a entender que está excluido de la subrogación convencional; por ejemplo, por no estar el trabajador asignado al servicio subrogado; por tratarse de un trabajador de cooperativa de trabajo asociado; o por no ser el trabajador persona con discapacidad en una sucesión de contrata en un centro especial de empleo.

El primer caso es el resuelto por la **STSJ Madrid de 23 de julio de 2012, IL 1162**, en el que se mantiene por la empresa entrante que el servicio de lavandería y mantenimiento que venía realizando el trabajador para la empresa saliente no ha sido objeto de la contrata de limpieza, ya que en ésta se ha hecho constar expresamente que «quedan excluidos los servicios de jardinería, lavandería y retirada de residuos», y dado que, según la empresa entrante, la actividad a la que se encontraba adscrito el actor en la anterior contrata era exclusivamente de lavandería y mantenimiento que son actividades no comprendidas en la actual contrata, por lo que a su juicio no cabe imponer a la nueva contratista que se subroga en la relación laboral del demandante en aplicación de un convenio colectivo, el de limpieza, que entiende no le es de aplicación.

Sin embargo para el Tribunal lo determinante en este caso no es tanto delimitar el convenio colectivo aplicable, sino establecer si el servicio de lavandería está o no incluido en la actual contrata, ya que pese a que la recurrente argumenta que se aplica otro convenio colectivo, sin embargo siendo la actividad principal de la nueva contratista —así como la de la contrata—, la limpieza de edificios y locales, le es de aplicación el convenio colectivo de limpieza, en virtud de lo dispuesto en su art. 4.º, atinente a su ámbito funcional, sin perjuicio de que la empresa contratista pueda asimismo acometer otras actividades, accesorias o complementarias de las anteriores. De ahí que también le sea de aplicación el art. 24, relativo a la obligada subrogación por parte de la nueva titular en los supuestos de sucesión de contratas, y sobre cuyos demás requisitos no ha existido controversia alguna entre las codemandadas. De otro lado, y según hechos probados y a la vista del anexo V de las prescripciones técnicas de la contrata, entre las actividades contratadas, tanto en la antigua como en la nueva contrata, figuran las propias de dos «lavaderos» a las que se dedicaban al menos dos de los trabajadores incluidos en la relación de subrogados:

«De ahí que no resulte desproporcionado, o no razonable, entender también comprendidos en la nueva contrata los servicios prestados por el actor para la anterior contratista, habida cuenta, además, de que dichos servicios se han venido prestando, desde tiempo atrás, en virtud de sucesivas y distintas contratas suscritas con similar objeto, y de que no consta, por no probado, que deba ser otra la empresa o entidad que deba afrontar tales servicios, con independencia de la categoría formalmente asignada a los trabajadores destinados a los

mismos. Por ello, y tratándose de trabajadores respecto de los que debe operar la subrogación, el motivo y el recurso deben ser desestimados».

Otro supuesto de sucesión de contrata de servicios en que la empresa entrante no asume a uno de los trabajadores es el resuelto por la **STSJ Castilla y León de 18 de julio de 2012, IL 1185**. En esta ocasión, la nueva adjudicataria del servicio subroga a todos los trabajadores de otra de las contrata que prestaban el servicio, excepto al actor dado que se trata de un socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado, respecto del que considera que no se le aplica el convenio colectivo que contempla la subrogación. La sentencia estima el recurso del actor ya que la Ley 4/2002, de 11 de abril de Cooperativas de Castilla y León sí contempla este derecho, lo que hace innecesario decidir cuál es el convenio aplicable:

«La subrogación de dicha empresa en el contrato del actor deriva del artículo 106.2 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León, en el que se dice que *“cuando una cooperativa de trabajo cese, por causas que no le sean imputables, en una contrata de servicios, concesión administrativa o situaciones contractuales análogas y un nuevo empresario se hiciera cargo de las mismas, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán idénticos derechos y deberes que les hubiera correspondido de acuerdo con la normativa laboral vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena”*. En el mismo sentido, se expresa la Ley 27/1999, de Cooperativas, en su artículo 86.2. Por tanto, una vez que en dicha norma se equipara a los socios trabajadores a los trabajadores por cuenta ajena, el derecho a la subrogación nace igualmente sin que un convenio colectivo pueda dejar sin efecto lo que la Ley reconoce».

También sobre sucesión de contrata de servicio, en este caso de limpieza de edificios y locales, en la que la trabajadora no es subrogada por la empresa entrante, resuelve la **STS de 4 de octubre de 2012, u.d., IL 1266**. La cuestión que se plantea consiste en determinar si la cláusula de subrogación por sucesión de contrata de limpieza prevista en el correspondiente convenio colectivo de esta actividad se debe aplicar a la nueva empresa adjudicataria de una contrata de limpieza, catalogada e inscrita como centro especial de empleo, en la que se aplica otro convenio sectorial distinto. En instancia y suplicación resulta condenada la empresa saliente, ahora recurrente en casación para unificación de doctrina que invoca como sentencia de contraste la STS de 21 de octubre de 2012, que resolvió una cuestión idéntica planteada en Cataluña, donde el Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales establece la misma cláusula de subrogación obligatoria que el de la Comunidad de Madrid. Aunque en el asunto resuelto en la sentencia de contraste se trataba de un convenio colectivo de limpieza de otra Comunidad Autónoma, para el Tribunal Supremo lo esencial, a efectos de la exigida contradicción, es que en los convenios colectivos de limpieza figura en todos ellos la cláusula de subrogación habitual en la negociación colectiva en dicho sector y, en cambio, en los convenios de las empresas entrantes, no dedicadas específicamente a la limpieza, no figura dicha cláusula de subrogación cuando la sucesión se produce entre empresas del concreto sector, por lo que se produce la identidad necesaria.

Reconocida la contradicción de doctrina, considera el Tribunal Supremo que la solución correcta es la contenida en la sentencia de contraste, en que la que se entiende apli-

cable el convenio colectivo de limpieza en base a su ámbito funcional, del que no puede desvincularse la empresa entrante porque ha asumido una actividad de limpieza, aunque dicha empresa tenga la condición de centro especial de empleo. Tampoco es óbice para la subrogación de los trabajadores, según la sentencia comentada, el hecho de que éstos no sean personas con discapacidad, ni ello supone una discriminación indirecta para el centro especial de empleo, ya que en modo alguno los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 65 del citado Convenio Colectivo tienen un impacto adverso porque ningún trabajador de la empresa entrante es objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable. La empresa concurre a una adjudicación a sabiendas de que existen personas adscritas al servicio y ningún trabajador de la dicha empresa entrante cuenta con un derecho previo, ni cabe negar a los reiterados preceptos una exigencia objetiva e indispensable ni la legitimidad de su objetivo, estabilidad en el empleo de los trabajadores en contrata y adjudicaciones, ni falta de idoneidad al instrumento empleado, el de la subrogación.

En definitiva y asumiendo esta doctrina, se considera que la trabajadora debe ser subrogada por la empresa entrante, porque:

«... se trata de hacer prevalecer, precisamente por razones de índole funcional, el convenio de la actividad —la de limpieza— que realizan los trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa es un centro especial de empleo, puesto que nada impide a este tipo de empresas —aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad— subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean estos o no lo sean —que en el caso no lo son— personas con discapacidad».

D) Efectos jurídicos de la subrogación. Plus salarial

Por último, la **Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2012, IL 1295**, resuelve sobre el mantenimiento o no de un plus de nocturnidad del trabajador que la nueva contrata adjudicataria del servicio no le abona por considerar que no le corresponde al realizar el trabajador su trabajo en turno de día, aunque la empresa saliente se lo abonase sin estar ya en trabajo nocturno. El actor reclama la cantidad en relación al cese de pago por la demandada de plus de nocturnidad que le venía siendo abonado por pacto de conservación del mismo con la anterior empresa adjudicataria, al haber pasado de prestar servicios en turno de noche al turno de mañana. Por acuerdo de 7 de junio de 2004, entre la entonces empresa concesionaria del servicio y representantes sindicales, ante el Instituto Laboral de Madrid, se estableció el denominado «Plus de Compensación» a abonar a los trabajadores de los turnos de mañana, tarde y ESE, por un importe de 12,5% del salario base mensual, y que no podía ser absorbido ni compensado por ningún concepto, y se abonaría por los 455 días. Al incorporar la demandada al recurrente a su plantilla, decide unilateralmente suprimir el abono del plus de nocturnidad porque lo considera incompatible con el plus de compensación y que al venir percibiendo los dos complementos, la nueva adjudicataria debió respetar el derecho que tenía reconocido al momento de la subrogación por imperativo convencional.

Con base en sentencias anteriores del mismo Tribunal, la sentencia considera que el complemento de nocturnidad y el plus de compensación tienen una finalidad y ámbito

personal distinto. Éste se aplica a todos los trabajadores de turno distinto al de noche, con independencia que antes hubieran prestado servicios en turno de noche y con el mismo se pretende aproximar las retribuciones de los trabajadores al considerarse excesiva la que genera el plus de nocturnidad, manteniendo una cierta distancia que se cuantifica en un 50% dado que los trabajadores nocturnos cobran el 25% y los de los turnos restantes el 12,5%, y, además, también es más sustancioso este plus de compensación pues se cifra en el 12,5% del salario base por 455 días y no por 365 días como el primigenio. Por ello, concluye la sentencia que:

«No nos hallamos ante una condición más beneficiosa por el hecho que el plus de nocturnidad se continuase abonando cuando ya no realizaba el trabajo en el turno de noche al no desprenderse que exista una intención de que se incorporase al patrimonio del trabajador con carácter permanente, porque si fue Cespa la que en febrero de 2004 le propuso pasar al turno de mañana, continuando percibiendo el plus de nocturnidad aunque no trabajase en el horario nocturno, la suscripción del Acuerdo de 7/06/2004 revela que la intención era disminuir las diferencias salariales no justificadas, y el hecho que la empresa que se subrogó en la relación que mantenía con Cespa mantuviese el mismo, tampoco es indicativo de la intención de que se incorporase a la retribución salarial con carácter permanente, porque el tiempo abonando el mismo, que no excede de los dos años, no fue prolongado. Lo expuesto lleva a desestimar el recurso».

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

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Período de prueba.**
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato por obra o servicio determinado.
 - b) Contrato de interinidad.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Conversión en indefinido.
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato a tiempo parcial.**
 - B) **Contratos fijos discontinuos.**
 - C) **Contrato de relevo.**
5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATACIÓN LABORAL. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica cabe destacar la aprobación reciente del Real Decreto Ley 4/2012 con incidencia clara en materia de contratación. Entre otros aspectos, dicha norma contempla nuevos contratos, como el llamado a tiempo parcial con vinculación formativa (art. 9 RD-L) para jóvenes sin o con poca experiencia laboral, el denominado contrato eventual de primer empleo joven, así como modificaciones en los contratos para la formación y el aprendizaje y contratos en prácticas. Asimismo, se establecen bonificaciones a la contratación de jóvenes en paro e incorporación de jóvenes a empresas de economía social, incentivos a la contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, incentivos para la contratación en prácticas para el primer empleo (art. 13); e incentivos a la contratación por jóvenes autónomos de parados de larga duración mayores de 45 años (contratos entre generaciones) (art. 11 RD-L).