

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATAS.
 - A) **Diferencias con la cesión ilegal.**
 - B) **Concepto de «propia actividad».**
 - C) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
 - D) **Sucesión de contratas y sucesión de empresa.**
 3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
 - A) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
 4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
 - B) **Ejercicio del derecho de opción: mientras subsista la cesión.**
 5. SUCESIÓN DE EMPRESA.
 - A) **Elementos que delimitan el supuesto de hecho.**
 - B) **Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.**
 - C) **Subrogación convencional: cómputo de la antigüedad.**
-

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 3 y 4 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 307 a J 619) 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 están indicadas con la abreviatura «u.d.»

2. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 4.A).

B) Concepto de «propia actividad»

A la hora de pronunciarse acerca de la responsabilidad de la empresa principal de las consecuencias derivadas de un despido, la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010**, IL J 436, a la que nos referiremos con más detenimiento en el apartado 4.A) de esta crónica, reitera la tesis jurisprudencial que entiende que la actividad de construcción no puede considerarse «propia actividad» de una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria.

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

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas núms. 37, 39, 42 y 43), la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de ellas. En el caso específico del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, el artículo 123.2 LGSS hace recaer esa responsabilidad en el «empresario infractor», expresión genérica pero precisa que, para el supuesto de las contrataciones de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. A uno de estos supuestos se refiere la **STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010**, IL J 387, en la que la empresa subcontratista y empleadora del trabajador accidentado recurre en suplicación frente a la sentencia de instancia. En ella el Juzgado de lo Social desestimaba la demanda interpuesta por la empresa subcontratista frente a la resolución de la Dirección Provincial del INSS que confirmaba el recargo de prestaciones impuesto a las empresas contratistas y subcontratistas. Dado que los motivos del recurso se centran en cuestiones de carácter formal o conectadas con materias que no corresponden a esta crónica, simplemente dejamos apuntada la existencia del pronunciamiento en el que se viene a confirmar la existencia de responsabilidad solidaria de contratista y subcontratista por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 5.B).

3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

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

La **STSJ de Castilla y León de 10 de marzo de 2010**, IL J 601, resuelve el recurso de suplicación de Tuconsa frente a la sentencia de instancia que desestima su demanda y confirma la resolución del INSS por la que se le imponía un recargo del 30% en las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por don Justiniano. El trabajador, contratado por la entidad Nortempo ETT S.L. con la categoría de peón, sufrió un accidente cuando prestaba servicios para la empresa usuaria Tuconsa, dedicada a la actividad de construcción. Los motivos alegados en el recurso en relación a la infracción del artículo 123 LGSS no se basan en aspectos ligados a la determinación del sujeto responsable del recargo, que es el que corresponde analizar en este apartado de la crónica, por lo que nos limitamos a dejar constancia de la existencia del pronunciamiento judicial y de su alcance en lo que a la concreción de «empresario infractor» en el supuesto de hecho respecta.

4. CESIÓN ILEGAL

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

Como ya presagiamos en su momento y hemos indicado en anteriores crónicas, la modificación del artículo 43 ET y la inclusión de un nuevo apartado 2 en el que, recogiendo criterios jurisprudenciales previos, se tratan de perfilar las circunstancias determinantes de la existencia de la conducta interpositoria prohibida, no han servido para disminuir la litigiosidad en relación a esta cuestión. Buena prueba de ello es que en el período examinado la mayor parte de los pronunciamientos judiciales recaídos en nuestra temática aluden a cuestiones ligadas a la delimitación de cuándo estamos ante un supuesto de cesión ilegal de mano de obra y cuándo ante una lícita figura de descentralización productiva (**STS de 15 de marzo de 2010**, u.d., IL J 537; **STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010**, IL J 398; **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010**, IL J 436; **STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010**, IL J477). La cuestión principal es que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, hoy incluso consagrados normativamente, que indican la presencia de la figura prohibida, la dificultad reside en su proyección al caso concreto. La decisión sobre el particular debe venir presidida por un análisis preciso de las circunstancias que rodean la prestación de servicios del trabajador, de las relaciones efectivamente establecidas entre él y las empresas que figuran como comitente y contratista y de los derechos y obligaciones derivados del nexo contractual existente entre estas últimas (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010**, IL J 398).

Como la argumentación y razonamiento jurídicos de las diversas sentencias es muy similar, recogiendo la ya muy consolidada doctrina jurisprudencial, en parte hoy criterio

legal, sobre el particular, pasamos a exponerlos y resumirlos de forma conjunta. Así, se recuerda que:

- La premisa general es que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398).
- Lo que contempla la prohibición legal es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (artículo 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1.º) Un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. 2.º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3.º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398).
- No basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita, pues, rectificando criterios anteriores, el Tribunal Supremo ha señalado que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación del contratista en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398).
- Como en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular el acuerdo interpositorio se dificulta notablemente diferenciarla de la cesión ilegal. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios; el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva etc. (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398).
- La finalidad del artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le correspondan, evitando que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398).
- Únicamente se considerará que existe cesión ilegal cuando una empresa limite su actividad a ceder mano de obra a otra empresa, creando una apariencia de relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398; STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010, IL J 477).

La proyección de los anteriores criterios al caso de autos lleva a tres de los pronunciamientos analizados a estimar la inexistencia de cesión ilegal (STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398; STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010, IL J 477; STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010, IL J 436). Por su parte la STS de 15 de marzo de 2010, u.d., IL J 537, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por inexistencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, si bien podría apuntarse que en el caso de autos tanto la sentencia de instancia como la de suplicación apreciaron la existencia de cesión ilegal entre la empresa Atlas Servicios Empresariales, S.A. y Castellana Wagen, S.A. Entre los hechos probados destacan los siguientes: las dos empresas habían suscrito un contrato por el que Atlas se comprometía a realizar las actividades de lanzadera, azafatas de recepción y telefonistas de cita previa para Castellana, pactándose que la titularidad de los medios correspondía a la contratista que cedía su uso a la comitente. La supervisión y control del trabajo así como la impartición de órdenes a los operarios de los distintos servicios correspondía a Castellana Wagen, S.A.; ninguno de los trabajadores de Atlas llevaba nunca ropa distintiva de dicha empresa sino que vestían un uniforme proporcionado por Castellana, de cuya propiedad eran también todos los medios materiales precisos para el desarrollo del trabajo.

La STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010, IL J 436, no aprecia la existencia de cesión ilegal en el caso enjuiciado, en el que los trabajadores despedidos habían sido contratados por don Abelardo, constructor autónomo que era el contratista de albañilería de una obra propiedad de la empresa dedicada a la actividad de promoción inmobiliaria Starpol; Family, S.L. No se recogen en el pronunciamiento mayores detalles ni consideraciones dignas de reseñar sobre la cuestión aquí comentada.

Las circunstancias de hecho que llevan a la STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010, IL J 398, a declarar la inexistencia de cesión entre la empresa Eulen, S.A. y Renault España, S.A. y la presencia de una contrata real entre ellas en virtud de la cual la primera se comprometía a realizar las labores de limpieza y logística de la factoría de la segunda son las siguientes: la dirección y supervisión del trabajo del actor en la empresa Renault España, S.A. era realizada por jefes de equipo de Eulen, S.A. que acudía diariamente a la fábrica; Eulen, S.A. fijaba el horario y el período de vacaciones; los cursos de prevención de riesgos y formación los impartía Eulen, S.A. que, además, también proporcionaba la ropa y útiles de trabajo; Eulen, S.A. era la que organizaba el servicio de suministro de los elementos necesarios para la cadena de producción y la que remuneraba el trabajo. A todas estas circunstancias que evidencian la inexistencia de cesión ilegal, no obsta que la empresa Renault España, S.A. indique el material necesario para la cadena de montaje, «pues estas facultades organizativas y directivas son inherentes a la existencia de una contrata», ya que es «evidente que las directrices básicas para el desarrollo de la contrata es una competencia que corresponde a la empresa principal, resultando contrario a la lógica que para evitar una cesión ilegal de trabajadores la empresa contratista fuera la que organizara el trabajo de la empresa principal».

Tampoco aprecia la presencia del fenómeno interpositorio la STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010, IL J 477. Los hechos probados son los siguientes: la trabajadora demandante prestaba servicios para la empresa Open European Fleet S.A., estando destinada en la actividad de almacenaje del producto fabricado por Dupont, en virtud del

contrato por el que esta última empresa había encargado tal cometido a Open European Fleet S.A. Como consecuencia de la reducción de los servicios de almacenaje encargados a Open European Fleet S.A., la empresa extingue el contrato de la trabajadora por causas organizativas y productivas. Impugna la trabajadora la decisión extintiva, que es declarada procedente por el Juzgado de lo Social que niega, asimismo, la existencia de cesión ilegal a favor de Dupont alegada por la actora. Recurre en suplicación la trabajadora y el TSJ desestima el recurso, argumentando, por lo que la pretendida existencia de cesión ilegal concierne, que los trabajadores de Open no se confundían con los de la empresa principal, ni su prestación de servicios se efectuaba sin necesidad del ejercicio por Open de facultades directivas u organizativas. Por el contrario, razona el pronunciamiento, era Open la que ponía el programa propio de gestión, dirigía y daba instrucciones a los trabajadores destinados en la contrata y organizaba el servicio objeto de contratación, para lo cual se coordinaba con un representante de Dupont. Tampoco queda demostrado, concluye la Sala, que la reducción del personal de la contrata y su selección hubieran sido impuestos unilateralmente por Dupont.

B) Ejercicio del derecho de opción: mientras subsista la cesión

El artículo 43.4 ET reconoce al trabajador sometido a cesión ilegal el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, las condiciones y requisitos en que tal derecho debe ejercitarse han sido perfilados por la jurisprudencia, cuya doctrina nos recuerda la **STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2010**, IL J 316, señalando que la facultad que la norma reconoce al trabajador «ha de ejercitarse mientras subsista la cesión. Su aplicación requiere, pues, como requisito *sine qua non* que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra».

5. SUCESIÓN DE EMPRESA

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del artículo 44 ET y, más concretamente, la determinación de su presencia en el caso de autos, sigue siendo el principal foco de litigiosidad en materia de sucesión de empresa. Dos pronunciamientos recaídos en el período examinado aluden a esta cuestión, amén de los que comentaremos en el apartado siguiente. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2009**, IL J 322, analiza la eventual presencia del fenómeno subrogatorio en los supuestos de toma de posesión sucesiva de diversos notarios. En esta ocasión la demandante pretende que la antigüedad a tener en cuenta en relación a su despido sea la que se inicia con la prestación de la actividad laboral para el primer notario, y no con el último que adopta la decisión extintiva. La Sala, reiterando la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, señala que, sin poner en duda la condición de los notarios como empleadores sometidos al régimen laboral,

«ello no permite desconocer las especiales características y circunstancias que concurren en la Notaría, empresa *sui generis*, dado que, en razón de la función pública que tiene

encomendada su titular, no es susceptible de transmisión por negocio jurídico *inter vivos* ni *mortis causa*. Cada Notaría se crea o se suprime por decisión del poder público y se accede a ella sólo por nombramiento, también de la Autoridad del Estado, de acuerdo con las normas que regulan las oposiciones, concursos y traslados que no es necesario analizar. No existe un sustrato, material ni económicamente objetivable, que permanezca, ni mucho menos que se transmita, no ya por negocio jurídico entre el Notario cesante y el posteriormente nombrado, sino tampoco por ministerio de la ley, pues el protocolo no es un fondo propiedad de la Notaría ni del Notario, sino del Estado, bajo la custodia del fedatario, pero que, obviamente, como depositario, no puede ceder ni traspasar ni siquiera al nuevo titular de la Notaría, que se limita a asumir su custodia pudiendo, incluso, optar por solicitar de la Junta Directiva del Colegio que sea depositado en el archivo del Distrito».

Ahora bien, como recuerda el pronunciamiento en examen, lo anterior no impide que, si el convenio colectivo aplicable así lo dispone, el notario entrante deba suceder al anterior en la titularidad de los contratos laborales vigentes en el momento de producirse la vacante, en cuyo caso «es, pues, la voluntad colectiva reguladora de la relación laboral existente entre los Notarios y los Empleados de Notarías de toda la Andalucía Occidental la que establece una particular sucesión en la titularidad de las relaciones laborales existentes en cada una de las Oficinas Notariales de la Zona y es esta especial normativa y no la admisión de un fenómeno de sucesión empresarial, inexistente en todo caso, la que legitima ... el reconocimiento de la antigüedad laboral postulada...». En el caso enjuiciado, no obstante, no existía norma convencional que impusiera tal sucesión al notario, por lo que la Sala concluye que, al no existir sucesión empresarial en los términos del artículo 44 ET, el cálculo de la indemnización por despido sólo debía operarse con la antigüedad causada con el último notario que adoptó la decisión extintiva, y no la total generada desde el comienzo de prestación de servicios en la notaría.

La **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2010**, IL J 443, examina un supuesto de externalización del servicio de limpieza que el Colegio Mayor Juan XXIII realiza en favor de la empresa Gastronomic S.A. En tal situación, la trabajadora demandante que, con la categoría de limpiadora prestaba servicios para el Colegio, se opone a la subrogación operada por la última de las empresas mencionadas, alegando que no se ha producido la transmisión de una entidad económica formada por un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica y que si no existen tales medios no puede calificarse de sucesión de empresa la mera cesión de la actividad o la mera sucesión de plantilla. Frente a la sentencia de instancia que consideró la externalización del servicio realizada un supuesto lícito de sucesión empresarial, el pronunciamiento judicial que comentamos estimará el recurso de suplicación de la trabajadora, llegando a la conclusión de que la demandante mantiene el vínculo laboral con el Colegio Mayor Juan XXIII. La Sala, tras recordar la doctrina y hechos analizados en la jurisprudencia unificadora recaída en los supuestos de traspasos de trabajadores desde la empresa Iberia LAE a una segunda operadora como consecuencia de la liberalización del servicio de *handling*, señalará que en el caso enjuiciado no consta transmisión patrimonial alguna a favor de la nueva empresa; «lo único que se aprecia es la externalización de la actividad de limpieza y la subrogación de la plantilla de limpiadoras de modo que según la doctrina expuesta no es posible considerar que el supuesto enjuiciado se incardina en el artículo 44 ET».

Los razonamientos que llevan a la Sala a la anterior conclusión son los siguientes:

- Entiende que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa «es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una entidad económica» formada o estructurada por «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica». Dado que en el caso enjuiciado sólo se ha producido una cesión de la actividad de limpieza, «esta cesión, sin ir acompañada de la transmisión de otros elementos, no constituye ningún traspaso o sucesión de empresa».
- Y sobre la eventual aplicación al supuesto examinado de la doctrina sobre la sucesión de plantilla, se rechazará tal posibilidad habida cuenta de que «la asunción de la plantilla de limpiadoras por la empresa no es pacífica, pues de las tres trabajadoras subrogadas, dos de ellas han presentado demanda en la que han solicitado la nulidad de la cesión ... La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. Si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de “sucesión de plantilla”, es obvio que no existe una sucesión de empresa, y el cambio de empleador no es posible sin el consentimiento de la trabajadora».

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véase el apartado 4.B).

B) Sucesión de contratistas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

La STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2009, IL J 433, aborda un supuesto de sucesión en la condición de recaudador de zona de diversos titulares. Los trabajadores iniciaron la prestación de servicios con don Virgilio, recaudador de la zona de La Coruña y, tras su jubilación, lo hacen para don Isaac, en calidad de recaudador interino, y finalmente para don Modesto tras su nombramiento como recaudador de la zona. Este último requiere a los trabajadores para firmar nuevos contratos de trabajo en los que se alteran las condiciones de trabajo que venían disfrutando. Se da la circunstancia de que el nuevo titular de la recaudación alquiló para ello un local distinto y nuevo material de oficina y equipos informáticos. Demanda los trabajadores afectados exigiendo que se declare su derecho a continuar la prestación laboral con don Modesto en las mismas condiciones laborales que venían disfrutando con el anterior recaudador y la sentencia de instancia, incluyendo el supuesto de autos dentro de lo que denomina «sucesión de concesiones administrativas», estima su demanda. Recurre en suplicación don Modesto, considerando el Tribunal Superior de Justicia ajustada a derecho la resolución impugnada. El recurrente alega infracción de la normativa reguladora de la organización recaudatoria de la Xunta de Galicia y el Estatuto de los recaudadores de zona, así como de la Orden de convocatoria del proceso de selección para el nombramiento de recaudador de la zona de La Coruña y del artículo 44 ET. La Sala rechazará tales censuras jurídicas partiendo de las siguientes premisas: de la interpretación conjunta de la Orden de convocatoria de la plaza y del Decreto regulador de la organización recaudatoria de la Xunta se desprende que el nuevo recaudador debe «asumir» al personal que prestaba servicios para el anterior titular de la plaza; asunción

que, a juicio de la Sala, «ha de comprender no sólo el mantenimiento del puesto de trabajo, sino que esa “asunción” dentro de la continuidad (de la función recaudatoria) se entiende que ha de serlo en las mismas condiciones que las que venían disfrutando»; en virtud de lo anterior, procede el pronunciamiento en examen a analizar si concurren los requisitos exigidos por el artículo 44 ET para que exista una sucesión de empresa. Tras repasar la jurisprudencia comunitaria sobre el particular, se llegará a la conclusión de que

«en el presente supuesto existe transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una actividad relativa a la recaudación, la actividad desarrollada por los empleadores sucedido y sucesor es la misma, al igual que los mismos métodos de organización y procedimiento pues si bien es cierto que el nuevo recaudador adquiere nuevo material mobiliario e informático, manteniendo los expedientes y aplicación informática titularidad de la Xunta, son precisamente los expedientes (el que sucede continúa con los expedientes iniciados por el que cesa) y tal aplicación informática, la que permite desarrollar la actividad en la que se basa la recaudación, actividad que descansa fundamentalmente en el trabajo desempeñado por el personal colaborador de recaudación asumido en su totalidad, por el nuevo recaudador, por lo cual hemos de concluir necesariamente que se produce la situación prevista en el artículo 44 ET».

Diversa es la conclusión a la que llega la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de febrero de 2010, IL J 523, en un caso de sucesión de contratistas de limpieza. En esta ocasión la sentencia de instancia estima parcialmente la demanda del trabajador, declara improcedente su despido y condena a la empresa saliente a estar y pasar por tal declaración. Recurre en suplicación la citada empresa alegando dos motivos diversos. Uno inicial, ligado al eventual incumplimiento por la sentencia de instancia de lo previsto en la norma convencional aplicable en materia de subrogación por la nueva adjudicataria en las relaciones laborales de la anterior contratista. Rechaza este motivo la Sala y, manteniendo la misma tesis de la resolución impugnada, afirmará que al no haber cumplido la empresa saliente los requisitos formales de comunicación a la nueva adjudicataria previstos en la normativa convencional y ser la relación del trabajador de carácter indefinido, existe un despido del que debe responder en exclusiva la empresa saliente. De conformidad con el segundo motivo alegado, lo que se habría producido en el caso de autos es una auténtica sucesión empresarial del artículo 44 ET, en virtud de la cual la empresa entrante debía asumir de manera obligada al personal de la saliente, al margen de lo establecido en convenio colectivo. Y es aquí donde la Sala, tras recordar lo establecido en la STJCE de 11 de marzo de 1997, Süzen, llega a la conclusión de que la doctrina que sienta el mencionado pronunciamiento del TJCE «es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de “entidad económica”». Así las cosas, la proyección de tal criterio al caso de autos, conduce a la sentencia en examen a desestimar el recurso de suplicación al entender que ni la sentencia de instancia ni la parte recurrente recogen ni aportan datos suficientes relativos al servicio rescindido con una empresa y contratado con otra, a cuántos trabajadores de la empresa saliente ha contratado la entrante, o a qué elementos materiales se precisan para el desarrollo del servicio en cuestión, por lo que «no puede determinarse si se produce aquella transmisión de activos materiales significativos o de una parte importante de la plantilla

que conforme a la jurisprudencia en la materia podrían fundar la existencia de una sucesión empresarial del artículo 44 ET, que a su vez suscitaría el problema relativo a la conexión de tal circunstancia con la vigencia del convenio aplicable. Y en consecuencia debe concluirse la aplicación de los preceptos convencionales en cuya virtud y como ya se ha expuesto, no puede imponer la subrogación a la empresa entrante, quedando sólo obligada a responder de las consecuencias del despido producido la empresa recurrente».

C) Subrogación convencional: cómputo de la antigüedad

Ya nos hemos referido en bastantes ocasiones a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, planteó el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La doctrina unificada del Tribunal Supremo ya dejó sentado que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa como consecuencia de aquella operación liberalizadora no constituía un supuesto de transmisión de empresa de los previstos en el artículo 44 ET, dado que no hubo entrega de infraestructura empresarial de un concesionario a otro, sino una subrogación impuesta por el pliego de condiciones de la concesión administrativa. Y es en este marco y contexto donde se sitúa la **STS de 9 de febrero de 2010**, u.d., IL J 344, en la que la trabajadora demandante solicita que tras su cese en la empresa Ineuropa Handling UTE y posterior pase por subrogación a Acciona Airport Services SAU Pasarela Barajas UTE se le respete a efectos de antigüedad el tiempo de prestación de servicios para la primera. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación estiman la demanda e interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina por la empresa Acciona, el Tribunal Supremo lo desestimará. El debate se centrará en determinar si de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable cabe deducir tal derecho, pues previamente el Alto Tribunal dejará claro que «el régimen de la subrogación no es aquí el que deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a partir de una transmisión de empresa, que tampoco se ha alegado, ni puede en principio apreciarse ni en su delimitación legal en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni en la modalidad de sucesión en la actividad con asunción de plantilla, que esta Sala ha aceptado en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como puede verse en nuestras Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004». En estos términos, y tras un análisis detallado del complejo régimen que en materia de derechos económicos fija el convenio colectivo aplicable (I Convenio Colectivo General del sector de servicio de asistencia en tierra en aeropuertos), la sentencia en examen llegará a la conclusión de que «la limitación del cómputo de la antigüedad real sólo podría surgir de un pronunciamiento del convenio en ese sentido; pronunciamiento que no se contiene en la regulación convencional examinada».

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO