

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
 - B) **Ámbito de afectación de la causa económica en despido objetivo.**
 - C) **Convenio Colectivo aplicable.**
3. CONTRATAS.
 - A) **Concepto de propia actividad.**
 - B) **Sucesión de contratas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla.**
 - C) **Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo.**
 - D) **Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**
4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Diferencias con la contrata.**
5. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Obligación de reclamar por despido contra la empresa entrante.**

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 12 de 2011 a 2 de 2012 de la Revista *Información Laboral* (marginales IL J 1407/2011 a IL J 209/2012) 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 del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El concepto de grupo de empresas hace referencia a una pluralidad de empresas constituidas jurídicamente como sociedades independientes que actúan bajo directrices comunes, lo que permite presentarse y actuar en el tráfico jurídico con una imagen de cierta unidad, circunstancia que provoca una radical separación entre realidad material y formulación jurídica. La figura del grupo de empresa constituye un problema para la doctrina jurídica, particularmente a la hora de identificar al sujeto que debe hacer frente a las responsabilidades que se deriven de la actividad empresarial, aparte de otros elementos no menores del control de los poderes de gestión empresarial y transparencia en el ejercicio de los derechos laborales. Como regla general, el hecho de formar parte de un grupo de empresas no supone alteración alguna del régimen de responsabilidades de cada una de las empresas que lo integran. Es decir, la personalidad jurídica individual de cada empresa del grupo actúa como cordón de seguridad, evitando la transmisión al resto de las empresas de cualquier tipo de responsabilidad. Los vínculos accionariales entre estas empresas no constituyen elementos jurídicamente relevantes en orden a la alteración de la independencia o autonomía jurídica que el ordenamiento atribuye a cada sociedad. Esta regla de aplicación general convive con algunas excepciones, que en el ámbito laboral permiten transmitir las responsabilidades empresariales a todas las empresas que forman el grupo.

Aunque, como es conocido, el ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicionalmente de este fenómeno con el objetivo de reprimir comportamientos abusivos. Partiendo de la regla general más arriba enunciada, las empresas que componen un grupo empresarial responden de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas con sus trabajadores, pero cuando la constitución del grupo de empresas alberga fines contrarios a derecho y los lazos accionariales y organizativos que vinculan a las sociedades del grupo se ven acompañados con otros elementos que indican el abuso de la utilización de la forma grupo de empresas en perjuicio de los trabajadores, 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 ellas. A juicio de la jurisprudencia consolidada, cuando pudiera acreditarse la presencia de alguna de las circunstancias relacionadas más abajo, la barrera de la personalidad jurídica debe caer en garantía de los derechos de los trabajadores:

- a) Unidad de plantillas, prestación de servicios indistintamente o sucesivamente para dos o más empresas del grupo.

- b) Unidad de caja, esto es, un elevado grado de comunicación entre sus patrimonios sociales.
- c) Utilización abusiva de la personalidad jurídica en perjuicio de los trabajadores, que se concreta en la presentación o apariencia del grupo hacia el exterior como una única empresa; o en el ejercicio de las facultades inherentes a la dirección unitaria en perjuicio de las sociedades o empresas controladas. Únicamente la acreditación de estas circunstancias permite a la jurisprudencia la extensión de responsabilidad a las empresas del grupo.

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 y, como seguidamente veremos, con la intensidad en cada caso requerida.

La STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011, IL J 1507, aborda esta cuestión ante la pretensión de un trabajador que reclama 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. El Juzgado de lo Social inicialmente considera acreditado que ambas empresas habían superado los límites marcados por la jurisprudencia y, por ello, constituyen un grupo de empresas a efectos laborales; en otras palabras, un grupo de empresas en los que la responsabilidad empresarial frente a los trabajadores será de naturaleza solidaria, extendiéndose al conjunto de las empresas del grupo. La juez apoya su decisión en que el trabajador acredita prestación de trabajo sucesiva para varias empresas del grupo y en el hecho de que ambas empresas compartan administradores e imagen exterior. Por el contrario, en opinión del TSJ de Canarias, estos elementos determinarían la existencia de un grupo de empresas, pero no serían suficientemente relevantes para mostrar una intención fraudulenta que exigiese la extensión de la responsabilidad de la empleadora sobre la empresa codemandada. La inexistencia de una regulación legal específica en la materia, provoca un cierto grado de inseguridad jurídica a nuestro juicio. En ocasiones, como en el caso que nos ocupa, la argumentación de los tribunales hace uso de instituciones jurídicas como en fraude de ley o la cesión ilegal de trabajadores cuya invocación dificulta la aplicación de la doctrina jurisprudencial en la materia.

«Basa la juez su conclusión de que estamos en presencia de un grupo de empresas, no mercantil, sino laboral, con comunicación de responsabilidad entre los miembros del grupo en los siguientes datos:

el actor ha pasado de una empresa a otra; los administradores de las dos empresas son los mismos y el logotipo es igual.

En cuanto al primer argumento hay que destacar que el paso de una empresa de grupo a otra no aparece como una imposición, sino que se produce de común acuerdo, a lo que hay que añadir que no hay constancia de que tales cambios o pases de una empresa del grupo a otra sea una práctica habitual o se haya producido respecto de otros trabajadores. A ello hay que añadir que el grupo está compuesto por varias empresas más (que no aparecen demandadas) y la afirmación de que en el grupo existe confusión de plantilla porque un trabajador, de forma voluntaria, ha trabajado en más de una empresa no se sostiene, pues

la exigencia jurisprudencial va mucho más allá e implica la acreditación de una prestación indistinta y generalizada de prestaciones de servicios de la plantilla o de una parte relevante de la misma.

Igualmente carece de virtualidad a la hora de afirmar la existencia del grupo de empresas laboral el hecho de que tenga un logotipo igual o similar, pues ello es lógico ya que es la marca y la imagen del grupo.

Es obvio que todos los grupos mercantiles utilizan símbolos semejantes para ser identificados como pertenecientes al grupo y ello en principio no cambia la naturaleza de grupo mercantil del mismo.

E idénticas consideraciones cabe hacer respecto de que los administradores sean las mismas personas, pues ello no implica sin más la responsabilidad común de las empresas del grupo y su configuración como grupo en sentido laboral, ya que lo determinante es si la dirección y organización de cada empresa es autónoma, si las cuentas son distintas, si las plantillas también lo son, y en definitiva, si existe un funcionamiento individual, diferenciado y autónomo de cada empresa, sin perjuicio del control por parte de quienes son titulares o accionistas de las mismas.

En el caso de autos, como destaca el recurso, cada empresa del grupo tiene sus propias instalaciones, talleres y expositores de ventas; cada una tiene una marca de vehículos existiendo otras con actividades distintas a la automoción; cada sociedad tiene sus propias cuentas, y un funcionamiento en apariencia autónomo.

Sostiene, pues, la Sala, que de los hechos probados no resulta esa confusión de empresas que es lo que caracteriza al grupo laboral, decidiendo el juez esta circunstancia de hechos que no tienen entidad para dar cobertura a tal afirmación». **STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011**, IL J 1507/2011.

B) Ámbito de afectación de la causa económica en despido objetivo

La doctrina jurisprudencial más arriba comentada sirve igualmente de base para otros supuestos, en los que la reclamación del trabajador no tiene por objeto conseguir la extensión de la responsabilidad por despido a las empresas del grupo. En otras ocasiones, el litigio se sustancia en torno al contenido de las causas de despido objetivo cuando afectan a empresas que forman parte de un grupo. En concreto, se plantea si la acreditación de las circunstancias que permiten extinguir objetivamente una relación de trabajo debe circunscribirse a la empresa donde presta servicios o, por el contrario, la situación económica negativa debe afectar a todo el grupo de empresas y, por ello, el empresario debe facilitar información económica sobre todas las empresas que lo integran. Debe tenerse en cuenta que esta última posibilidad, aceptada por la unificación de doctrina STS de 23 de enero de 2007, u.d., IL J 90, únicamente es viable cuando estamos frente a un grupo de empresas ficticio donde desde el punto de vista laboral existe una única empresa, por ello en el supuesto que nos ocupa la sentencia comienza su análisis estudiando si se dan los elementos que determinan la existencia de dicha figura, para después aplicar las consecuencias jurídicas previstas.

«Llegamos aquí a la cuestión del grupo de empresas que formarían la recurrente ALACRÁN, S.L. y SWING ELECTROSHOW, S.L. En los hechos probados constan datos su-

ficientes para afirmar la existencia del grupo de empresas. Efectivamente, el Magistrado resalta en los hechos probados y en el cuarto de los fundamentos de derecho que las dos empresas tienen el mismo Administrador, comparten el domicilio social, el teléfono y el fax, al menos diecisiete trabajadores constan dados de alta en la Seguridad Social en diversos periodos en ambas empresas (en algunos casos incluso con posterioridad al despido del segundo trabajador que ahora nos ocupa) y, por último, ambas empresas desarrollan su actividad mercantil en un mismo ámbito y sector de actividad, complementándose entre sí, ya que una se dedica a iluminación y la otra a sonido (así lo afirma la recurrente en el escrito de interposición). Estos datos constituyen un soporte material suficiente para declarar, como lo hace el Magistrado de instancia, la existencia del grupo de empresas entre las dos mencionadas, si aplicamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el grupo de empresas a efectos laborales, contenida, entre otras, en la sentencia de 3 de noviembre de 2005 (rec. 3400/04), en la que se dice lo siguiente: “Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social 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. 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; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, 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”». **STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011**, IL J 1469/2011.

Una vez que queda acreditada la existencia de un grupo en este sentido de existencia de una única empresa desde el punto de vista laboral, el respeto a la doctrina judicial implica necesariamente que el grupo en su conjunto, y no alguna de las empresas que lo componen, debe encontrarse en una situación económica desfavorable. En coherencia con lo anterior, sólo cuando se produzca esta circunstancia cabe acudir a la vía del despido objetivo como fórmula de gestión empresarial; en caso contrario, el despido debe considerarse improcedente, por más que la empresa en la que presta servicios el trabajador pueda acreditar pérdidas relevantes.

«La consecuencia jurídica que se deduce de la existencia del grupo de empresas es que la situación económica desfavorable ha de ir referida al grupo y no a la empresa individual, en este caso ALACRÁN, S.L. (así se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, rec. 641/05), siendo así que por sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Valladolid de 30 de mayo de 2007 (confirmada por esta Sala el 5 de octubre de ese mismo año) se declararon improcedentes los despidos de dos trabajadores de la empresa SWING ELECTROSHOW, S.L. sobre la base de que “la empresa no se encuentra en realidad ante una situación económica negativa que justifique la extinción del contrato con los dos trabajadores demandantes”, pues aunque su contabilidad recogía pérdidas globales, con posterioridad a las extinciones la empresa procedió a efectuar contrataciones temporales cuyas jornadas superaban en el periodo considerado las que hubieran efectuado los despedidos (hecho probado quinto). (...)»

En definitiva, que no consta la situación económica negativa del grupo configurado por las dos empresas que permita tener por justificadas las extinciones objetivas de los contratos de los dos trabajadores cuya parte de indemnización ahora reclama la empleadora ALA-CRÁN, S.L». **STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2011**, IL J 1469/2011.

C) Convenio Colectivo aplicable

Como se comentará en los apartados correspondientes, las dificultades de aplicación de las previsiones contenidas para los supuestos de transmisión de empresa aplicable al cambio de contratata (art. 44 ET) y, en particular, la problemática en torno a la obligación de la empresa contratista que asume el servicio de subrogarse en la posición de empresario respecto de los trabajadores empleados en la contrata por la saliente constituye una fuente de frecuentes conflictos. En ausencia de una solución satisfactoria para los intereses de los trabajadores, los convenios colectivos sectoriales de algunas actividades de servicios, como es el caso de la seguridad o de la limpieza, que en numerosas ocasiones son externalizadas por las empresas, establecen la obligación de subrogación en los contratos de los trabajadores afectados por el cambio de contrata, exigencia que dota de algún tipo de estabilidad los contratos de trabajo realizados mediante la modalidad de obra o servicio determinado. En estos casos, debe tenerse siempre en cuenta que la subrogación del empresario entrante se producirá únicamente en los supuestos y con las consecuencias previstas en la norma convencional y, lo que resulta de mayor importancia, siempre y cuando dicha empresa se encuentre bajo el ámbito de aplicación del convenio colectivo aplicable. Es por ello que algunas empresas utilizan la vía del convenio colectivo de empresa para sustraerse a dicha obligación, pues las empresas con convenio colectivo propio quedan al margen de lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial.

Es ésta la situación que parece desprenderse de la lectura de la sentencia que comentamos, en la que un trabajador realiza las labores propias del servicio polifuncional en la Delegación Provincial del INE en Burgos, atendiendo la apertura y cierre de puertas, el control de accesos y las tareas de recepción y distribución de correspondencia, paquetería y otras, inicialmente por cuenta de una empresa de servicios, siendo con posterioridad objeto de subrogación su contrato de trabajo por una segunda empresa. Unos años más tarde, una empresa que forma parte del mismo grupo de empresa que aquella con la que inició su prestación de trabajo en dicha Delegación Provincial asume la contrata, pero rechaza subrogarse en el contrato del trabajador pues entiende que al tener convenio colectivo propio no se ve compelida a cumplir con las obligaciones establecidas en el norma colectiva sectorial. Y es que la doctrina de los grupos de empresas laborales no afecta al convenio colectivo aplicable. Si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial aceptó hace años el grupo de empresas como unidad de negociación, tesis que ha sido finalmente asumida por el legislador laboral con la modificación del contenido del art. 87 ET con la reforma introducida por RD 7/2011, esta posibilidad es una opción para los negociadores que, si así lo consideran más adecuado, pueden igualmente acordar distintos convenios para las empresas del grupo. En el caso que nos ocupa, parece que la empresa matriz se encuentra vinculada por el convenio colectivo sectorial, mientras que la empresa en la que trabaja el demandante posee convenio propio. En la medida en que la obligación de subrogación se establece únicamente en el convenio sectorial, la extinción del contrato de trabajo del actor

debe considerarse procedente. Quizás hubiera sido posible resolver la cuestión de forma diversa atendiendo a la posibilidad de sucesión en la plantilla, doctrina que permitiría la aplicación del art. 44 ET en su conjunto, por tratarse de una actividad intensiva en mano de obra en la que los elementos materiales no resultan relevantes.

«Así pues, coligiendo toda la doctrina anterior, debemos destacar: la nueva adjudicataria, aún perteneciendo al Grupo PROSEGUR, tiene una estructura independiente y, sobre todo, tiene un Convenio diferente al de aquélla.

Asimismo, la actividad realizada por la trabajadora, no es encuadrable —conforme a lo acreditado— dentro del ámbito de aplicación del Art. 3 del Convenio de las empresas de seguridad privada. Siendo ello así, no se puede aplicar a la actora, como pretende, el Art. 14 de dicho Convenio, en cuanto a la subrogación pretendida». **STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2011**, IL J 1462/2011.

3. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

La responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales contraídas por la empresa auxiliar, de conformidad con lo previsto legalmente para los supuestos de contratata, afecta al empresario principal únicamente cuando la actividad desarrollada por la primera forma parte de la actividad propia de la segunda (art. 42.2 ET). Es por ello que la determinación del alcance de dicho concepto resulta crucial y ha sido objeto de numerosas controversias. Pero la abundante jurisprudencia sobre la materia no permite eliminar la litigiosidad en torno a este concepto jurídico indeterminado que obliga a realizar una tarea de naturaleza casuística en la que los tribunales deben analizar todos los factores concurrentes. En esta ocasión, los pronunciamientos judiciales consideran propia actividad la de ayuda a domicilio para los ayuntamientos, siguiendo la tesis de la actividad inherente al ciclo productivo, y la de información directa al público en los aeropuertos, arguyendo la indispensabilidad de ésta respecto de la dirección y gestión de la actividad aeroportuaria que desarrolla AENA.

«La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si cabe encuadrar en el ámbito de responsabilidades que contempla el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores las que se derivan de deudas salariales con los trabajadores en el desarrollo del servicio de atención a personas mayores, cuya gestión o funcionamiento se adjudica mediante contrato de gestión indirecta por un Ayuntamiento a una empresa privada, o, lo que es lo mismo, si a tales efectos de responsabilidad solidaria ha de considerarse esa actividad como “propia” del Ayuntamiento que ha contratado la realización del referido servicio con una empresa privada (...)

Por ello, lo relevante para determinar si el servicio contratado es realmente “propia actividad” del Ayuntamiento no es la distribución competencial que lleva a cabo la norma, no tan rígida como la Corporación quiere hacer ver en su escrito de impugnación del recurso, pues nada impedía que el Ayuntamiento asumiera la función discutida. Lo determinante es que en una materia socialmente sensible, próxima a la ciudadanía y a sus municipios, encuadra-

da en lo que la Ley Vasca denomina “Servicios Sociales de responsabilidad pública”, más allá por tanto de la mera distribución formal de competencias, el Ayuntamiento ha ejercido esa actividad municipal para la que no solo es competente, sino que forma parte —como se ha visto en las normas citadas— del núcleo de las competencias características de la Administración Municipal.

En consecuencia, aunque las mismas no le fueran exigibles al Ayuntamiento desde la mera literalidad de la norma, los Servicios Sociales de atención a personas mayores en Centros de Día constituyen lo que el Estatuto de los Trabajadores denomina “propia actividad” del demandado desde el momento en que asumió esa particular función social, íntimamente vinculada con lo que constituye la esencia de la actuación de la administración local para con sus ciudadanos. Por ello, si la sentencia recurrida afirmó que únicamente cabe conceputar de “propia actividad” del Ayuntamiento aquellos servicios cuya prestación le resulte legalmente exigible al amparo de la Ley 12/2008 de Servicios Sociales en el País Vasco, y no otros, aunque tengan naturaleza vinculada a la esencia del Organismo, infringió el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la normativa específica citada, puesto que aplicando el referido precepto, debió confirmar la condena solidaria del Ayuntamiento demandado que se había establecido en la sentencia de instancia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por aquél. Por ello, ahora deben estimarse los recursos de casación para la unificación de doctrina planteados, lo que exige casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el formulado en su día por el Ayuntamiento de Santurce, confirmándose la sentencia del Juzgado de Instancia». **STS de 5 de diciembre de 2011**, u.d., IL J 136/2012.

«Cuestión distinta, es la planteada en los presentes autos relativa a determinar si la empresa principal AENA, responde de forma solidaria de los salarios devengados por el actor, adeudados la empresa subcontratista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 42 del ET, lo que depende que la actividad laboral subcontratada, la de información directa al público en el aeropuerto de Palma de Mallorca, corresponda a la propia actividad de la empresa contratante, y en este sentido debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta, en la que se ha desechado la tesis de configurarla como actividad inherente al ciclo productivo de la empresa principal, poniendo el acento en el dato de la actividad indispensable para el desarrollo de su función específica, incluyéndose como actividades propias las tareas complementarias, siempre que sean absolutamente esenciales para el desarrollo de la principal.

En este sentido cabe concluir que la actividad de información directa al público y las demás objeto de la contrata, si bien tiene carácter complementario o accesoria de la actividad principal desarrollada por AENA, como entidad pública que dirige y gestiona la actividad aeroportuaria, en los aeropuertos de titularidad pública del Estado, ello no es óbice para calificarla como actividad complementaria de la actividad propia, pues las terminales de los aeropuertos tiene como actividad principal la del transporte de pasajeros, tanto de salidas como de llegadas, siendo la de los servicios de información directa una actividad complementaria de las principal de facturación, embarque en las salidas y las de transporte de pasajeros y maletas a la terminal en las llegadas, por lo que es aplicable al supuesto de autos la responsabilidad empresarial prevista en el art. 42 del ET, lo que determina la desestimación del motivo». **STSJ de Baleares de 9 de noviembre de 2011**, IL J 195/2012.

B) Sucesión de contratas 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 la misma, correspondiendo al nuevo empresario la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social. Conforme establece sobre esta materia el art. 44 ET, la garantía se extiende al cambio de titularidad de una empresa, 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 puridad de una transmisión de empresa, puede entenderse incluido en el ámbito de aplicación del art. 44 ET, siempre que se superen los requisitos exigidos legalmente tal como es interpretada la normativa por 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 que el empresario entrante se haga cargo de parte importante del personal que venía realizando dicha actividad, el empresario entrante no queda obligado a subrogarse por aplicación del art. 44 ET, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el convenio colectivo aplicable.

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 se subroga en los contratos de 36 trabajadores de los 46 que empleaba la anterior contratista, aunque la empresa adjudicataria no celebre contrato alguno con la anterior contratista y se vea obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales. 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. No siendo determinante que el nuevo empresario, sea propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

«2. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a desestimar el recurso por ser correcta la solución que da la sentencia recurrida con cita de nuestra jurisprudencia. Es así porque no es necesario para que exista sucesión empresarial a efectos legales que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad, cual ha ocurrido en el presente caso, en el que la recurrente ha sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le han encomendado las mismas labores. Esta circunstancia unida al hecho de que la recurrente ha empleado a 36 de los 46 trabajadores que ocupaba en la actividad la contratista anterior, siendo uno de los contratados el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, revela el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad

económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de “sucesión de plantillas”, sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano. La recurrente debía haber probado que lo antes dicho no es cierto, acreditando el importe de sus inversiones en máquinas y demás bienes materiales, la mano de obra empleada y que la reducción de la plantilla se debía a sus inversiones y, como no lo ha realizado, procede concluir que sus inversiones no han sido relevantes para que la actividad continúe con normalidad». **STS de 7 de diciembre de 2011**, u.d., IL J 138/2012.

A similares conclusiones conduce el fallo contenido en la **STSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011**, IL J 1474/2011, en un supuesto de cambio de contratista en el servicio de limpieza de unas instalaciones del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Se da la circunstancia de que parte de los afectados mantenían relaciones laborales especiales por tratarse de trabajadores discapacitados, respondiendo la empresa saliente a la forma jurídica Centro Especial de Empleo, extremos ambos que a juicio del Tribunal no deben afectar negativamente a la aplicación de la normativa en la materia.

«Pues bien, el supuesto contemplado en la sentencia recurrida puede encuadrarse y ser resuelto con arreglo a las previsiones de la jurisprudencia citada, en la medida en que se ha producido una asunción del servicio de limpieza del Área VII del SESPA por parte de la empresa contratista, que no solamente continúa prestando la misma actividad contratada por la empresa saliente sino que también asumió una parte sustancial de la plantilla de ITMA S.A., pues aunque inicialmente solo se subrogó en las relaciones laborales de aquellos trabajadores con contratos de trabajo ordinarios o de régimen laboral común (ordinal cuarto), posteriormente concertó nuevos contratos con 16 de los otros 18 trabajadores que habían mantenido una relación laboral especial al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral existente entre los trabajadores minusválidos y los Centros Especiales de Empleo, ahora al amparo de lo dispuesto en el Programa de fomento del empleo articulado por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, cuyo Art. 2 prevé determinadas bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social para aquellos empleadores que contraten a personas con discapacidad. (...)

No constituye un obstáculo a la anterior conclusión, como se argumenta en la resolución de instancia, el hecho de que la empresa saliente sea un Centro Especial de Empleo y que una parte importante de sus trabajadores (18 sobre 26) mantuviera una relación laboral especial, pues como advierte la STS de 21 de Octubre del 2010 (Rec. 806/2010) analizando análoga normativa en un caso de contrata de limpieza y sucesión de Centro Especial de Empleo, la doctrina constitucional en torno a la prohibición del Art. 14 de la CE es clara cuando señala que “comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica

o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, F. 8, ó 253/2004, de 22 de diciembre, F. 7)”.

Recuerda asimismo que el art. 6.2.º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, especifica que “se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”, y concluye señalando que “en modo alguno los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 65 del citado Convenio Colectivo (se refiere al Convenio Colectivo de Limpiezas de Locales y Edificios Públicos para la provincia de Barcelona) tienen un impacto adverso dado que ningún trabajador de la recurrente es objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable, DISWORK, S.L. concurre a una adjudicación a sabiendas de que existen dos personas adscritas al servicio y ningún trabajador de la recurrente 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”.

Dicho de otro modo, el fundamento constitucional de la norma, el art. 14 de nuestra Constitución, conforme a su desarrollo por medio de la Ley 51/2003, y en especial conforme al apartado I de su Exposición de Motivos, ha de proyectarse, necesariamente no solo sobre la propia interpretación del contenido y desarrollo de la norma, en lo que constituye su núcleo sustantivo propio, sino también con respecto de aquellos contenidos de otras normas que resulten relevantes, como es el caso, dado que “la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación” (Art. 3 de la Ley), reiterando en este sentido lo ya establecido en el Art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores que prohíbe la discriminación en el empleo por razón de discapacidad, siempre que el trabajador se encuentre en condiciones para desempeñar el trabajo de que se trate, lo que al presente ni siquiera se cuestiona». **STSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011**, IL J 1474/2011.

En el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011, IL J 90, considera que se ha producido una sucesión de la plantilla, en un supuesto de sustitución de contratistas del servicio de información telefónica del aeropuerto de La Coruña, en los que la nueva contratista asume a la mayoría de los trabajadores de la saliente. En este caso, la no contratación de algunos trabajadores se considera despido nulo, al existir indicios no desacreditados por el empresario de que dicha decisión pudo estar basada en la actitud reivindicativa de estas personas, lo que afectaría a sus garantías de indemnidad.

«Esta sala hace suya esta doctrina en la sentencia de 17-3-06, (Rec. 715/06) añadiendo que el Tribunal Europeo atribuye valor determinante en determinados supuestos a la circuns-

tancia de que los trabajadores del anterior empresario continúen prestando su actividad laboral para el nuevo, en determinados sectores de la actividad, como es el caso de autos, en que estamos ante una empresa de servicios donde no hay transmisión de elementos patrimoniales.

Ante ello, y si bien se acepta que ni convenio ni pliego de condiciones incluyen la obligatoriedad de subrogación, es un hecho probado no controvertido contenido en la sentencia que GCS Instalaciones continuó con el servicio contratado previamente a Eulen y contrató subrogando a la mayor parte de personal de ésta, salvo a las actoras, circunstancia que se ajusta a la situación anteriormente señalada, en la que la empresa sucesora, se hace cargo de la mayoría del personal de la anterior, para la continuidad de la explotación o del servicio, que implica la obligatoriedad de su mantenimiento en la empresa, máxime cuando la actividad contratada se basa fundamentalmente en mano de obra consistente en personal dedicado a prestar el servicio de información, que no precisa medios materiales a mayores de los facilitados por AENA». **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011, IL J 90/2012.**

Por el contrario, no se reconoce la obligación de subrogación en un supuesto de prestación de servicios de atención al cliente para una empresa de líneas aéreas. El Tribunal toma en consideración que el servicio se prestaba desde los locales de la empresa contratista con sus propios equipos de telecomunicaciones, lo que restaría relevancia a los elementos humanos frente a los materiales en el proceso de transmisión de empresa e imposibilita la aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla. Y ello a pesar de que, como establece la sentencia de instancia, la empresa principal ha proporcionado otros elementos materiales como la configuración inicial de los equipos de telecomunicaciones, el software del sistema de reservas, la documentación de instalación necesaria y las licencias de acceso al Motor de Reservas.

«Y al respecto, como decíamos, para que exista sucesión empresarial se precisa que lo que se transmita constituya una unidad económica, entendida como un conjunto organizado de medios susceptibles de llevar a cabo una actividad empresarial. La determinación de los elementos que componen ese conjunto organizado dependerá del tipo de actividad de la que se trate. Existirán actividades para las que se precise la transmisión de elementos materiales de gran valor e importancia, y otras en las que la transmisión del elemento humano constituya el dato fundamental.

La actividad de “Contact Center”, antes denominada telemarketing, consiste en la realización de actividades que tengan como objetivo contactar a los clientes con terceros por vía telefónica o cualquier otro medio informático o electrónico, a fin de, posteriormente, prestar los servicios propios de dicho cliente (art. 2 del convenio colectivo). En definitiva, se trata de captar o atender a los clientes del contratante principal a través de las tecnologías de la información. Esta actividad se lleva a cabo mediante el trabajo de los teleoperadores o gestores (art. 39 del convenio), que son los que se encargan de realizar el contacto y prestar así el servicio, por lo que en esta actividad son elementos esenciales la plantilla debidamente organizada, así como los equipos informáticos de hardware y software, y de telefonía, ubicados en determinado espacio físico.

En el presente caso ha quedado probado que la actividad de atención al cliente que venía prestando la recurrente para Vueling Airlines S.A., ha pasado a ser prestada por Bosch

Security Systems SAU a partir de 1-07-10, pero no se constata aquí una transmisión de todos los elementos patrimoniales necesarios para prestar el servicio, por cuanto Mindeparl AG SL., utilizaba sus propias instalaciones y equipos de telecomunicaciones, su propio hardware para organizar y mantener una correcta conexión con el centro de comunicaciones de Vueling, y sus propias licencias, proporcionándole Vueling como cliente la configuración inicial de los equipos de telecomunicaciones o routers, el software del sistema de reservas, y toda la documentación de instalación necesaria, así como las licencias de acceso necesarias, tal y como resulta del contrato de servicios suscrito. Y Bosch Security Systems AG SL, empresa entrante, ha pasado a realizar el servicio de atención al cliente para Vueling utilizando sus propias instalaciones y sus propios equipos de comunicación, y su hardware, proporcionándole Vueling las herramientas necesarias para el acceso y la gestión de reservas, ventas, cambios, vuelos, tramitación de peticiones y sugerencias de clientes, seguimiento de equipajes perdidos, la información de procesos de atención al cliente, etc.

Por tanto, es evidente que los únicos elementos comunes en la prestación del servicio por la empresa saliente y la entrante son las herramientas informáticas que proporciona el cliente, sin que se haya transmitido el resto de equipamientos, razones que llevan a considerar que en el caso enjuiciado no concurren los requisitos establecidos en el artículo 44 del ET, y, en consecuencia, la nueva empresa adjudicataria del servicio no tiene la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de los demandantes, ya que en este tipo de actividad, la plantilla únicamente y por sí sola, no es un elemento esencial, sino que lo son, en su totalidad, los equipos informáticos de hardware y software o de telefonía. Además tampoco se habría acreditado ni el número de personas que prestaban el servicio ni la calidad de los mismos, a los efectos de valorar si el elemento personal era lo esencial en la transmisión, y todo ello sin perjuicio de que el artículo 18 del convenio colectivo de aplicación no establece una subrogación obligatoria, sino un mero compromiso de preferencia en la contratación, previa a una selección para la formación de la nueva plantilla». **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2001, IL J 88/2012.**

C) Sucesión de contratos 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 transmisión de empresa a la sucesión de contratos, 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. En este sentido, cabe afirmar que 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. Esta circunstancia ha permitido eludir las obligaciones subrogatorias en los supuestos en los que el empresario saliente se encontraba vinculado a convenios que no preveían expresamente dicha imposición. En los casos que nos ocupan en este apartado, la doctrina judicial en la materia parece alterarse de alguna manera. Aunque no aparece expresamente citado, sobrevuela el temor de que se utilice en perjuicio de los trabajadores discapacitados una normativa cuyo objetivo es promocionar la contratación de las personas que forman parte de dicho colectivo, lo que podría suponer un comporta-

miento lesivo de lo preceptuado en el art. 14 CE. En concreto, la STS de 4 de octubre de 2011, u.d., IL J 1434, considera obligada la subrogación de la entrante por aplicación del convenio colectivo de empresas de limpieza, y ello, a pesar de que se trate de un Centro Especial de Empleo y por tanto, no le resulte en principio aplicable lo dispuesto en dicha norma convencional. Queda de alguna manera abierta la posibilidad de que dicha tesis sea igualmente extendida a empresas afectadas por convenios colectivos sectoriales de diferente ámbito que no prevean la obligación de subrogación, aunque para confirmar esta tendencia es preciso esperar a posteriores pronunciamientos.

«1. En el caso ahora enjuiciado concurren similares presupuestos fácticos y jurídicos que lleva a aplicar la misma solución. En el art. 3 del Convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de la provincia de Pontevedra (2008-2010) (BOPP 29-04-2009), establece, al fijar su ámbito funcional, que regulará las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, oficinas, así como todos los elementos estructurales y mobiliarios que los componen y las dependencias de transporte terrestre, aéreo y marítimo, así como cualquier otra actividad que fundamentalmente consista en limpieza. Por su parte, en el art. 17 del referido Convenio, sobre la adscripción de personal, se preceptúa al término de una concesión de una contrata de limpieza, los trabajadores de la empresa contratista saliente (en las condiciones que luego detalla), pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones.

2. Se establece, por tanto, una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza.

3. Así acontece en el presente supuesto, en relación con el invocado XII Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 27-06-2006), en especial de sus arts. 1 a 4, 27, 31, 89 a 91, 100, 101 y 107. Su ámbito funcional se circunscribe a *«todas las empresas y centros de trabajo que tienen por objeto la atención, diagnóstico, rehabilitación, formación, educación, promoción e integración laboral de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial así como las asociaciones e instituciones constituidas con esa finalidad»*. En dichos preceptos no aparece tampoco la posibilidad de que las empresas encuadradas en el mismo se dediquen a limpiezas externas, no figura la categoría profesional de limpiador y la actividad debe desarrollarse en centros asistenciales, en centros especiales de empleo o en centros educativos.

4. En definitiva, si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de limpieza». **STS de 4 de octubre de 2011**, u.d., IL J 1434/2011.

En sentido similar, aunque enfatizando los aspectos relacionados con el carácter indirectamente discriminatorio de la decisión empresarial, la STSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, IL J 189, plantea la obligación de los empresarios de ofrecer un trato similar a los trabajadores afectados por un proceso de cambio de contratas, independientemente del tipo de relación especial o ordinaria y de la naturaleza de las empresas afectadas.

«Pues bien, la cuestión está resuelta por la doctrina unificada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2010 (RCUD 806/2010), puesto que, aunque trate un supuesto inverso al que nos ocupa (trabajadores de una empresa ordinaria que pretenden la subrogación cuando la contrata pasa a un centro especial de empleo), establece un criterio de igualdad que también ha de proyectarse al supuesto inverso, esto es, trabajadores de un centro especial de empleo que pretenden la subrogación cuando la contrata pasa a una empresa ordinaria, como es aquí el caso. El Tribunal Supremo nos dice, en primer lugar, que si la actividad desarrollada por el centro especial de empleo a través de sus trabajadores discapacitados es de limpieza, dichas relaciones laborales se encuentran regidas por el convenio colectivo de limpieza, sin que la aplicación del mismo pueda excluirse por el hecho de tratarse de relación laboral especial de discapacitados en centros especiales de empleo.

Es más, incluso si el convenio colectivo de limpieza llegase a excluir a los discapacitados, ello sería, a juicio de esta Sala de Castilla y León, contrario al derecho constitucional de igualdad.

Por otro lado el Tribunal Supremo recuerda la doctrina constitucional resultante, por ejemplo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007 que razona que la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé. La prohibición del artículo 14 de la Constitución comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo. Recuerda el Tribunal Supremo también que en el artículo 6-2.º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre se dice que se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios. Y por tanto si lo perseguido por el Convenio Colectivo de Limpieza en su artículo 65 es la estabilidad de los trabajadores, un fin cuya legitimidad resulta indiscutible, no se puede introducir una distinción basada en su condición física o psíquica. A idéntica conclusión cabe llegar tras la lectura de los artículos 37, 37 bis y 38.2 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril y con total claridad, del artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal”». STSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, IL J 189/2012.

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

La Ley General de Seguridad Social contempla la imposición de un 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 (art. 123 LGSS). 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 contrata y subcontrata de la propia actividad 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, se discute si lo que corresponde es la condena solidaria a ambos empresarios, principal y contratista, o bien 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 Galicia de 13 de octubre de 2011, IL J 95, que declara responsable del recargo de las prestaciones por faltas de medidas de seguridad solidariamente a ambos empresarios, por considerar que el incumplimiento de las obligaciones preventivas y de vigilancia afectan a ambos, uno por ordenar y otro por permitir que un trabajador contratado para realizar labores de soldadura, y por tanto sin la formación adecuada, realizase tareas de limpieza y reparación de una maquinaria. El hecho de que el trabajador sufriese determinadas discapacidades físicas e intelectuales puede servir como elemento acreditativo de una exagerada falta de observancia de los deberes de vigilancia y protección por parte de los empresarios, aunque cabe plantearse si en otras condiciones el fallo hubiera sido contrario. En palabras del Tribunal:

«6. Y en el presente caso, partiendo de los hechos probados, cabe apreciar una falta de cumplimiento por parte de ambas empresas codemandadas a las normas que forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo, cuya observancia viene establecida por los citados arts. 40.2 de la CE, 4.2 d) y 19.1 del ET, 14 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, así como una actuación negligente o culposa generadora de la obligación de indemnizar (arts. 1101 y 1902 C.c.), pues el accidente se produjo a consecuencia de encargar a un trabajador, contratado como soldador —oficial de tercera, y sin la adecuada formación y experiencia—, la realización labores de limpieza y reparación de una cinta transportadora sobre la cual caían las cortezas previamente retiradas, consistiendo esas labores en proceder a nivelarla en marcha —porque se desencajaba— con un martillo

que introdujo bajo la banda de goma, lo que motivó, dada su falta de conocimientos y preparación para realizar estas labores, que resultase atrapado por su indumentaria de trabajo sufriendo importantes lesiones en su brazo derecho. Además, el trabajador padecía desde su nacimiento una hemiparesia izquierda que limitaba la movilidad del brazo y pierna izquierda, estando calificado como “border line” en cuanto a su capacidad intelectual, todo lo cual pone de manifiesto una nítida culpabilidad e infracción del deber de protección por parte de las empresas demandadas, al encargar una labor de evidente riesgo a un trabajador no preparado para ello y con claras limitaciones tanto de índole físico como intelectual, a quien no se suministró ni la formación necesaria ni la ropa adecuada para evitar un posible atrapamiento por su indumentaria de trabajo al encontrarse la máquina en movimiento. Incluso, la Inspección de Trabajo señala en su informe que la causa más probable del accidente fue la falta de parada de la máquina y su manipulación en marcha, lo que comporta también una transgresión de las normas de seguridad facilitadas por la contratista a la empresa Maplain S.L. para la que el trabajador prestaba servicios.

Esa actuación negligente o culposa, con infracción del deber de protección del trabajador, debe imputarse a ambas empresas codemandadas que han de responder solidariamente del daño causado, pues de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, en los casos de contrata de la misma actividad y en el centro de trabajo del empresario principal, se produce una responsabilidad solidaria derivada de ser todos ellos deudores de seguridad, por existir una obligación de vigilancia para el empresario principal que es extensible al contratista en relación con el subcontratista (STS Sala 1.ª de 22/7/94, Ar. 5525 y 26/5/89, Ar. 3888; STSJ de Galicia de 27 de julio de 1999 Recurso de suplicación n.º 3240/96), máxime en un supuesto como el presente en que la descrita actuación negligente o culposa alcanza, como ya se dijo, a las dos empresas intervinientes, al constar probado que el trabajador accidentado, pese a haber sido contratado para trabajos de fabricación de estructuras metálicas en la obra sita en Cella, Teruel, propiedad de Intamasa (hoy Utisa Tableros del Mediterráneo S.L.), recibió la orden de proceder a nivelar en marcha una máquina denominada “cinta de caída del tromer”, que era una cinta transportadora que frecuentemente se desencajaba y sobre la cual caían las cortezas previamente retiradas para ser transportadas, perteneciendo esta máquina a la actividad de la empresa principal Utisa Tableros del Mediterráneo, dedicada a la fabricación de aglomerado de madera, lo que acredita que el trabajo se desarrollaba bajo el control y la inspección de ambas que, además, percibían los frutos y consecuencias de ese trabajo. El hecho de que la producción del accidente haya tenido lugar dentro de la esfera de la responsabilidad de la contratista y subcontratista, en materia de seguridad e higiene, es lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a ambas empresas y a sus aseguradoras Allianz S.A. y Banco Vitalicio de España S.A. —dentro de los límites de cobertura de las respectivas pólizas—, 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 del incumplimiento culposos de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control (en este sentido las SSTS de 26 mayo 2005, RJ 2005\9702), citando la de 5 mayo 1999, RJ 1999\4705) y la de 18 de abril de 1992, RJ 4849). El recurso, por tanto, de la codemandada Utisa Tableros del Mediterráneo S.L. ha de ser desestimado». STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2011, IL J 95/2012.

4. CESIÓN ILEGAL

A) Diferencias con la contrata

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo a efectos de delimitación determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. A partir de esta doctrina, la STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011, IL J 1506, considera que se ha producido una cesión ilegal, bajo la apariencia de una contrata, en un supuesto de sucesivas contrataciones con distintas empresas para prestar servicios como trabajadora social para la Consejería de Cultura, Educación y Deportes. El Tribunal entiende que las empresas adjudicatarias no pusieron en práctica su organización, realizando un mero papel interpositorio prohibido por la norma laboral, no siendo relevante el hecho de que se trate de empresas no ficticias con actividades reales.

«La actora, Dña Almudena, forma parte del colectivo de trabajadores que venían prestando servicios en Centros Educativos de Atención Preferente al amparo de la Orden de 27 abril 2001 (BOC 11 mayo 2011), y que con su derogación por Orden de 7 junio 2010 han visto resuelta su relación.

En este concreto caso la trabajadora social ha prestado sus servicios en el IES Ramón Menéndez Pidal desde el 15 mayo 2007 en los sucesivos cursos escolares, primero con un contrato administrativo menor de servicios (15 mayo 2007 a 15 julio 2007), y le siguieron varios contratos laborales con empresas “adjudicatarias del servicio”. El 1 octubre 2010 la Dirección del Centro le comunica que no volvería a ser contratada. (...)

Esta Sala se ha pronunciado acerca de la relación de los trabajadores sociales contratados para la prestación de servicios profesionales en el ámbito de la Orden de 27 abril 2001 (BOC 11 mayo 2001), por la que se establece el marco para determinar Centros Educativos de Atención Preferente y se regula la compensación educativa frente a desigualdades derivadas de factores socio económicos y culturales, entre otras en sentencias de 29 octubre 2008 (rec. 910/2007) y 22 diciembre 2008 (rec. 846/2007). Frente a la postura de la Administración que sostenía que las tareas desempeñadas por aquellos profesionales no eran habituales y ordinarias del personal que presta servicios en los Centros docentes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, ni eran funciones propias de la Consejería, sino integradas en un proyecto concreto, ni eran permanentes pues no siempre se tienen que dar en los centros acogidos al Programa de Atención Preferente, variando en función de las necesidades del Centro y del proyecto y plan de trabajo aprobado para cada curso, la Sala entendió que ni era acorde con la realidad de los hechos ni con el espíritu que anima la Orden de 27 abril 2001 —lograr la transformación integral de los centros educativos compensando las evidentes desigualdades que afectan al ejercicio del derecho a la educación de importantes núcleos de población— ni con el conocimiento que en ella se hace a la incorporación a la “red ordinaria de nuestro Sistema Educativo” de las acciones para compensar desigualdades.

La Sala comparte y hace suyos los acertados razonamientos de la Juzgadora sobre el recurso a la contratación administrativa en el caso que nos ocupa, que, con cita de la sentencia de esta Sala de 16 febrero 2007 (rec. 1301/2006) y de las SSTs 20 junio 2007 (Rj. 2007/6829) y 17 octubre 2006/7747, entre otras, resalta, que entre una relación administrativa y otra de carácter laboral no existen diferencias sustanciales, la prestación puede ser de análoga naturaleza, la Administración puede indistintamente escoger entre un tipo de contratación u otro pero siempre en esa elección habrá de atenerse a las normas que amparen los dos tipos de contratos, no pudiendo la Administración simular un contrato administrativo específico cuando la prestación de servicios del contratado sea ordinaria y habitual, sujeta a horario, dependiente de sus superiores, sin autonomía, simplemente para eludir la normativa laboral, como ocurrió en el supuesto contemplado en el que la trabajadora fue contratada bajo la formalidad administrativa cuando lo que de ella se pedía no era un resultado sino el desarrollo de una actividad laboral, determinando la naturaleza laboral de la relación». **STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2011**, IL J 1506/2011.

5. 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» (art. 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de las modificaciones normativas en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales.

El TSJ de Galicia aborda un supuesto relativo a las reestructuraciones del sector naval en dicha Comunidad Autónoma, en el que se produce la liquidación de una Sociedad y la posterior creación de una nueva sociedad, con parte de los activos de la precedente. La sentencia entiende que se ha producido transmisión de empresa, señalando probado el traspaso de elementos patrimoniales y personales relevantes hábiles para desarrollar una actividad económica, tal como exige el art. 44 ET.

«Finalmente, y con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte la infracción, por aplicación indebida, del artículo 44.1, 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en síntesis, que en un concreto momento se segrega una rama de actividad de Izar Construcciones Navales S.A., que pasa a otra empresa, entonces denominada New Izar, hoy Navantia S.A., no encontrándose entre el personal que pasa a esta última el causante, que, en consecuencia, nunca prestó servicios para la misma, faltando los requisitos de transmisión de empresa y de cambio de empresario para que se produzca la sucesión empresarial y la correspondiente responsabilidad empresarial. (...)

4. Lo cierto es que las empresas codemandadas no prueban los extremos que afirman y se limitan a calificarlos de hechos públicos y notorios; y de la única prueba practicada, que consiste en las escrituras notariales relativas a los cambios societarios habidos se constata

que la empresa NEW IZAR SLU que luego pasó a ser NAVANTIA SA —dato no discutido por las recurrentes— tuvo por única socia a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SA quien como tal, aporta la rama de actividad militar y dentro de ella, la Factoría o Centro de Ferrol. Que dicha aportación lo es, además, en los términos aludidos por el Magistrado de Instancia, esto es, instalaciones, existencias, instrumentos de trabajo, mobiliario y demás elementos directa o indirectamente afectos a la explotación de la actividad transmitida y el cual constituye un conjunto económico capaz de funcionar por sus propios medios. Que por lo tanto la actual NAVANTIA SA ha sucedido en dicha actividad económica en el sentido definido por la Directiva 2003/23 y del artículo 44 ET (que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio) a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SA y en dicha actividad económica o rama de actividad estaba integrado el actor. El hecho de que parte de los trabajadores del centro de trabajo de Ferrol, que se transmitió, no pasaran a la empresa NEW IZAR SLU —que luego pasó a ser NAVANTIA SA— no puede impedir la consideración de sucesión empresarial toda vez que, de entrada, no consta cuántos trabajadores en esas circunstancias (de 52 años o mayores) permanecieron en IZAR CN SA EN LIQUIDACIÓN, pero lo que queda claro es que, *a sensu contrario*, el resto sí pasó a formar parte de la nueva empresa y ese traspaso de personal, que —evidentemente— ha debido ser relevante, junto con el traspaso de medios materiales, conduce a la existencia de una real y objetiva sucesión empresarial siendo en la actualidad NAVANTIA SA quien explota la factoría de Ferrol; de modo que, cabe concluir, que sí podemos hablar de una sucesión empresarial entre las empresas codemandadas». **STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2011**, IL J 93/2012.

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2011**, IL J 86/2012, entiende aplicable el art. 44 ET en un supuesto de venta de buques entre empresas, incluso cuando, como sucede en el supuesto que nos ocupa, la empresa compradora no tiene la intención de continuar con la explotación de la actividad de transporte marítimo.

«En contra de lo que dice “Confidence” en su recurso, no podemos aceptar que la compra de los buques que una naviera efectúa a otra no suponga la transmisión de una unidad productiva autónoma susceptible de explotación empresarial en los términos previstos en el art. 44.2 ET.

No ofrece duda al respecto la doctrina que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio 1990 (RJ 1990\6105), cuando manifiesta:

“El buque en el que el demandante ha prestado sus servicios como capitán y al que ha estado adscrito hasta que el contrato se terminó a su petición, fue objeto de sucesivos cambios de titularidad, el último en favor de la empresa recurrente, que lo adquirió en subasta pública tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cartagena.

Estos cambios de titularidad, al afectar a la unidad productiva autónoma que constituye el buque, implican la subrogación del adquirente en las obligaciones laborales del anterior empresario, sin que esta subrogación que el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores impone, pueda quedar sin efecto por la circunstancia de que no ostente el adquirente la condición de empresario o naviero, ni por ser su voluntad de no continuar la explotación, dado que aquella condición y esta obligación derivan del hecho de la adquisición de esa unidad productiva autónoma”». **STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2011**, IL J 86/2012.

B) Obligación de reclamar por despido contra la empresa entrante

En el mismo supuesto más arriba comentado, la sentencia no se cierra con la extensión de la responsabilidad a la sociedad que adquiere los buques por las obligaciones contraídas por el empresario cedente. Y esto, porque tal como establecen los hechos probados, los actores permanecieron en la empresa cedente tras la transmisión, no habiendo reclamado en dicho momento por despido contra la empresa cesionaria. En concreto, la demanda se formula inicialmente por extinción contractual amparada en el art. 50.1 ET, contra el empresario cedente por impago de salarios y falta de ocupación efectiva. Con posterioridad, la empresa cedente les notificó su despido objetivo, que fue igualmente impugnado por los trabajadores, mediante demanda dirigida esta vez no sólo contra aquella sino también contra la cedente. A juicio del Tribunal, la demanda por despido debió ejercitarse en el momento de la transmisión, no habiéndose formalizado en dicho momento, no resultan aplicables las consecuencias previstas en el art. 44.3 ET, por más que se haya producido el supuesto previsto en el apartado primero de dicho precepto.

«Ahora bien, el hecho de que “Transatlántica” vendiera dos buques a “Confidence” no supone necesariamente que ésta deba hacerse responsable de las obligaciones derivadas de la extinción contractual por incumplimiento empresarial que los trabajadores imputan a “Transatlántica” y el despido acordado por esa misma empresa, pues para ello se deben considerar otros aspectos, cuales son el momento en que han reclamado la aplicación del art. 44.1 ET. (...)

La crítica que se dirige a la sentencia de instancia, en cuanto a la falta de coherencia que se ha indicado respecto a la condena solidaria de “Transtlántica” y “Confidence”, por incumplimientos por parte de la primera determinantes de extinción contractual y posterior despido, parece difícilmente rebatible. Ciertamente, si los actores comienzan el proceso mediante demanda de extinción contractual basada en los incumplimientos de “Transtlántica” como empleadora, no parece fácilmente aceptable que pueda decirse en sentencia que esa empresa no era la empleadora de los actores, al haber sido sucedida por otra, “Confidence”, en 30/9/09, pese a lo cual recae sentencia de fecha 30/6/10 extinguiendo la relación laboral por los incumplimientos de “Transtlántica”, pero con condena solidaria de las dos empresas citadas.

Una condena de estas características no es posible, tal como dice con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre 2007 (RCUD 2891/2006), con esta doctrina. (...)

Por lo tanto, la conclusión razonable es entender que, si los actores no accionaron en tiempo y forma por despido contra los adquirentes de los buques, fue porque decidieron mantener su vinculación con “Transtlántica”, tras haber sido informados por el representante de personal. Partiendo de este presupuesto tiene lógica que planteasen contra “Transtlántica” demandas de extinción contractual y de despido, que de otra forma no se comprenden, pues mal puede admitirse que se pida la extinción de unos contratos frente a una empresa que no se considera la empleadora, sobre la base de que ha sido sucedida por otras.

En definitiva, comoquiera que los actores conocieron la transmisión de sus buques y no reclamaron su por la adquirente, negociando, a través de su delegado de personal, su cambio de centro de trabajo en “Transtlántica”, hemos de entender que hubo un acuerdo entre ambas partes sobre este punto, conclusión que se ratifica porque, si “Transtlántica” hubiese perdido la condición de empleadora de los trabajadores por haberla adquirido “Confiden-

ce”, no hubiera procedido al despido de aquéllos, ni éste podría declararse improcedente, puesto que la empresa autora de tal decisión no podría considerarse empleadora, y, por lo demás, es indudable que el único despido que puede enjuiciar la Sala es el acordado en la comunicación de “Tranatlántica” de 25/2/10, no el hipotético despido tácito a cargo de “Confidence” y, después, por subrogación, de “Gema” y “Rocío”, porque tal despido tácito no es el objeto de la demanda de los actores». **STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2011**, IL J 86/2012.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ