

de la actividad concreta que éste realice en la empresa. Y con todo y con eso, no hay que olvidar que pese a que una relación de este tipo no genera un beneficio para la institución en la que se desarrolla, sí puede comportar ciertas ventajas para ella, como publicidad, buenas prácticas o conocimiento directo de futuros candidatos a ser contratados, ya sí, laboralmente.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (Director)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Lowells)
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coordinación)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
 3. CONTRATAS.
 - A) **Vigencia del contrato de trabajo y sucesión de contrata.**
 - B) **Sucesión de contrata por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla.**
 - C) **Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo.**
 - D) **Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**
 4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
 - A) **Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal.**
 5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza.**
 - B) **Imposibilidad de mantener las retribuciones de origen en supuestos de cesión ilegal.**
 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Mantenimiento de la representación de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2010 de la Revista Información Laboral-

Jurisprudencia (marginales J 1225 a J 1807) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien, en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina 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, con el objetivo de reprimir comportamientos desviados. Como regla general, el hecho de que varias empresas formen parte de un grupo no produce efectos jurídicos sobre las relaciones laborales de quienes prestan servicio en alguna de ellas. Las empresas 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 con sus trabajadores. Únicamente, cuando la constitución del grupo de empresas alberga fines contrarios a derecho, y a los lazos accionariales y organizativos que vinculan a las sociedades del grupo se adicionan otros elementos que pueden indicar la existencia de comportamientos patógenos, como el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo, o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales, la jurisprudencia laboral considera adecuado comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo, atravesando las barreras levantadas en torno a las respectivas personalidades jurídicas individuales de cada una de las empresas del grupo.

Como puede imaginarse, la mayor dificultad para los trabajadores que aspiran a que los tribunales reconozcan la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo estriba en la acreditación de los elementos anteriormente enumerados. La **STSJ de Cataluña de 27 de abril, IL J 1483**, aborda esta cuestión ante la pretensión de varios trabajadores, que reclaman por despido frente a su empleadora, con la petición de que se extienda solidariamente la responsabilidad a otra empresa con quien la primera pudiera haber conformado un grupo de empresas. La sentencia de instancia considera acreditado que ambas empresas habían suscrito un contrato de colaboración a cambio de sendas participaciones en los beneficios y un contrato de préstamo por valor de ochenta mil euros entre ambas, que las dos empresas se dedican al sector del marketing y que el administrador de una de las empresas es, también, propietario del cincuenta por ciento de la empleadora de los demandantes. Adicionalmente, ambas empresas mantenían el mismo domicilio. Pues bien, en opinión del TSJ de Cataluña, estos elementos determinarían la existencia de un grupo de empresas,

pero no se darían las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para extender la responsabilidad de la empleadora sobre la empresa codemandada.

«En contra del criterio mantenido por la Magistrada de instancia, consideramos que el contenido del hecho probado séptimo de la Sentencia determina, precisamente, que no deba producirse dicha extensión de responsabilidad. Los tres demandantes indican, específicamente, que no han percibido salarios de Origen Eñe de Comunicación. Dos de ellos, además, manifiestan que nunca han trabajado para la recurrente, ni han recibido instrucciones de la misma. Mientras que el tercer demandante simplemente manifiesta que trabajó dos años para la Liga de Fútbol profesional y que tenía colaboración con el grupo Eñe al que pedía directrices en algunas cuestiones, lo que tiene perfecta cabida en el contrato de colaboración suscrito entre las empresas demandadas. Por ello, debe concluirse que no concurren en el presente caso los elementos patógenos del grupo de empresas que determinarían la extensión de la responsabilidad solidaria a la recurrente». **STSJ de Cataluña de 27 de abril, IL J 1483**.

En el mismo sentido, desestimatorio de la pretensión de condena solidaria de las empresas que conforman un grupo de empresas, se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 2010, IL J 1768**. En esta ocasión, el litigio tiene por objeto la resolución de los contratos de varios trabajadores por impago de sus salarios.

3. CONTRATAS

A) Vigencia del contrato de trabajo y sucesión de contratas

La vinculación de un contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata permite el despido del trabajador cuando la empresa contratista cesa en la explotación de ésta, salvo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 ET o en los convenios colectivos aplicables, se disponga la continuidad del trabajador bajo la disciplina del nuevo contratista. La continuidad de la relación laboral por subrogación del contratista entrante presupone que el contrato de trabajo no ha sido previamente extinguido, en caso contrario, es evidente que no cabe sucesión empresarial sobre relaciones de trabajo inexistentes. Por ello, la acreditación de la subsistencia de la relación laboral se convierte en condición necesaria en los litigios sobre sucesión de contratas, tanto cuando se invoca la aplicación de preceptos legales como cuando se exige el cumplimiento de lo establecido en una norma convencional. El TS rechaza el recurso planteado por un trabajador despedido por la concesionaria del servicio de cafetería y comedor de un centro de mayores, que decide cesar en la explotación del servicio una vez finaliza la concesión de éste. La empresa concesionaria justifica, tanto el cese en la actividad como el despido del trabajador, en las pérdidas económicas que genera la actividad. El ayuntamiento responsable del centro de mayores adjudicó el servicio a una nueva contratista diez días después, aunque la firma del contrato se demoró algún tiempo más. Presentada por el trabajador demanda por despido, la sentencia de instancia absolvió a la nueva contratista y al ayuntamiento, considerando procedente el despido realizado por la saliente. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de suplencia, por entender que cuando la nueva contratista se hizo cargo de la concesión del servicio de cafetería y comedor la relación laboral del trabajador ya había sido extinguida.

El trabajador recurre en unificación de doctrina, aportando de contraste un pronunciamiento judicial sobre sucesión de contratistas en la explotación de una cafetería en una Universidad, en la que se interpreta que la garantía de continuidad en el empleo de los trabajadores afectados, establecida en convenio colectivo, debe mantenerse cuando el tiempo entre el abandono del servicio y su reanudación es el preciso para la realización de los trámites y actividades necesarios para la sustitución del adjudicatario. El Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto, por entender que no se dan los requisitos exigidos para la apreciación del requisito de contradicción, afirmación que sustenta en los siguientes elementos:

«No puede apreciarse la contradicción que se alega, porque, aparte de que los convenios colectivos aplicables son distintos (Sentencia de 19 de diciembre de 2008, rec. 881/2008), hay una diferencia esencial, pues mientras que en el presente caso el despido de la empresa saliente ha sido calificado como procedente por la sentencia de instancia y este pronunciamiento ha quedado firme, en la sentencia de contraste los despidos verbales realizados por la primera empresa no fueron declarados procedentes. Así, consta que el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo condenó solidariamente a la anterior y a la actual empresa adjudicataria del servicio... por el despido improcedente de los actores (fundamento jurídico primero de la sentencia de contraste).

La diferencia es relevante, porque, aunque, según la doctrina de la Sala, el despido, como acto unilateral de carácter receptivo del empresario, extingue la relación laboral (Sentencias de 31 de enero de 2007 y 19 de febrero de 2009), lo cierto es que en el caso de la sentencia de contraste esa extinción fue meramente provisional y no resultó confirmada judicialmente por la sentencia de instancia, que, en pronunciamiento que no fue impugnado en suplicación, lo declaró procedente. Por ello, la extinción del contrato por Serest Torrejón, SL ha adquirido firmeza y tiene efectos desde la fecha del despido. No ocurre lo mismo en la sentencia de contraste en la que los despidos realizados por el primer contratista no fueron confirmados judicialmente, por lo que no puede afirmarse que se haya producido un efecto extintivo anterior a la adjudicación que haya adquirido firmeza». **STS de 13 de julio de 2010, u.d., IL J 1685.**

B) Sucesión de contratistas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla

El cambio de titularidad de una empresa no determina de forma automática la extinción de las relaciones de trabajo que se desarrollan en ella, correspondiendo al nuevo empresario la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social. Conforme establece el artículo 44 ET, esta garantía se extiende al cambio de titularidad de un centro de trabajo y al cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, esto es, una entidad económica que mantenga su identidad, como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. El cambio de empresa contratista al término de la concesión de una contrata, aunque no se trate, en propiedad, de una transmisión de empresa, puede entenderse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET, siempre que se superen los requisitos exigidos por la normativa legal y la doctrina judicial. En numerosas ocasiones, el cambio de contrata no requiere la transmisión de elementos patrimoniales, suponiendo una mera sucesión en la actividad. Esta circunstancia suele determinar la inaplicación del precepto legal por nuestros tribunales. Es el caso de determinadas actividades habitualmente objeto de subcontratación como

la limpieza de edificios y locales en las que, salvo que junto a la sucesión en la actividad el empresario entrante se haga cargo de parte importante del personal que venía realizando dicha actividad, el empresario entrante no queda obligado a subrogarse.

El Tribunal Supremo se ratifica en la posibilidad de aplicar la doctrina de la sucesión en la plantilla, en un supuesto en que el empresario entrante no se hace cargo de una trabajadora de la contrata saliente que había sido despedida por motivos disciplinarios. Declarado por vía judicial dicho despido como improcedente, la trabajadora afectada solicita la incorporación a la nueva contrata. El empresario entrante sostiene que la subrogación en los contratos del resto de trabajadores se ha producido por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo y, en función de las obligaciones formales previstas en dicha norma convencional, no quedaría obligado a subrogarse en la trabajadora demandante por no haber sido incorporada en el listado de personal por el contratista saliente.

En opinión del Tribunal Supremo, el hecho de que el empresario entrante haya asumido la actividad y al hacerlo se haya subrogado, por su voluntad o en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio, en los contratos de los trabajadores que venían realizando dicha actividad, determina la existencia de una transmisión de empresa y, con ello, la aplicación completa de la normativa legal sobre la materia prevista en la norma legal.

«En efecto, si bien la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratistas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 ET cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 —reiteradas por las Sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008— para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea— en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos *Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal*), 25 de enero de 2001 (caso *Liikeene*), 24 de enero de 2002 (caso *Temco Service Industries*) y 13 de septiembre de 2007 (caso *Jouini*), que sostienen que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que, además, se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho, también, que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002).

Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, como las que contemplan las Sentencias de 20 de octubre de 2004 y 29 de mayo de 2008, los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al menos en la parte coincidente con las que contempla

la Directiva 2001/23, y esto es lo que sucede en el presente caso a la vista de los hechos declarados probados, pues: 1.º) la empresa Limprosi se ha hecho cargo de la actividad de limpieza en la que prestaba servicios la actora, sucediendo en la contrata que antes ejecutaba Limpiezas Arosa; 2.º) la limpieza de edificios y locales es una actividad que se basa de forma esencial en el empleo de mano de obra; 3.º) la nueva contratista se ha hecho cargo de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata y que figuraban en la lista proporcionada por la anterior contratista y 4.º) la garantía de la continuidad de los contratos se establece tanto en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, como en los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23.

La parte recurrente alega que en el presente caso la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Así es. Pero 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 la jurisprudencia del 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». **STS de 12 de julio de 2010, u.d., IL J 1682.**

A similares conclusiones conduce el fallo contenido en la **STSJ de Asturias de 2 de julio de 2010, IL J 1494**, en un supuesto de reasunción del servicio de mantenimiento de servicios de comunicaciones inicialmente concertado con sucesivas empresas auxiliares, para posteriormente acometerlo directamente mediante la contratación de cinco de los siete trabajadores que hasta la fecha habían venido realizando dicho servicio.

«En el supuesto examinado, nos encontramos ante una transmisión de empresa en los términos expuestos pues, no es sólo que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por las subcontratas y por la contratista principal en el centro de Producción y Emisión de Gijón de la TPA sean similares, sino porque junto a la contrata o actividad propiamente dicha, se ha cedido a una parte muy significativa de los trabajadores adscritos a ella en cantidad y calidad suficiente para concluir que se ha cedido una actividad organizada, de suerte que sólo dos trabajadores no han sido transferidos. En tal caso, aplicando la doctrina expuesta sobre sucesión de plantillas, hay que considerar que la empresa en cuanto organización se identifica fundamentalmente como la actividad llevada a cabo por los trabajadores, pues son éstos quienes constituyen el conjunto organizado, cuando como aquí acontece han venido destinados desde la creación del servicio y de forma duradera a esa actividad común de mantenimiento, una entidad económica con propia identidad a falta de otros factores de producción. En definitiva, la ausencia de bienes materiales e inmateriales en la empresa no implica la total imposibilidad técnica de explotar una actividad económica, existiendo por ello la posibilidad de una transmisión de empresa aunque no se transmitan elementos patrimoniales si la actividad empresarial tampoco los requiere, como aquí acontece en que la aportación esencial es la mano de obra, pues son, sin duda, los conocimientos y la experiencia acumulados por el trabajador que ha venido atendiendo y reparando las incidencias de los equipos, el elemento estructural estable para el desempeño de la actividad empresarial». **STSJ de Asturias de 2 de julio de 2010, IL J 1494.**

C) Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo

En los supuestos en que, como se ha dicho más arriba, no es posible la aplicación de la normativa legal sobre sucesión de contratas, la subrogación del empresario entrante puede

también producirse por aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo; si bien, en ese caso, la continuidad de los contratos se hace depender del cumplimiento de los requisitos previstos en la norma convencional y se producirá en los términos y con los efectos previstos en ésta.

La **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1594**, aborda un supuesto de subrogación por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo de Edificios y Locales de la Provincia de Pontevedra. Se da la circunstancia de que el trabajador demandante había sido trasladado de centro de trabajo por la empresa saliente unos meses antes de que se produjese el cambio de contratista, hecho que, a juicio de la empresa entrante, determinaría el incumplimiento de los requisitos de antigüedad exigidos en la norma convencional. En opinión del Tribunal, la temporal adscripción del trabajador a otro centro de trabajo no permite a la empresa entrante eludir su obligación de subrogación.

«A la vista del inalterado relato de los hechos el recurso interpuesto por la demandada no puede prosperar, pues si bien es cierto que el actor lleva trabajando en el centro de Alcampo II desde 1991 y aceptó una comisión de servicios propuesta por la empresa a otro centro de trabajo, no es menos cierto que para tal situación se pactó que el trabajador vendría disfrutando de las mismas condiciones laborales que las que tenía en el centro de origen, esto es, Alcampo II, pudiendo regresar el actor antes del término pactado de un año siempre que lo considerase oportuno, siendo tal reingreso automático y en las mismas condiciones, siendo de destacar al respecto, como así se acredita de un examen de la prueba documental obrante en las actuaciones, en concreto de las nóminas percibidas por el actor durante el tiempo en el que estuvo en comisión de servicios como dirección del centro de trabajo la de Alcampo II, sito en la Avda. de Madrid, en el que llevaba prestando servicios desde 1991. Y es en virtud de esta comisión de servicios, en los términos pactados manteniéndose todas las condiciones del centro de trabajo de origen con el cual sigue vinculado como se demuestra de la propia naturaleza y contenido del Acuerdo por el que tuvo lugar la comisión de servicios, por lo que se llega a la desestimación del recurso interpuesto por la representación de la empresa recurrente, ratificando la conclusión final a la que llegó la juzgadora de instancia, al mantenerse los requisitos para proceder a la subrogación, que no se desvirtúa por un hecho puntual consistente en un desplazamiento temporal, en que en relación con las cláusulas pactadas llevan a la conclusión de que el trabajador nunca estuvo fuera de la contrata de limpieza». **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1594.**

Tampoco el hecho de que la vigencia del contrato de trabajo quede vinculada a la duración de la contrata resulta causa suficiente para eludir la obligación de subrogación del contratista entrante. La **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1609**, aborda un supuesto de despido de un trabajador por dicha causa, y considera que la empresa entrante debió subrogarse por aplicación del convenio colectivo.

«Los convenios colectivos del sector de limpiezas de edificios y locales suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo a 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, y esta garantía suele condicionar su efectividad a puesta en conocimiento, a cargo de la empresa contratista del servicio de limpieza que cesa en el encargo por terminación de la contrata y con destino a la empresa contratista que sucede en el mis-

mo, de información socio-laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante la entrega de la documentación pertinente que especifican los propios convenios colectivos. Se señala que la subrogación de la contratista entrante puede operar, incluso, cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar de las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de Seguridad Social (STS 28 de julio de 2003, recurso núm. 2618/2002). La STS de 11 de marzo de 2003, recurso núm. 2252/2002, considera que procede la subrogación cuando se remite documentación que permite a la contratista entrante conocer con exactitud las circunstancias laborales de la trabajadora, además de acreditar que la empresa saliente estaba al corriente de sus obligaciones respecto de ella.

El objeto de debate del recurso se centra en determinar si la empresa entrante en la contrata debe subrogarse en la relación laboral del recurrente aunque su contrato de trabajo estuviese vinculado al desarrollo del contrato de arrendamiento de servicios de la empresa saliente de la contrata. Al respecto debe señalarse que el artículo 24.1.^a) de la norma convencional citada establece que la subrogación en los derechos y obligaciones de los trabajadores en activo que presten servicios en el centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses, se producirá sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo, lo que lleva a considerar que, pese a la condición resolutoria del contrato, la empresa entrante en la contrata debió proceder a subrogar al trabajador con efectos de 1 de enero de 2009, fecha a partir de la cual se subrogaba en la contrata de limpieza de la Comunidad de Propietarios donde prestaba servicios la demandante». **STSJ de Madrid, de 20 de julio de 2010, IL J 1615.**

Pero, como venimos diciendo, la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo de limpieza, únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en el convenio colectivo, y siempre que éste sea aplicable a esta empresa. La **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1609**, aborda un supuesto complejo, en el que una Comunidad de Propietarios decide prescindir de la contrata de limpieza, encomendando dicho servicio a una empresa que ofrece servicios mixtos de conserjería y limpieza. La imposibilidad de aplicar el convenio colectivo de empresas de limpieza de locales y edificios a la contratista entrante, por su parte vinculada al convenio de empleados de fincas urbanas, permitiría eludir a ésta toda obligación de subrogación en el contrato de la limpiadora. Todo ello puede ser una muestra de las dificultades de la negociación colectiva para asegurar la estabilidad en el empleo en supuestos excluidos de protección por la normativa legal.

«Han de compartirse en lo sustancial las argumentaciones de la recurrente. De acuerdo con los hechos probados, la actora era limpiadora empleada de SEPROUR SL, que tenía contratada la limpieza de la Comunidad recurrente. Ésta decidió resolver dicho contrato y si bien manifestó que se proponía adjudicar el servicio a la codemandada LIMPIEZAS PAMARES SL, ello no se llevó a efecto, como tampoco se hizo realidad la comunicación de la Comunidad a SEPROUR SL en la que le advertía que tendría que realizar la limpieza pero por medio del conserje (también empleado de SEPROUR SL, siendo este servicio de conserjería objeto de contrata con la Comunidad) Lo cierto es que la contrata de limpieza quedó resuelta, la contratista SEPROUR SL comunicó a la actora que debería subrogarse la nueva empresa, pero no hubo nueva contrata de limpieza, sino que la Comunidad concertó

una contrata distinta, con la empresa LIMP SERPA SL, de un servicio de conserje polivalente que también realizaría funciones de limpieza.

Así las cosas, ha de convenirse con la Comunidad en que ésta no era empleadora de la demandante, y en que al no haberse realizado una nueva contrata de limpieza la trabajadora debe seguir vinculada a la anterior adjudicataria». «La decisión de haber extinguido la contrata no puede convertir a la Comunidad en responsable del despido de la trabajadora de la contratista, como parece haber entendido la sentencia de instancia, sin cita de precepto legal alguno o decisión judicial que avale tal tesis. Por el contrario, la empresa contratista tiene que mantener el contrato de trabajo a menos que haya lugar a la subrogación por mandato legal o mecanismos convencionales de estabilidad en el empleo. Si no se produce la subrogación, la decisión de la empresa principal se impone a la contratista, y ésta podrá, en su caso, hacerla valer como causa de índole productiva para la extinción del contrato de trabajo de la limpiadora». «En cuanto al contrato que suscribe con la codemandada LIMPIEZAS PAMARES SL, que no ha comparecido a juicio, tampoco es fácil comprender los reparos que le opone el juzgador de instancia al declarar que la doble actividad, de conserjería y limpieza, está expresamente excluida en el apartado b) del artículo 3 del convenio colectivo de Empleados de fincas urbanas (BOCM 16-1-2002). En realidad, este convenio no puede ser aplicable a la relación entre el conserje y la contratista, ya que ésta es una empresa de servicios y no un propietario o una comunidad de propietarios [artículo 2.a)]; y, además, en el caso de que fuera de aplicación, se atribuye a los empleados de fincas urbanas tanto la vigilancia como la limpieza [artículo 2.b)]. No hay, pues, irregularidades apreciables en esta nueva contrata. Y, por otro lado, no se produce la subrogación con LIMP SERPA SL, ya que no se trata de una nueva contrata de limpieza, sino de una contrata distinta de prestación de servicios mixtos de conserje y limpieza, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 del convenio colectivo de Limpieza, si bien la condena a esta empresa no puede ser revocada al no haber recurrido contra la sentencia». **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1609.**

D) Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

El artículo 123.1 LGSS permite imponer el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, según la gravedad de la falta, cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de prevención de riesgos laborales. La responsabilidad del pago del recargo corresponde de manera directa al empresario infractor de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Como es conocido, en supuestos de contratas y subcontratas, cuando el accidente se produce en el centro de trabajo del empresario principal, las obligaciones en materia de prevención de riesgos afectan a ambos empresarios, de manera común o individualizada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 LPRL. Es por ello que, cuando se produce un accidente de trabajo que afecta al trabajador de una contrata, cabe tanto la condena solidaria a ambos empresarios, principal y contratista, como la condena individualizada de cada uno de ellos, en función de su participación en los incumplimientos normativos que, finalmente, produzcan el accidente de trabajo. En este sentido, traemos a colación la **STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2010, IL J 1785**, que declara responsable del recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad al empresario principal en exclusiva, por considerar que las obliga-

ciones preventivas y de vigilancia con relación a la puerta metálica que causó el accidente eran de su exclusiva responsabilidad, motivo por el cual no cabría imponer solidariamente dicho recargo al empresario contratista. En palabras del Tribunal:

«Respecto a la segunda pretensión (imputación de responsabilidad solidaria a la empresa de los trabajadores), la misma tampoco puede prosperar. La imposición del recargo por omisión de medidas de seguridad puede no reservarse a la empleadora directa del trabajador accidentado, sino que, en supuestos de pluralidad de empresas vinculadas por el sistema de la subcontratación, pueden intervenir e imputarse responsabilidades a otras empresas, en concreto a la empresa principal o contratante de la obra o servicio a través del correspondiente negocio jurídico al que genéricamente se alude con el término contrata. Respecto a las responsabilidades que se deriven del incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, entre ellas el recargo de prestaciones, en tal caso la responsabilidad debe imputarse a quien resulte directamente responsable de la acción u omisión que han conducido al accidente de trabajo, aun cuando no se trate de trabajos correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, por lo que ésta deberá responder igualmente en estos casos. Como afirma la STS de 16-12-1997, el empresario principal (por tanto, no el verdadero empleador) puede ser empresario infractor a efectos del artículo 123 de la LGSS, siendo lo relevante que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En el mismo sentido, la STS de 5 de mayo de 1999 señala que lo importante no es tanto la calificación de que la obra o servicio contratado corresponda a la propia actividad, como que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En el caso que nos ocupa la responsabilidad viene referida a la entidad actora, la cual tenía la obligación de evaluar los riesgos inherentes a la puerta que produjo el accidente, como la de vigilar el estado y buen funcionamiento de los mecanismos de seguridad de la citada puerta, que evidentemente no cumplió, de ahí que no quepa extender la responsabilidad a la empresa de seguridad para la que trabajaban los trabajadores». **STSJ de Cataluña, de 3 de septiembre de 2010, IL J 1785.**

Por el contrario, el mismo Tribunal considera a los empresarios principal y contratista responsables solidarios en el recargo de prestaciones, en un supuesto de accidente de trabajo en la construcción, que se produce por caída de un trabajador de la contrata por un hueco de conducciones que no había sido cubierto adecuadamente. El Tribunal refuerza su decisión citando la doctrina del Tribunal Supremo en los siguientes términos:

«Y así mismo también la que se recoge en lo que es de aplicación al presente caso en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 7 de octubre de 2008 recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2426/2007, que establece que [...] Como señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1999, interpretando el artículo 93 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, sobre la noción de empresario infractor a la luz del artículo 153.2.º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo: Este precepto establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal. De acuerdo con esa interpretación, lo decisivo, como ocurre también en otros supuestos, como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa prin-

cipal, 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 también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así —continúa diciendo la sentencia de 18 de abril de 1992— es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Así lo estimó también la sentencia de 16 de diciembre de 1997, que reitera que en esos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y añade que, aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad». **STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2010, IL J 1787.**

En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2010, IL J 1776**, en un supuesto de condena solidaria a empresa principal y contratista, por accidente de trabajo sufrido por un trabajador extranjero sin la correspondiente autorización para trabajar ni contrato de trabajo, que realizaba funciones de desembosque, para una empresa dedicada a la explotación forestal, por cuenta de la empresa pública TRAGSA, a quien el Organismo Autónomo Parques Nacionales encargó los trabajos de corta y eliminación de residuos de madera. La sentencia condena a ambas empresas solidariamente por incumplimiento de sus obligaciones de prevención, pero absuelve al Organismo Autónomo codemandado.

«Ya que la empresa TRAGSA no cumplió con sus obligaciones en materia de coordinación de actividades con anterioridad al accidente de trabajo, ya que teniendo conocimiento de la existencia de un trabajador extranjero y de las condiciones en que estaba no exigió a la empresa directamente contratante del trabajador el cumplimiento de las medidas a observar y no consta en las actuaciones hasta la fecha posterior al accidente la existencia, ni siquiera, de un estudio de evaluación de riesgos sobre las actividades de Servando Castro.

Constatada la presencia del trabajador por el encargado de TRAGSA debió reforzarse la labor de vigilancia que tiene encomendada por la ley de prevención de riesgos laborales esta empresa sobre la exigencia del cumplimiento de la normativa a Servando de Castro y por consiguiente teniendo medios personales, conscientes de las tareas forestales y sus peligros y permaneciendo a diario la empresa TRAGSA en el lugar y centro de trabajo debió extremar el deber de vigilancia y control hasta tener plena conciencia de que el problema respecto de dicho trabajador estaba resuelto.

Por ello se entiende que la responsabilidad declarada es conforme a derecho, no puede ser eximente de responsabilidad el argumento que alega TRAGSA de que el trabajador no le costaba en la relación de trabajo.

La conclusión no puede ser otra que a la que ha llegado el Magistrado de instancia, en consecuencia, si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.

Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del ET, que no puede tener otra finalidad que la de reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente, y, por ello, se concluye que ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente.

El supuesto de hecho del artículo 42 del ET está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios, como se pone de relieve en el debate sobre el denominado elemento locativo de la contrata.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, y sirviendo de base el contenido del relato de hechos probados no modificados de la sentencia, podemos entender que está justificada la aplicación del artículo 42 del ET.

No ocurre así respecto del Organismo Autónomo de Parques Naturales, que, por otro lado, ni intervino en el expediente administrativo.

Clara es la jurisprudencia que entiende que en el recargo de prestaciones no estamos ante un supuesto de responsabilidad de carácter objetivo y por consiguiente exige la existencia de una infracción en esta materia de incumplimiento de las obligaciones impuesta en este supuesto por la ley de prevención de riesgos laborales.

El trabajador accidentado fue contratado por la empresa de Cristóbal sin que constara ni en la Tesorería de la seguridad social, ni tuviere permiso de trabajo. Ocultando dicha relación laboral antes del accidente al Organismo Autónomo de parques naturales. Este organismo no tiene conocimiento ni siquiera de la producción del accidente hasta varios meses después de modo que no vistió información respecto, ni siquiera, de los riesgos presentes en las tareas que él debería realizar.

Estriba esencialmente la ausencia de responsabilidad no sólo por dichos supuestos, sino por el hecho de que precisamente encomienda a una empresa pública, que tampoco informa de las infracciones en los subcontratistas ni de una incidencia conocida a la dirección del servicio, remitiendo por consiguiente la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones sobre la seguridad en los centros de trabajo a aquella». **STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2010, IL J 1776.**

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal

La **STSJ de Castilla y León, de 23 de septiembre de 2010, IL J 1734**, resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, por un accidente sufrido por un trabajador en misión. La sentencia de instancia exime de responsabilidad

a la empresa de trabajo temporal por entender que no incurrió en irregularidad alguna. La empresa usuaria recurre con la pretensión de que se declare la responsabilidad solidaria de la empresa de trabajo temporal, por incumplimiento de sus obligaciones en materia de evaluación de riesgos y de formación del trabajador en misión.

En opinión del Tribunal, las facultades de dirección y control de la actividad laboral corresponden a la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios (artículo 15 LETT) y, por ello, es responsable de la protección en materia de prevención de riesgos laborales y, por tanto, del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo (artículo 16). Por su parte, a la empresa de trabajo temporal le corresponde la obligación de formar al trabajador según las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar, especialmente en lo referente a los riesgos profesionales (arts. 11 y 12 LETT). Si de los hechos probados cabe inferir que ninguna de las dos empresas implicadas cumplió con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos, ambas deben ser solidariamente responsables del recargo de prestaciones.

«En el presente caso no se discute la forma en que se produjo el accidente, que aparece detallada en hechos probados, no combatidos, de la sentencia de Instancia. El trabajador fue aprisionado por un transtoker por encontrarse en el interior del sistema cuando la máquina estaba en marcha. Los dispositivos de seguridad del sistema permiten el acceso del trabajador a las zonas de riesgo estando el sistema en funcionamiento. Careciendo de protección, el trabajador, frente al riesgo de atrapamiento entre los elementos móviles, permitiendo, ante la falta de esos mecanismos de protección, el acceso del trabajador al interior, con la máquina funcionando. Y, a raíz de ello, se originó el fatal desenlace.

No es discutida por la entidad recurrente su responsabilidad por vía prestacional (recargo) en el accidente acaecido. Limitándose, en todo caso, a señalar que su responsabilidad ha de ser solidaria con Adecco, empresa de trabajo temporal. Debiendo responder ambas por igual y solidariamente del recargo impuesto, según expuso en su demanda.

Tal como se deriva de la modificación de hechos probados aceptada por esta Sala, a partir de la declaración de hechos probados de la sentencia penal firme, el riesgo, en el desempeño de la concreta actividad laboral del trabajador, nunca fue valorado, ni evaluado, por el hecho de que no existía ninguna evaluación de riesgos específica para el almacén dinámico, en su conjunto, donde se produjo el accidente, ni específica para el personal de mantenimiento, como el del actor, único personal que podía acceder al interior, y debía llevar a cabo dentro de dicha instalación su labor. En definitiva, si bien es cierto que el accidente tuvo lugar por introducirse, estando la máquina en movimiento, el trabajador en el interior del transbroker, produciéndose su atrapamiento, también lo es, que el trabajador no tenía una evaluación de riesgos concretos en el ejercicio de su actividad. Y motivo por el cual, en su omisión, le fue impuesta una sanción administrativa a la empresa de trabajo temporal». «En el caso de autos aparece que el trabajador desempeñó la labor para la que fue contratado y no otra. Y la empresa ETT no evaluó nunca el riesgo de la actividad laboral que iba a llevar a cabo el trabajador, no existió evaluación de riesgo alguno, ni el general, ni el específico para el puesto de trabajo que ocupó y desempeñó, por lo que es obvio, que incumplió las obligaciones estipuladas en la normativa antes citada, pues no dio a su trabajador formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo que ocupaba. Siendo obvio, que si esto fue así, es perfectamente responsable de lo acaecido, al igual que la empresa recurrente. Pues si el trabajador hubiera tenido formación suficiente, posiblemente no hu-

biera entrado en el interior del transbroker, estando éste en marcha, y con ello se hubiera evitado su muerte.

Dicha responsabilidad no resulta discutida por el contenido del artículo 123 de la LGSS, por cuanto, si como sucede en el caso de autos, existe responsabilidad en el acaecimiento del accidente por la empresa ETT, por incumplimiento de sus obligaciones en materia de formación, nos encontramos ante una responsabilidad solidaria, y no exclusiva de la empresa usuaria». **STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010, IL J 1734.**

5. CESIÓN ILEGAL

A) Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza

Conforme a la ya consolidada doctrina del Tribunal Supremo (STS de 7 de mayo de 2010, u.d., IL J 1078), la acción solicitando la declaración de fijeza en supuestos de cesión ilegal debe ejercitarse durante la vigencia de la situación de cesión irregular, no siendo admisible cuando dicha situación ha finalizado. Por el contrario, no se exige que la cesión ilegal permanezca viva en el momento posterior a la presentación de la demanda, en el acto del juicio o en la fecha en que se dictó la sentencia. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2010, IL J 1564**, aborda un supuesto en el que el trabajador, supuestamente sometido a tráfico prohibido, plantea demanda tras ser trasladado de centro de trabajo, circunstancia que se entiende da por concluida la situación supuestamente irregular.

«Hemos de partir de los hechos fundamentales que configuran el supuesto de hecho, según el relato no combatido de la sentencia recurrida:

- El demandante vino prestando servicios primero con contrato temporal y luego con indefinido figurando como trabajador de la empresa EUROSERVICIOS BS, SL y haciéndolo en la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del SESCAM en Toledo, desde el 10-8-05 hasta el 31-1-09.
- A partir del 1-2-09 pasa al centro de trabajo de Villaseca de la Sagra en Toledo de la empresa EURISERVICIOS BS, SL, en virtud de comunicación escrita de dicha sociedad efectuada al actor el 21-1-09.
- El 6-3-09 presenta demanda en Decanato de los Juzgados de lo Social impugnando el traslado y por cesión ilegal de mano de obra frente a EUROSERVICIOS BS, SL y al SESCAM.
- Mediante carta de 8-4-09, recepcionada el 13-4-09, es despedido por EUROSERVICIOS con efectos 9-5-09.
- El 9-6-09 presentó la demanda impugnatoria de tal despido frente a EUROSERVICIOS y el SESCAM alegando su nulidad por ser una represalia por haber presentado la demanda de traslado y cesión ilegal y, alegando también la cesión ilegal, solicitaba se declarase la nulidad del despido y se condenase a las demandadas a readmitirle en el puesto que desempeñaba en el SESCAM en su condición de trabajador indefinido, no fijo, del mismo con la antigüedad de 10-8-05 y abono de los salarios.

Pues bien, se estima que en el presente caso la sentencia no ha incurrido en las infracciones que se le imputan porque el actor reacciona frente a la aducida cesión ilegal después del

traslado, sin que se dé el supuesto particular que concurría en el caso en que se dictó la sentencia de este TSJ que se ha invocado (en él se había formulado denuncia a la Inspección de Trabajo por la cesión ilegal antes de plantear la demanda de cesión ilegal y había sido tras conocer aquella denuncia y antes de presentar la demanda cuando fue cambiado de puesto, por lo que sí había claros elementos para apreciar la maniobra fraudulenta y además como represalia por la denuncia a la Inspección o vulneración de la garantía de indemnidad), pero aquí no se aduce nada previo al traslado, no existiendo elemento alguno que tampoco se alega que permita apreciar el fraude de ley». **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2010, IL J 1564.**

B) Imposibilidad de mantener las retribuciones de origen en supuestos de cesión ilegal

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre las condiciones retributivas que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal, una vez que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria. En concreto, se trata de discernir si el trabajador, en caso de que sean superiores, tiene derecho a mantener las condiciones salariales que tenía en la empresa cedente. La sentencia de instancia negaba esta posibilidad, mientras que la de suplicación reconocía el derecho del trabajador a mantener las retribuciones que recibía en la empresa cedente. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de suplicación, entendiéndose que las condiciones salariales que le corresponden son las establecidas en el convenio colectivo de la empresa cesionaria. La fijación de dicha doctrina unificada se justifica teniendo en cuenta la doctrina de los actos propios, la nulidad del contrato fraudulento, el principio de igualdad respecto del resto de los trabajadores de la empresa cesionaria y el principio de legalidad presupuestaria que vincula a las Administraciones públicas.

«En el caso de autos, al igual que en la sentencia de esta Sala que venimos reseñando, cabe decir también que el trabajador no suscribió nunca contrato laboral alguno con la demandada CHN y únicamente había concertado con ella un contrato administrativo antes a la fecha en que —ya prestando servicios formalmente para la cedente Payma Cotas SAU y materialmente para la recurrente CHN— solicita la integración en la plantilla de la recurrente CHN; que en el momento en el que se opta por integrarse en la plantilla de la empleadora real estaba formalmente vinculado —por contrato de trabajo— con la indicada Payma Cotas SAU, de la que percibía el salario de 4.162 euros mensuales; y que en la misma fecha —año 2008— el salario previsto por el Convenio de CHN era de 1.872,36 euros mensuales.

Desde tal planteamiento, la repetida sentencia de esta Sala dictada en unificación de doctrina en caso semejante, dice que si ya sería rechazable que se fijase como salario de integración en la plantilla de la cesionaria el previsto para relación ilegítima con la cedente [...] con mayor motivo ha de censurarse que se le asigne la contraprestación de un contrato administrativo —fraudulento— que había estado vigente dos años antes, porque ni temporalmente correspondía esa extensión de efectos [la contraprestación económica únicamente procede en el marco de tiempo previsto], ni cabe desconocer que los términos de la misma comprendía algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral [IVA, cotización al REA, costes de establecimiento...], incluido —no nos parece dudoso— el precio de la exclusión del ámbito laboral [privación de estabilidad laboral y del ámbito protector del RGSS, singularmente]. Siendo del todo inargumentable una mejor condición retributiva respecto de la pactada en convenio colectivo, pues no se había tratado —ilícitamente, por

supuesto— de mejorar la retribución pactada colectivamente, sino de defraudar la relación laboral con unas condiciones económicas en la contraprestación que interesasen al trabajador, pero que ya no serían tan siquiera sostenibles en el marco de la declarada relación laboral; y menos al cabo de los años». **STS de 25 de mayo de 2010, u.d., IL J 1230.**

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El objetivo central que persigue la normativa laboral que regula las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Se produce la transmisión cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (artículo 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de las modificaciones en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales.

El Tribunal Supremo aborda en unificación de doctrina un supuesto de cese de un auxiliar de notaría, que se produce por la negativa del nuevo titular de la Notaría a subrogarse como empresario. El Tribunal, reiterando un criterio que se encuentra ya sobradamente asentado en nuestros Tribunales laborales, considera no aplicable el artículo 44 ET a las oficinas de notaría, sosteniendo que el notario no es titular de una organización de medios personales y materiales que pueda ser transmitida.

«Por otra parte, la solución dada a esta cuestión en la sentencia recurrida es coincidente con la mantenida por esta Sala IV en las SSTs de 8.11.1994 —rcud. 533/2004— y 6.10.2009 —rcud. 2036/2008— que señalan que no cabe hablar, en los supuestos de cambio de titular de una misma Notaría de un problema de sucesión de empresa susceptible de cobijarse, jurídicamente, en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues entienden que el notario no es el titular de una organización de medios personales y materiales que, al traspasar la Oficina correspondiente en la que vino prestando la función pública que le corresponde, pueda generar un fenómeno de sucesión empresarial, puesto que sus sucesivos nombramientos y consiguientes traslados dependen del Gobierno del Estado y, tampoco él se convierte, por el hecho de su nombramiento para una concreta Notaría, en titular del conglomerado organizativo que caracteriza a la misma, sino en mero depositario de su Protocolo y simple cabeza visible y directora de la función pública —que no servicio público en estricto sentido— que en dicha Oficina se desarrolla». **STS de 23 de julio de 2010, u.d., IL J 1807.**

Sí considera expresamente aplicable la normativa sobre transmisión de empresa el Tribunal Supremo en un supuesto de descentralización productiva entre dos empresas pertenecientes a un grupo de empresas que afecta a determinadas actividades de almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de gas. El debate jurídico se centra en determinar si las actividades externalizadas constituyen una unidad productiva autónoma, en el sentido previsto en el artículo 44 ET. En opinión de la sentencia, el recurso que propugna la inaplicabilidad al supuesto objeto de litigio de dicho precepto no puede prosperar por las siguientes razones:

«a) La Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, señaló en el punto 10 de sus consideraciones preliminares que, a fin de garantizar un acceso eficaz no discriminatorio de la red es conveniente que las redes de transporte y las de distribución se gestionen a través de organismos jurídicamente separados, en caso de que existan empresas integradas verticalmente, y en el artículo 2.1 define como compañía de gas natural: cualquier persona física o jurídica que realice, al menos, una de las actividades siguientes: producción, transporte, distribución, suministro, compra o almacenamiento de gas natural... y que lleve a cabo las tareas comerciales, técnicas o de mantenimiento relacionadas con estas funciones, pero sin incluir a los clientes finales.

b) La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, distingue (artículo 58), los distintos sujetos que llevan a cabo actividades destinadas al suministro de gas natural: transportistas, distribuidores, comercializadores, etc., y en el artículo 63 se regula la separación de las distintas actividades que realizan los sujetos a los que nos hemos referido.

c) Como señala la sentencia recurrida, es en este marco normativo en el que tiene lugar el nacimiento, el 14/12/05, de Gas Natural Prestaciones, SDG, SL (hoy, Gas Natural Comercial, SDG, SL) siendo su objeto social: “la prestación de servicios comerciales y de atención al cliente, así como la representación, promoción, desarrollo, gestión, administración y control de toda clase de entidades, empresas, marcas, patentes o productos; y la prestación de servicios de marketing facturación, tratamiento de la información, promoción de venta o alquileres de bienes y la comercialización y contratación de cualesquiera productos y servicios, por cuenta de sociedades civiles, mercantiles o de cualquier otra clase, organismos del estado, comunidades autónomas, provincias o municipios, asociaciones y particulares, en relación a las actividades que le sean propias”.

d) Se proyectó el traspaso de actividad de servicios comerciales del grupo Gas Natural, SA a Gas Natural Comercial SL en diversas fases: primero concentrando la actividad comercial minorista del grupo y más tarde traspasando toda esa actividad, con la correspondiente dotación de medios humanos, pasando así a la nueva entidad toda la actividad comercial minorista y de servicio al cliente que ejercía la anterior y demás empresas del grupo, siendo todo ello comunicado al Comité Intercentros, señalando la sentencia recurrida que los sindicatos codemandados incidieron en el acto del juicio oral en su posición de garantes de los derechos de los trabajadores en el proceso de subrogación o traspaso, en el que se aludía expresamente al artículo 44 del ET».

«f) Como señala esta Sala en sentencia de 12/12/07 (rec. 3994/06) reiterando la de 12/12/02 (rec. 764/02) y otras: “para entender producido el cambio de titularizado la transmisión de empresas a que se refiere el artículo 44 del ET, en asunto —se insiste— de enorme similitud al de las presentes actuaciones, en el que —aquél— la empresa principal cedía a otra en arrendamiento los locales destinados a cocinas y útiles de limpieza con todos los instrumentos y aparatos precisos para cocinar y limpiar, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, es decir, de una empresa, sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, y no cabe duda que en el caso de autos la cesión de los servicios antes relacionados son un negocio cuya titularidad se cede; como se dice en la Directiva 98/50 y de conformidad con lo ordenado en el artículo 44 del ET, lo cedido fue una entidad económica con propia identidad, como conjunto de medios organizado”». **STS de 23 de julio de 2010, u.d., IL J 1807.**

A vueltas con el concepto de transmisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de partes de empresas o de centros de actividad. El litigio que da origen al caso parte de una reclamación presentada por la UGT contra el Ayuntamiento de la Línea, contra la negativa de la entidad local a reconocer la calidad de representantes legales de los trabajadores a varios trabajadores de empresas concesionarias de los servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento, posteriormente recuperados por el Ayuntamiento. El Gobierno español considera que no concurren los requisitos exigidos por la norma comunitaria por no haberse producido transmisión de los elementos patrimoniales significativos entre las empresas concesionarias y el ayuntamiento, puesto que los colegios públicos, las calles y los parques y jardines municipales ya pertenecían a la corporación local. Ignorando la doctrina judicial comunitaria sobre la transmisión en la plantilla, el Gobierno español sostiene que la subrogación del ayuntamiento en los contratos del conjunto de la plantilla no es suficiente, pues no es posible prescindir del elemento material. El TJUE reitera su doctrina en la materia que puede resumirse en los siguientes apartados de la sentencia:

«27. Para determinar si se reúnen los requisitos para la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias antes citadas *Spijkers*, apartado 13; *Redmond Stichting*, apartado 24; *Süzen*, apartado 14; *Abler y otros*, apartados 33 y 34, y *Güney-Görres y Demir*, apartados 33 y 34).

28. Además, el Tribunal de Justicia ha señalado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias *Süzen*, antes citada, apartado 18; de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. P. I-8179, apartado 31, e *Hidalgo y otros*, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 31).

29. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que, además, se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa

cedente de forma estable (sentencias antes citadas *Süzen*, apartado 21; *Hernández Vidal y otros*, apartado 32, e *Hidalgo y otros*, apartado 32)

30. Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha considerado, en relación con una empresa de limpieza, que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (sentencia *Hernández Vidal y otros*, antes citada, apartado 27).

31. Como ha señalado la Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, el hecho de que en el asunto objeto del litigio principal no existiera transmisión de los activos en relación con los cuales se prestaban los servicios, como edificios escolares, vías públicas, parques y jardines, carece de incidencia alguna en el problema. En efecto, los activos materiales que, en su caso, deberían tenerse en cuenta son las instalaciones, maquinaria y/o equipamiento que en realidad se utilicen para prestar los servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento.

32. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz del conjunto de criterios de interpretación anteriores, si en el litigio principal se ha producido una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23». **STJUE de 29 de julio de 2010, IL J 1235.**

B) Mantenimiento de la representación de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas

En el último supuesto comentado en el apartado anterior, se discute el mantenimiento del mandato representativo de los representantes de los trabajadores de las empresas rescatadas por el ayuntamiento. Conforme a la norma comunitaria, dicha posibilidad se hace depender de que las empresas, centros de actividad o partes de éstos sometidos al proceso de transmisión conserven su autonomía. Precisamente, el concepto de autonomía, a tales efectos, es objeto de interpretación por el TJUE. A juicio del Gobierno español, el concepto de autonomía debe interpretarse en sentido equivalente al concepto de identidad contenido en el artículo 1.1 de la Directiva, opinión que no comparte el Tribunal, que considera que el mantenimiento de la identidad se debe apreciar en el momento de la operación de cesión contractual, mientras que el mantenimiento de la autonomía sólo puede apreciarse con posterioridad a dicho momento. A partir de determinar que se trata de conceptos diversos, el Tribunal considera que, a los efectos del artículo 6.1 de la Directiva, la autonomía de la entidad sometida a cesión se mantiene cuando con posterioridad a la transmisión las facultades organizativas de los responsables de ésta permanecen en esencia inalterables, teniendo en cuenta que el mero cambio de identidad de los responsables jerárquicos no supone menoscabo de dicha autonomía:

«Una entidad económica transmitida conserva su autonomía, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad, cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de

dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario.

El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permiten organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones de esta última». **STJUE de 29 de julio de 2010, IL J 1235.**

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

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Precontrato de trabajo.**
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato para obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual.
 - c) Contrato de interinidad.
 - d) Contrato de inserción.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.
 - b) Conversión en indefinido.
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Contrato fijo discontinuo.**
 - B) **Contrato de relevo.**
5. CONTRATOS FORMATIVOS.
6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
 - A) **Contratos laborales y contratos administrativos.**
 - B) **Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 9 a 16 de 2010 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*) merece la pena destacar la **STS de 19 de julio de 2010, IL J 1760**, sobre la aplicación del artículo 15.5 del ET; en segundo lugar, la **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1498**, que resuelve la cuestión de los