

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Ámbito del procedimiento de consultas en supuestos de despidos colectivos.**
 3. CONTRATAS.
 - A) **Concepto de propia actividad.**
 - B) **Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**
 - C) **Extinción del contrato de trabajo por finalización de la contrata: aplicación de los requisitos previstos en el convenio colectivo.**
 - D) **Sucesión de contratas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla.**
 - E) **Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: aplicación del Convenio de Limpieza a trabajadores con relación especial.**
 - F) **Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: incumplimiento de las obligaciones de información entre empresas contratistas.**
 4. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Diferencia con la contrata.**
 - B) **Momento procesal oportuno para ejercitar la acción electiva de fijeza.**
 - C) **Ejecución de la sentencia de cesión ilegal: debe realizarse aunque en el momento de su petición se haya extinguido la relación laboral.**
 5. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) **Concepto de transmisión.**
 - B) **Inexistencia de sucesión de empresa por mera adquisición de inmueble en subasta judicial.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional

y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 3 de 2013 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1/2013 a J 327/2013) 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) **Ámbito del procedimiento de consultas en supuestos de despido colectivo**

El artículo 51.2 del ET impone al empresario la celebración de un periodo de consultas de una duración no superior a treinta días naturales, que será de un máximo de quince para empresas que empleen a menos de cincuenta trabajadores, con la representación de los trabajadores. El precepto no se refiere de forma expresa al ámbito en el que deben producirse estas consultas, si bien de manera reiterada toma como referencia la empresa como destinataria de las obligaciones, o se refiere a los representantes legales de los trabajadores en la empresa como parte del proceso de consulta. En desarrollo de la regulación estatutaria, el artículo 6.2 del Reglamento sobre despidos colectivos, suspensiones de contrato y reducciones de jornada, aprobado por RD 1483/2012, parece dejar en manos del empresario la elección del ámbito de la consulta, cuando obliga a éste en el escrito de comunicación a la autoridad laboral del inicio del procedimiento a detallar, en caso de que los despidos afecten a trabajadores de distintos centros de trabajo, si la negociación del expediente se llevará a cabo de forma global o individualizada. Esta primera conclusión cobra fuerza si se tiene en cuenta que la anterior versión de dicha norma reglamentaria, aprobada por RD 801/2011, reconocía legitimación preferente para dichas supuestos al Comité Intercentros (art. 4.1), previsión que ha desaparecido en la norma actualmente vigente. A pesar de lo dicho, resulta difícil asumir que el legislador haya querido facultar al empresario de manera exclusiva para decidir el ámbito de la consulta en tan relevantes supuestos, sin tener en cuenta la existencia o no de unidades consolidadas de consultas previstas en convenio colectivo.

Sea como fuere, la realidad empresarial en nuestro país obliga a plantearse escenarios más complejos a los que el legislador laboral hasta la fecha no ha dado una respuesta unitaria y satisfactoria, como es el caso de los grupos de empresa, para los que tampoco existe una regulación específica que permita conocer el ámbito en el que deben desarrollarse las consultas. Es por ello que, ante una decisión de reorganización empresarial que incluye despidos colectivos que afectan a los trabajadores que prestan servicio para distintas empresas que forman parte de un grupo de empresas, cabe plantearse distintas posibilidades. De un lado, cabe la opción de exigir que, atendiendo a la diferente personalidad jurídica de cada una de las empresas afectadas, las consultas se desarrollen de forma par-

cial o diferenciada en cada una de éstas; de otro, atendiendo a los vínculos operacionales que configuran el grupo de empresas, cabe plantear la conveniencia de realizar un único proceso de consultas que permita analizar la realidad empresarial en su conjunto y, en consecuencia, adoptar soluciones igualmente globales. Sin olvidar terceras opciones, que diferenciarían la opción por el ámbito empresarial o por el ámbito grupal según diversas circunstancias, entre ellas por ejemplo el carácter más o menos real, más o menos ficticio, desde el punto de vista laboral del correspondiente grupo. Como se viene diciendo, nada establece de manera específica el legislador para estos supuestos, salvo la referencia incluida en el art. 51.8 ET que tiene por objeto focalizar en el empresario promotor de la medida las responsabilidades de información y documentación, incluso en el supuesto de que, en el caso de grupos de empresa, la dirección central no le hubiese facilitado tales datos, como fórmula de evitar la elusión de las obligaciones normativas en la materia, por la vía de igualar el ámbito de imputación de responsabilidades y facultades de decisión en materia de despidos colectivos. En el mismo sentido, el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, obliga a la empresa promotora de la medida a informar sobre la situación de todas las empresas que forman parte de un grupo (art. 4.5) y obliga a considerar la posibilidad de emplear a los trabajadores afectados por el expediente en la propia empresa o en otras empresas del grupo del que forme parte (art. 8.1). De esta forma, de la interpretación literal de la normativa aplicable al caso no cabe inferir la participación de la dirección central de la empresa o de todas las empresas que forman parte de un grupo en las consultas, antes bien, parece intuirse que conforme a la norma reglamentaria las consultas deben desarrollarse en el ámbito, con carácter exclusivo, de la empresa que promueve la decisión de extinguir los contratos de los trabajadores que para ella prestan servicios. Distintos argumentos de orden práctico pueden aconsejar una regulación diversa, pues resulta algo obvio que la centralización del proceso de consultas evita la reproducción de procesos a nivel de empresas y centros de trabajo, permite desplegar una visión unitaria de los problemas y las posibles soluciones alternativas a la reducción del volumen de empleo, facilita el conocimiento de los problemas que debe afrontar la empresa y permite el acceso de la representación de los trabajadores a los órganos de la dirección de la empresa a los que en última instancia corresponde adoptar las decisiones que deben ser objeto de consulta.

La SAN de 25 de febrero de 2013, IL J 235 aborda esta cuestión, resultando igualmente interesantes tanto las reflexiones realizadas por el órgano judicial *obiter dicta*, como las que conducen a la resolución del litigio. De un lado, la sentencia estima que el proceso de consultas debe realizarse a nivel de grupo de empresas porque en el supuesto examinado se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para determinar la existencia de un grupo de empresas patológico desde el punto de vista laboral, es decir cuando se presenta una situación de grupo ficticio desde el punto de vista laboral:

«Se ha probado, por lo demás, que existe unidad de dirección entre las empresas del grupo, quienes comparten una dirección productiva única, que es la que distribuye los pedidos entre las diferentes mercantiles, que no compiten entre sí, acreditando, de este modo, una unidad económica efectiva, en la que concurre una clara confusión patrimonial, comprobada por la existencia de caja única, así como cierta rotación entre las empresas del grupo, que han usado, al menos en algunas ocasiones, servicios de empleados retribuidos por otras empresas del grupo.

Concurren, por consiguiente, los rasgos de fuerza, caracterizadores del grupo de empresas patológico, por lo que descartamos de plano la nulidad solicitada, porque se haya negociado globalmente por las empresas del grupo» (SAN de 25 de febrero de 2013, IL J 235).

De otro lado, y ya al margen de la resolución del conflicto planteado, el órgano judicial rechaza la posibilidad de desarrollar las consultas para el conjunto del grupo de empresas cuando no sea posible acreditar dichos requisitos, esto es cuando el expediente afecte a un grupo mercantil de empresas, aunque muestra su conformidad con una eventual reforma normativa que en el futuro permitiese centralizar las consultas evitando la reiteración de procesos de consulta a nivel de empresa:

«A nuestro juicio, no es posible que el grupo de empresa mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecte globalmente a las empresas del grupo, porque dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa, aunque la decisión se haya tomado, como es natural, por la empresa dominante. Queremos precisar, no obstante, que la obligada tramitación plural des despídos colectivos, decisión por la empresa dominante, mediante periodos de consulta en cada empresa, no es satisfactoria, por cuanto el interlocutor real, para que el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines, es la empresa dominante y no las empresas dominadas, quienes están sometidas a las decisiones de la primera, con la que consolidan cuentas y aunque sea cierto que la consolidación de cuentas no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico, a tenor de lo dispuesto en el art. 42.2 C.Co., lo que podría dar lugar a resultados negativos en el grupo y positivos en alguna o algunas de sus sociedades, no es menos cierto que dichas cuentas estarán determinadas totalmente por decisiones de la sociedad dominante que, al disponer de las claves sobre el futuro de cualquiera de las empresas del grupo, debería ser el interlocutor natural en el periodo de consultas, lo que debería considerarse, en nuestra opinión, en futuras regulaciones legales, con la finalidad de evitar periodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrán resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo.

Mientras no se produzca dicha regulación, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los periodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación e la causas en cada una de las empresas del mismo» (SAN de 25 de febrero de 2013, IL J 235).

3. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

La responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales contraídas por la empresa auxiliar, de conformidad con lo normado para los supuestos de contratas, afecta al empre-

sario 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 del concepto propia actividad 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, circunstancia que obliga a desplegar el método casuístico valorando todos los factores concurrentes. En esta ocasión, la cuestión que se debate se refiere a la consideración que corresponde al transporte sanitario no urgente que el servicio de salud canario contrató con una empresa privada dedicada a dicha actividad, en otras palabras, se trata de determinar si dicha actividad forma parte o no de la propia actividad del sistema público de asistencia sanitaria. En opinión del tribunal en este caso se trata justamente de un supuesto de propia actividad que determina la mencionada responsabilidad solidaria:

«Estamos pues en el caso de abordar el fondo del asunto, que no es otro sino el de determinar si la empresa pública demandada GSC tiene como propia actividad, el transporte sanitario que le ha sido encomendado mediante convenio suscrito con el Servicio Canario de Salud, a efectos de establecer la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 para los casos de contrata y subcontrata.

Para delimitar este concepto de propia actividad, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa, y que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial (SSTS 18/01/95 —rec. 150/94— 14/11/98 —rec 517/98—, 22/11/02 —rec. 3904/01— y 11/05/05 —rec. 2291/04—); y que referida a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendiera cumplida esa función (STS 23/01/08 —rcud 33/07— y 03/10/08 —rcud 1675/07—), como el ordinario no urgente, porque el servicio de transporte sanitario es indispensable para prestar una correcta atención sanitaria (STS 24/06/08 —rcud. 345/07—).

Siendo esto así, es claro que si el transporte sanitario se considera actividad propia del Servicio Canario de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta, al contratarse por el Servicio de Salud ese transporte sanitario con la empresa pública demandada GSC, con facultades para realizarlo por sí misma o encomendárselo, a su vez, a terceros mediante la correspondiente subcontrata, pasa a ser también actividad propia de la referida empresa pública, así como de los demás subcontratistas que asumen el transporte sanitario dentro de lo que es su objeto social, dando lugar por tanto a la responsabilidad solidaria de todos ellos conforme a lo dispuesto en el art. 42 ET» (STS de 15 de noviembre de 2012, u.d., IL J 53).

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Navarra de 17 de octubre de 2013, IL J 213, tras considerar que los trabajos de reparación y mantenimiento de sistemas de alarma que realizaba la empresa auxiliar para la principal en un determinado espacio geográfico forman parte de la propia actividad de la segunda, dedicada a un objeto social más amplio, según se desprende de los documentos oficiales aportados, del que estas acti-

vidades forman parte. Esto es, conforme a esta interpretación, no es preciso que la empresa auxiliar tenga un idéntico objeto, basta con que el objeto de la auxiliar forme parte del objeto más amplio de la principal.

B) 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. De ahí que de nuevo resulte relevante que la contrata sea o no de la propia actividad.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a tenor de lo anterior, estima el recurso presentado contra una sentencia que condena solidariamente a una empresa constructora y a la empresa promotora por responsabilidad en el accidente de un trabajador, con el consiguiente recargo del 40% de las prestaciones de Seguridad Social por las lesiones no invalidantes producidas a este trabajador. En opinión del tribunal, empresas constructoras y promotoras se dedican a actividades diversas, por lo que no resulta posible considerar que el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que correspondían a la primera, permita extender la responsabilidad por los daños ocasionados al trabajador en el accidente a la segunda, entre cuyas obligaciones de coordinación de actividades no se encuentra ni las que corresponden a la formación de los trabajadores de la contratista ni la diaria comprobación del estado de las maquinarias propiedad de ésta que aquellos deben utilizar.

«Así, recogiendo doctrina jurisprudencial, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 5595), respecto de la distinción establecida en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de ordenación de la edificación el promotor se define “como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título” y sus obligaciones en relación con el proceso de edificación son las de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él, facilitar la documentación e información previa necesarias para la redacción del proyecto, gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra, concertar los seguros exigibles y entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada. Por su parte, el constructor es “el agente que asume contractualmente, ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”, y sus obligaciones son las relativas a ejecutar la obra con sujeción al proyecto, tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las con-

diciones exigibles para actuar como constructor, designar al jefe de obra, asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera, formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra, facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y suscribir las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley 38/1999.

De esta regulación se desprende que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad “inherente” al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria. Esta misma línea divisoria la establece la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción en la definición que de las mismas desarrolla el art. 3.b), promotor es “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se señala obra”, c) contratista o empresario principal es “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. Ello sin perjuicio como prevé el párrafo segundo de dicho apartado que “el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra”, en cuyo caso tendrá también la consideración de contratista a los efectos de dicha Ley, cita que se efectúa a los solos efectos indicativos de la línea marcada por el legislador, más inaplicables al supuesto de autos, por evidentes razones cronológicas” (STSJ de Cataluña, de 26 de junio de 2008, Recurso 1319/08).

Segundo.—En el caso de la recurrente, como se ha expuesto anteriormente y en relación con la obra, no había asumido ningún control sobre la misma, más allá de que se llevara a cabo conforme a lo contratado, ni el accidente se produjo dentro de la esfera su responsabilidad, ya que si bien se produjo en el solar de su propiedad, es decir, el centro de trabajo, no lo fue con maquinaria o elementos de producción bajo su control, pues el trabajo de “alimentación de la máquina de amasado y fabricación de mortero” lo llevaba a cabo el trabajador accidentado, dependiente de la empresa contratada PAVIMAT DEL SEGRIÀ, S.L., con maquinaria propiedad de ésta, siendo únicamente la participación de la INMOBILIARIA FAMIRO, S.A. de tener un coordinador de seguridad que visitaba la obra cada semana a fin de comprobar posibles deficiencias en su ejecución, por lo que vistas las circunstancias en que se produjo el accidente en los términos expuestos en el redactado fáctico de la sentencia y que la medida de seguridad (rejilla) de la máquina en que se produjo el accidente “fue temporalmente retirada el ese día para poder cargar arena con más rapidez” (fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia), la infracción concreta en materia de seguridad e higiene corresponde a la empresa contratada PAVIMAT DEL SEGRIÀ, S.L., así como en relación a la falta de adecuada formación del trabajador accidentado, infracciones que ninguna relación guardan con la coordinación de actividades llevada a cabo por la empresa recurrente, por lo que se impone la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta sentencia» (STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2012, IL J 176).

C) Extinción del contrato para obra o servicio determinado por reducción de la contrata: aplicación de los requisitos previstos en el Convenio Colectivo

El Tribunal Supremo admite la contratación por obra o servicio determinado en el sector del telemarketing (STS de 4 de octubre de 2007, rcud. 1505/2006), siempre que el objeto del contrato esté objetivamente definido, sea conocido por las partes en el momento de contratar y opere como un límite temporal previsible en la medida en que la actividad se realiza por encargo de un tercero y mientras éste se mantenga. La doctrina judicial sostiene que la interpretación del contenido de la regulación legal sobre la materia no puede ir en contra de la naturaleza de ese tipo de contratos y del objetivo perseguido con su normación, cual es el de cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa que debe ejecutar una obra o servicio de esa duración. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia del contrato debe mantenerse, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface. En ocasiones, no se produce un cese total en la actividad, de manera que las necesidades de personal continúan siendo reales, aunque la intensidad disminuye. La disminución del volumen del objeto del contrato, en opinión de la jurisprudencia (STS de 10 de junio —rcud. 1204/2007—, 16 de junio —rcud. 4426/2006— y 23 de septiembre de 2008 —rcud. 2126/2007—), no sería causa suficiente para justificar el fin del contrato de trabajo, aunque sí podría ser causa suficiente para acordar, según los casos, despidos de carácter objetivo o colectivos (STS de 7 de junio de 2007 —rcud. 191/2006— y 31 de enero de 2008 —rcud. 1719/2007—). Pero esta doctrina que en nuestra opinión tiene un carácter general, en ocasiones debe aplicarse junto a preceptos de carácter convencional que complementan la ordenación de la materia. Es el caso del Convenio Colectivo de Empresas de Telemarketing, sobre cuyo art. 17 el Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, manifestando una cierta falta de sintonía de su contenido con la doctrina más arriba señalada:

«Lo cierto es que el precepto en cuestión sitúa a los trabajadores vinculados por la modalidad contractual analizada en una clara postura de indefensión por más que la norma establezca cautelas; de cuyo cumplimiento, además, no se ha practicado prueba y que en todo caso no inciden en el control de la causa de extinción, sino en la elección de los trabajadores y el procedimiento para la extinción de los contratos. Y ello porque la eventualidad de la disminución del volumen vacía de contenido la exigible identificación de la obra o servicio para la que el trabajador es contratado al impedir el conocimiento del momento y la forma en que podrá considerarse acabada la misma» (STS de 7 de junio de 2007 —rcud. 191/2006— y 31 de enero de 2008 —rcud. 1719/2007—).

Todo ello pesa en la resolución del supuesto que analizamos, pues aunque la sentencia parte de la admisibilidad inicial de la decisión empresarial, exige un estricto y completo cumplimiento de las garantías establecidas convencionalmente, lo que termina por conducir al rechazo de las pretensiones de la empresa, tras declarar improcedente el despido acordado por ésta de una trabajadora del servicio de telemarketing, cuyo contrato había sido extinguido sin atenerse a dichas reglas.

Tal y como dicha resolución anticipa, ese dato —constituya o no como defecto de forma— sí puede tomarse en consideración como otro dato más a valorar en términos probatorios

y de él resulta que, como sostiene la actora, se ha valorado como período de comparación uno de 10 semanas (de la 44 a la 53) cuando lo exigido en el convenio es, según ya se ha expresado, un mínimo de los tres últimos meses para campañas o servicios de seis o menos de seis meses de implantación y entre seis y 12 últimos meses para campañas o servicios con implantación superior a seis meses, de lo que resulta que no se cumple en este caso con el requisito y que si la actora fue contratada para la campaña que se dice el 18 de marzo de 2010 (hecho primero de los declarados probados en la sentencia recurrida) para la ejecución de un previo contrato mercantil (23-11-09) de la demandada con una tercera empresa (folio 141), debió efectuarse la comparación en los términos superiores del precepto, de modo que, en cualquier caso, el factor comparativo utilizado no era el idóneo y, por tanto, no se determinaba debidamente si la reducción que tendría que haberse tomado justificaba la medida extintiva, no siendo de recibo lo argüido al respecto en el escrito de impugnación de la empresa demandada de que «los datos entregados corresponden a los datos obtenidos a lo largo de un año y así se aprecia en la documental aportada por esta parte», porque ni ello es lo que dice la carta de despido, ni se ha solicitado la revisión de los antedichos ordinales segundo y tercero de la declaración fáctica de la sentencia recurrida, ni se concreta la documental con la indicación de los folios correspondientes ni, en fin, se infiere tampoco de la carta de 20-5-11 dirigida al comité de empresa (folio 81 de los autos) donde al notificarle la reducción de plantilla con efectos del 5-6-11 da como argumento que el servicio correspondiente “se ha visto reducido de forma notable en las últimas semanas y tomando como referencia la semana identificada como 44 en los datos aportados y comparativamente con la última (semana 53) la reducción del volumen de trabajo se sitúa en un 23,01...”, coincidiendo de este modo y en esos concretos términos o datos con el motivo dado en la carta de despido (folio 62).

Asimismo puede repararse en que en esa inconcretada documentación (siempre, además, sin sustentar una propuesta de revisión formal) el folio 82 contiene un cuadro de lo que la empresa denomina “desglose de decrementos sobre semana 44” que es el que se refiere específicamente a la reducción y que se circunscribe precisamente a dicho período comprendido entre las semanas 44 a 53, añadiendo un “análisis reducción” que abarca las horas de la semana 44 a las horas de la semana 53 y que da como resultado la “reducción HS necesaria” tras apreciar como porcentaje de descenso de llamadas del 23,01%, que es precisamente el que se consignaba en la carta de despido, siendo ésta (la carta de despido), según también se ha expresado precedentemente, el documento básico en tal sentido, pues es el que ha de contener los hechos y la causa de esa medida, sin que ningún otro pueda sustituirlo a la hora de determinar el objeto de la prueba, la cual ha de acomodarse a los términos de esa comunicación escrita» (STSJ de Madrid de 28 de junio de 2012, IL J 115).

D) 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 accesorio. El cambio de empresa contratista al término de la concesión de una contrata 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, pues es concebible en determinados casos una transmisión de empresa sin los anteriores elementos. Es cierto que en muchas ocasiones la transmisión de contrata constituye una mera transmisión de actividad, sin el resto de los requisitos legalmente exigidos para que se produzca la transmisión, motivo por el cual nuestros tribunales suelen fallar en contra de la aplicación del precepto legal que impone la subrogación contractual. Es el caso de determinadas actividades habitualmente objeto de subcontratación, como la limpieza de edificios y locales en las que, salvo que el empresario entrante se haga cargo de parte importante del personal que venía realizando dicha actividad, no queda obligado a subrogarse por aplicación del art. 44 ET, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el convenio colectivo aplicable.

El TSJ de Galicia aplica dicha doctrina para rechazar la obligación de subrogación empresarial en un supuesto de contrata de servicios de seguridad en el que no existe transmisión de elementos patrimoniales ni asunción de personal, sin que tampoco sea posible, por dedicarse las empresas cedentes y cesionarias a distinta actividad, la subrogación por aplicación del convenio colectivo de empresas de seguridad.

En opinión del tribunal, «Hacemos referencia también, por todas a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-7-2010..., si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 —reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio de 2008— para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea— en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica” y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando “el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”.

Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, como las que contemplan las sentencias de 20 de octubre de 2004 y 29 de mayo de 2008, los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las

tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23.

Sin embargo esto no es lo que sucede en el caso enjuiciado, primero porque los demandantes son vigilantes de seguridad y el servicio de seguridad tanto diurno como nocturno es asumido por el personal de la Armada, la codemandada Seralia SA solo asume el control de acceso e información y sus trabajadores no tienen la categoría de vigilantes de seguridad, sino de conserjes como con valor fáctico se afirma en la fundamentación jurídica, porque no es una empresa de seguridad, por ello la Sala entiende al igual que la sentencia recurrida, que no solo no se le aplica el mismo Convenio Colectivo que a Galaica SA, ni por tanto lo previsto en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad que impone que, cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados por un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva adjudicataria está obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, siempre que tengan una antigüedad real mínima de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha de la subrogación, siquiera se exija que la cesante lo comunique a sus trabajadores y remita con, al menos, tres días de antelación una documentación... sino que tampoco es de aplicación el artículo 44 denunciado porque ni la empresa Seralia, ni el Ministerio de defensa asumen los trabajadores de la empresa saliente y por lo mismo, traemos a colación, aunque aplicándola a sensu contrario, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11-6-2012 en la que reiterando doctrina entiende que, dado que si bien la regla general es que no opere la sucesión empresarial cuando un Ayuntamiento asume la propia actividad anteriormente descentralizada, lo cierto es que dicha regla no opera cuando es el propio Ayuntamiento quien se hace cargo de los trabajadores de la empresa contratista, supuesto en que se produce una sucesión de empresas, tal como recoge el art. 44 ET y las Directivas comunitarias... o la más específica de 11-7-2011...” Por consiguiente [tal como concluía la sentencia últimamente citada del Pleno de esta Sala], si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de “sucesión de plantilla”, en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el art. 44 del ET»(STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2012, IL J 191)

E) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: aplicación del Convenio de Limpieza a trabajadores con relación especial

En los supuestos, como el analizado en el apartado anterior, en los que no resulta aplicable la normativa legal sobre transmisión de empresa a la sucesión de contratas, la subrogación del empresario entrante puede también producirse por aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo. En tales casos, la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en dicha norma, y siempre que las empresas afectadas formen parte del ámbito subjetivo de la norma convencional. Esta circunstancia ha permitido eludir todo compromiso de subrogación en los contratos de los trabajadores afectados por la finalización de la contrata en los supuestos en los que el empresario entrante no se encuentra vinculado al convenio

que expresamente prevé dicha obligación. En los casos que nos ocupan en este apartado, se trata de determinar si el convenio colectivo de limpieza resulta aplicable a trabajadores con relación especial, que venían desempeñando las tareas de limpieza afectadas por el cambio de contrata, por cuenta de un centro especial de empleo. La doctrina del tribunal se ve influida por el temor de que una normativa cuyo objetivo es promocionar la contratación de las personas discapacitadas se utilice en perjuicio de estos mismos trabajadores, lo que supondría un comportamiento lesivo de lo preceptuado en el art. 14 CE. Siguiendo el camino iniciado por la STS de 4 de octubre de 2011, u.d., IL J 1434, en la que el supuesto resuelto planteaba la cuestión literalmente inversa, diversos pronunciamientos de este tribunal consideran obligada la subrogación de la contratista entrante por aplicación del convenio colectivo de empresas de limpieza, sin que la naturaleza especial de la relación de trabajo que estos trabajadores mantenían con el centro especial que la nueva empresa sucede en la contrata altere de ninguna manera las obligaciones subrogatorias previstas en la norma convencional.

«En la actual reclamación la norma rectora de la actividad de Limpieza de Edificios y Locales en la provincia de Valladolid es el convenio Colectivo del mismo nombre, cuyo artículo 30 dispone lo siguiente: “Las especiales características y circunstancias de la actividad de limpieza determinan que la subrogación del personal constituye un modo atípico de adscripción de éste a las empresas, por lo cual, al término de la adjudicación de una contrata de limpieza, los trabajadores y trabajadoras de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones cualquiera que sea la forma jurídica que adopta incluida la de sociedad irregular, centro especial de empleo, cooperativa con o sin ánimo de lucro, etc.

La adscripción aquí regulada será también de obligado cumplimiento para los trabajadores autónomos que tomen a su cargo un servicio de limpieza, Incluso cuando con anterioridad a ello no viniesen utilizando personal laboral, así como para las empresas subcontratadas. Con el fin de estabilizar el empleo de los trabajadores del sector, procederá la subrogación cuando concurren los supuestos provistos en el presente artículo.

Al término de la concesión de una contrata o subcontrata de limpieza los trabajadores y trabajadoras de la contratista o subcontratista cesante pasaran a la nueva titular de la contrata cuando estén adscritos a la dependencia de la que se trate, fuere la modalidad contractual la que fuere, exigiéndose una adscripción funcional a dicha dependencia de al menos 5 meses. Si la antigüedad es inferior a cinco meses en el centro de trabajo, pero coincide con la antigüedad real del trabajador/a, procederá igualmente la subrogación, aun siendo el periodo de adscripción inferior e dicho plazo».

Es de destacar como en el tercer párrafo se hace referencia al paso a la nueva titular de la contrata, fuere la modalidad contractual la que fuere.

«Si en la doctrina precedente se analizaba la problemática de aplicación de un Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales públicos y el convenio rector de empresas de centros especiales, siendo la empresa saliente de trabajo ordinario con trabajadores no discapacitados y la nueva adjudicataria que ostenta la condición de centro especial, en el caso que ahora se contempla, empresa saliente con carácter de centro especial, trabajador

discapacitado que se le niega la subrogación y nueva adjudicataria de trabajo ordinario, idéntica deberá ser la solución pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del Convenio Colectivo rector del centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse si constituiría un supuesto discriminatorio» (STS de 9, 10 de octubre y 12 de diciembre de 2012, u.d., J 36; J 136; J 242 y J 295).

F) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo: incumplimiento de las obligaciones de información entre empresas contratistas

Como se ha comentado en el apartado precedente, cuando no resulta aplicable lo previsto en el art. 44 ET, la subrogación del empresario entrante puede derivarse de lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable. En tales casos, la subrogación del nuevo contratista debe regirse de forma exclusiva por lo dispuesto en la norma convencional y, por consiguiente, de producirse lo hará en los términos y con los efectos previstos en ésta. En tales supuestos, se discute sobre los efectos que provoca la no entrega o entrega incompleta o parcial de la documentación relativa a los trabajadores afectados por el cambio de contrata, cuando dichas obligaciones de información han sido establecidas en la norma convencional como condición para que se produzca la subrogación empresarial. En concreto, la STS de 20 de noviembre de 2012, u.d., IL J 56, resuelve el conflicto planteado en torno a la interpretación del contenido del art. 55 del III Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. Conforme a lo dispuesto en dicho precepto, la empresa saliente debía entregar una serie de nueve documentos a la nueva adjudicataria; no habiendo facilitado a ésta más que una relación nominal de los trabajadores afectados, la sentencia entiende que no se han cumplido los requisitos establecidos en la norma y, por tanto, no cabe subrogación de la entrante en los contratos de estos trabajadores. En palabras del tribunal:

«Como hemos indicado en numerosas ocasiones precedentes, el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues “ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 —rcud 702/93—; 29/12/97 —rec. 1745/97—; ... 10/07/00 —rec. 923/99—; 18/09/00 —rec. 2281/99—; y 11/05/01 —rec. 4206/00—). Porque en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma

se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 —rec. 164/97—; 29/01/02 —rec. 4749/00—; 15/03/05 —rec. 6/04—; y 23/05/05 —rec. 1674/04—), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 —rec. 2618/02—).

Asimismo hemos indicado con reiteración que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente “los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante”, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque “dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente” (SSTS 10/12/97 —rec. 164/97—; ...; 20/01/02 —rec. 4749/00— 29/01/02 —rec. 4749/00—; 11/03/03 —rec. 2252/02—; y 28/07/03 —rec. 2618/02—. A destacar que otra solución se impuso —por diversidad de normativa convencional— en las sentencias de 20/09/06 —rec. 3671/05—, para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 —rec. 381/06—, para empresas de seguridad). Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de “documentación imprescindible” para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 —rec. 2252/02—; y 28/07/03 —rec. 2618/02—).

Tal y como razona la precitada sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 2012 “Es claro a tenor de lo señalado que la empresa GIAHSA no cumplió con lo establecido en el artículo 55 del mencionado convenio colectivo, puesto que: a) La mera comunicación de poner a disposición la documentación que adjunta, cuando el único —de los nueve documentos que la empresa sustituida debe facilitar y acreditar ante la nueva empresa adjudicataria— que se acompañó al escrito, es el de la relación de trabajadores afectados, no supone en manera alguna cumplir la inequívoca previsión —ya referida— que se contiene en el señalado precepto convencional; y b) el precepto claramente impone la entrega documental, como demuestran las imperativas expresiones «deberá facilitar y acreditar ante la nueva empresa» (SSTS de 4 de octubre, 20 de noviembre, 18 de diciembre de 2012 y 5 de febrero de 2013, u.d.; J 31; J 56; J 155; J 267).

Siguiendo esta misma doctrina, la STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2009, IL J. 66, entiende que el incumplimiento parcial de las obligaciones documentales previstas en el III Convenio Colectivo del Transporte de Enfermos y Accidentados en ambulancia, de la Comunidad de Madrid, no altera la obligación de subrogación del empresario entrante, cuando se trata de documentos que no tienen carácter esencial o fundamental:

«Debe considerarse que en este caso la empresa que cesó en la contrata cumplió los requisitos de entrega de documentación al facilitar a la recurrente la documentación preceptiva con la cual acreditaba que los trabajadores a subrogar reunían los requisitos que la norma exige para que se produzca tal efecto, es decir la prestación de servicios durante el tiempo mínimo establecido en la contrata objeto de la sucesión, habiendo reducido el número de trabajadores que inicialmente notificó, excluyendo a aquellos que debían seguir prestando servicios para la empresa saliente a consecuencia de decisión de la Administración en el sentido de que la cesante debería seguir realizando los traslados de enfermos asignados con anterioridad a 1-2-11.

El dato de que se hayan proporcionado tres boletines de cotización sin ingreso efectivo, o de que la empresa saliente tenga pendientes cantidades de abono a la Seguridad Social, no determina incumplimiento que impida la subrogación, pues el convenio colectivo no exige a la empresa cesante que se halle al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social, a diferencia de otros convenios colectivos. Solamente se exige que se entregue a la nueva empresa fotocopias compulsadas de los TC-1 y TC-2 de los siete últimos meses, sin duda a efectos de controlar que los trabajadores afectados cumplen el requisito de antigüedad en la contrata durante ese plazo. Tratándose de una subrogación puramente convencional, no podría operar la responsabilidad solidaria de los arts. 104 y 127 de la LGSS establecida para el supuesto de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio.

Por otra parte, el dato de que los trabajadores hayan firmado finiquitos con la salvedad de su disconformidad y reserva de acciones, o la posible existencia de deudas de la antigua empresa, no implica tampoco incumplimiento esencial de las obligaciones convencionales, pues tratándose, como ya se ha razonado, de una mera sucesión de contratas y no de una sucesión de empresa, no siendo aplicable el art. 44 del ET, no cabría imputar responsabilidad alguna a la entrante por las deudas salariales de la antigua empresa con sus trabajadores, y así lo reconoce el convenio colectivo cuando establece que la relación laboral anterior al momento de la subrogación es de la exclusiva responsabilidad de la cesante» (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2009, IL J 66).

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 Madrid de 6 de septiembre de 2012, IL J 63, no aprecia la existencia de cesión ilegal en un supuesto de contratación en que la Biblioteca Nacional realiza un contrato de objeto escasamente definido, como la «gestión de programas y proyectos de la Biblioteca Nacional» para cuya ejecución se contrata, como auxiliar de administrativo, a una traba-

jadora que se integra de manera casi absoluta en la dinámica de la empresa. El tribunal sostiene que la trabajadora estuvo siempre sometida al control de la empresa contratista y que su integración en la dinámica empresarial de la Biblioteca, la realización de la prestación de servicios exclusivamente en las dependencias de ésta, el uso como el resto del personal de dicho organismo de los medios e instrumentos de trabajo que el personal de éste ponía a su disposición, la transmisión de órdenes y la concesión de permisos y vacaciones anuales directamente por los coordinadores de la Biblioteca, resultan exigencias de una adecuada ejecución del objeto de la contrata, sin comprometer la posición de la empresa auxiliar. Así al menos queda patente en la sentencia comentada:

«Para la ejecución de la contrata con la Biblioteca INDRA cuenta con un coordinador para los distintos servicios, (DOC. 2 y 6 y 7 de la recurrente)

La demandante dispone de una tarjeta de acceso identificativa (DOC.2)

El material como ordenadores, teléfono, mesas y demás era facilitado por la Biblioteca.

Los permisos, son comunicados Indra. Documental aportada».

Como recuerda la STS de 15 de abril de 2010 «integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la “dinámica empresarial” de ésta, introduciéndose a veces “en toda la gama de comunicaciones que existen” dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse, como parece entender la sentencia recurrida, a un “objeto residual” o “accesorio”, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial».

A lo anterior cabe añadir que la empresa contratista INDRA tiene actividad y entidad propias como exige el art. 43.2 del ET. El horario de la demandante coincidía con el del resto del personal de la Biblioteca. En definitiva, a la vista de lo anterior solo existe una integración en la dinámica empresarial de la Biblioteca y una inserción en su sistema interno, imprescindible para el desarrollo de la contrata que afecta a tareas próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Por otro lado, es obvio que la labor de la actora y se desarrolla día a día en las dependencias de la Biblioteca Nacional, las órdenes e instrucciones sean impartidas por el personal de dicho organismo, en tanto son ellos los que saben y conocen cuales son las labores y tareas a realizar en cada momento y especialmente en aquellas más cualificadas, pero todo ello no implica que por tal causa asuma la condición de empleadora de los trabajadores externos, en tanto ello no supone ejercicio del poder de dirección, organización y disciplinario, pues solo se refieren aquellas directrices al aspecto técnico de la prestación de servicios.

Así mismo, debe destacarse que la exigencia de infraestructura productiva se suaviza afirmando que no es obstáculo para la existencia de una contrata de servicios «el suministro por la empresa contratante de materiales y herramientas», como tampoco la «subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico» —Sentencia

TSJ Madrid 21-12-98—, y en especial, como es el caso, en que los materiales utilizados para el desarrollo de las tareas de la actora —tejelado, signatura, colocación en cajas— «son fabricados por el propio Organismo sin posibilidad de adquisición en el mercado». Si a todo cuanto antecede añadimos que esta Sección de Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuesto muy similar al ahora planteado, habiendo considerado que no existe cesión ilegal, llegamos a la conclusión de que el recurso examinado debe ser estimado, revocando la sentencia de instancia, y con desestimación de la demanda absolviendo a las demandadas de los pedimentos contra ellas deducidos, todo ello sin expreso pronunciamiento en costas —art. 233 LPL— (STSJ de Madrid de 6 de septiembre de 2012, IL J 63).

El mismo tribunal, y con similares argumentos, tampoco considera que exista cesión ilegal en un supuesto de contratación, como auxiliar de grabación, de una trabajadora para ejecutar el contenido de un contrato de servicios para el apoyo técnico en la gestión del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas. En esta ocasión, se consideró acreditado que la trabajadora desde el inicio de su relación laboral desempeñó funciones de clasificación, grabación de datos, consultas, archivo de expedientes y en general tareas rutinarias de simple gestión de datos, con medios materiales, ordenadores y programas facilitados por el Ministerio, y que por razones de seguridad, estos servicios sólo se pueden prestar en sus instalaciones y con sus equipos. Los trabajadores de la empresa contratista mostraban identificaciones como trabajadores de dicha empresa, fichaban a la entrada y salida, mediante un sistema distinto al de los trabajadores del Instituto, y tenían tarjetas de acceso distintas a las del personal funcionario y laboral al igual que la tarjeta de aparcamiento. Por último, queda acreditado que la empresa contratista tenía asignado un Inspector de Servicios, que inspeccionaba con visitas al centro el servicio desarrollado para el Instituto por los trabajadores de ésta, si bien, en el propio centro la empresa mantenía dos coordinadores que remitían al Inspector las incidencias del servicio. Es por ello que el tribunal afirma:

«Partiendo de los anteriores datos que constan en el relato de hechos probados la Sala entiende, compartiendo en este sentido el criterio de la juez de instancia, que la actuación empresarial en el marco de la contrata la ha llevado a cabo la empresa codemandada y no la Administración. No existen datos que nos permitan concluir, como se pretende, con una dejación de las funciones empresariales o de la posición contractual del empresario o de que la codemandada actuara por delegación del principal. Frente a lo anterior no es obstáculo el hecho de que la supervisión del quehacer diario o de las instrucciones técnicas de realización se recibiera de personal funcionario pues, en definitiva, los datos que al efecto se estaban gestionando y tramitando eran todos ellos de naturaleza administrativa utilizándose ordenadores del Ministerio todo lo cual es perfectamente lógico por la propia naturaleza de la información gestionada y pro evidentes razones de seguridad. Estas circunstancias, desde nuestro punto de vista, no son sino el normal funcionamiento de la contrata en las que el trabajador de la empresa contratista además de entablar contacto con los trabajadores de la comitente puede y en muchas ocasiones debe conocer la dinámica empresarial de ésta introduciéndose a veces en el entramado de comunicaciones que existen dentro de la misma, pudiendo afectar además a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial» (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2013, IL J 68)

Idéntico fallo se produce en un supuesto de subcontratación de obras por una UTE, en la que se considera acreditado que los responsables de la propia UTE informaban sobre el trabajo que debía realizarse a los encargados de cada tramo de obra encomendados a la contratista, correspondiendo a estos distribuir y ordenar el trabajo e impartir las instrucciones precisas a los trabajadores a su cargo. Por su parte, los responsables de la contratista entregaban a sus trabajadores los equipos de protección y las herramientas ligeras, pero el resto de los materiales, maquinaria y herramientas eran propiedad de la UTE:

«1. El 25/02/2008, UTE LÍNEA 2, que tenía contratada la ejecución de las obras de la construcción de la infraestructura de prolongación de la línea 2 del metro de Madrid a Las Rosas a realizar para Madrid Infraestructuras del Transporte (Mintra) contrata con Personal de Obra Inmediato SL (en adelante, PEROBI SL) que esta le realice diversos trabajos en las referidas obras, según las unidades de obra relacionadas en el contrato, referente a limpieza manual de emplazamiento de obras, colocación de cerramiento y vallas de seguridad, demolición en hormigón en masa o armado con compresor, excavación en zanja a mano, rellano y compactado en zanja, puesta en obra de hormigón en aceras y calzadas, báculo de cualquier tipo realizado a mano, levante de bordillo incluso demolición de cimiento y refuerzo, refino y compactación de aceras, calzadas y losas realizado a mano, limpieza manual de pantallas de hormigón, perforación de pantalla para alojamiento de anclaje, roza perimetral en pantallas de hormigón armado y demolición de hormigón de descabezado de pilotes y pantallas. Las facturas desde el 2/2008 a 5/2009 (una mensual) responden a tales conceptos.

2. PEROBI SL no ha aportado ningún material, maquinaria, salvo herramientas ligeras de trabajo, o equipo de trabajo a la obra, limitándose a suministrar mano de obra.

3. Los trabajadores de PEROBI SL en la obra no tenían encargado de su empresa —aunque existía un responsable en cada uno de los nueve tramos de obra—, sino que obedecían las órdenes del encargado o del capataz de la empresa principal. Como persona responsable de dirección de los trabajos, en el Libro de subcontratación, se señalaba a Martin, jefe administrativo fijo de la empresa.

Los anteriores hechos no ponen de manifiesto que exista confusión de actividades, ni de personal ni de plantilla, ni que los trabajadores de PEROBI SL se hayan extravesado de sus funciones en relación con la actividad propia de la subcontrata, ni que el control de la jornada, la potestad disciplinaria, la responsabilidad sobre la gestión del personal, la ordenación y control de descansos y vacaciones, la comprobación de ausencias y control de asistencia y demás aspectos decisivos hayan sido abandonados por la empresa subcontratada.

No existen hechos que permitan determinar que existe una dejación de funciones empresariales por parte de PEROBI SL o que actuase por delegación de UTE LÍNEA 2 siendo posible y legal la interrelación entre el personal de las codemandadas, intercambio de información y recepción de instrucciones, porque todo ello es lo normal en el funcionamiento de muchas contratas y subcontratas en las que los trabajadores de la empresa contratista además de entablar contacto con los trabajadores de la comitente deben conocer la dinámica empresarial de ésta introduciéndose a veces en el entramado de comunicaciones que existen dentro de la misma, pudiendo afectar además a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Los trabajadores de PEROBI SL venían ejecutando aquellas actividades que les demandaba el encargado de la UTE LÍNEA 2 o el encargado de la obra de Acciona Infraestructuras en la estación 3. Los encargados se limitaban a informar sobre el trabajo que debía realizarse a los empleados de PEROBI SL responsables de nueve tajos o tramos de obra, no constando que existiese un encargado en la obra de PEROBI SL, y estos distribuían y ordenaban el trabajo e impartían las instrucciones precisas a los trabajadores a su cargo y esta empresa entregaba a sus trabajadores los equipos de protección y las herramientas de trabajo, al menos las ligeras.

El hecho de que en UTE LÍNEA 2 abone salarios superiores a los que efectúa PEROBI SL a sus empleados no es indicio de una cesión, porque no se dice que estos fuesen inferiores a los establecidos en el Convenio Colectivo aplicable ni que las empresas se rijan por norma convencional distinta. Del acta de la inspección no se deduce que tipo de material o maquinaria los trabajadores utilizaban en el trabajo para valorar la importancia de la misma en su realización.

La empresa PEROBI SL se ha limitado a suministrar mano de obra, con los que cumplía las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, y herramientas ligeras; sus trabajadores no tenían encargado de la empresa aunque existían un empleado responsable en cada tramo de obra y obedecían las instrucciones del encargado o capataz de las empresas mencionadas anteriormente. Los trabajos de maquinaria y albañilería realizados por los trabajadores se llevaban a cabo conjuntamente con trabajadores de otra empresa sin diferenciación de obra ni resultado (como los de Andaluza de Proyectos SL o los propios trabajadores de la principal o sus dos empresas). De lo expuesto no puede deducirse que la empresa subcontratada no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario y que estemos ante una mera puesta a disposición de los trabajadores en la obra, por lo que el motivo y el recurso se desestiman» (STSJ de Madrid de 7 de noviembre, IL J 209).

B) Momento procesal oportuno para ejercitar la acción electiva de fijeza

El Tribunal Supremo resuelve, en unificación de doctrina, sobre la posibilidad de que los trabajadores sometidos a cesión ilegal ejerciten la acción reclamando la naturaleza indefinida de la relación laboral en una de las empresas que intervienen en el tráfico ilegal, cuando la relación de trabajo ha sido ya extinguida. Según reiterada doctrina, los presupuestos de hecho que darían lugar a la estimación de la demanda deben concurrir a la fecha de su presentación ante el juzgado de lo social, por aplicación de los arts. 410, 411 y 413.1 LEC. Extinguida la relación laboral, los trabajadores carecen también de acción para solicitar la declaración de cesión ilegal por su participación en una contrata de obras o servicios igualmente concluida.

«La cuestión que se plantea es la de determinar en que fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal, cuestión que ha sido resuelta por la doctrina casacional a propósito de la disyuntiva entre el momento de presentación de la papeleta de conciliación y el de la demanda, a favor de éste último, siendo exponente de dicho criterio, entre otras, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7

de mayo de 2010 (rcud. 3347/2009), cuyo fundamento de Derecho cuarto se reproduce a continuación: CUARTO.—En esa confrontación de criterios que se desprende de las sentencias analizadas debe decirse que ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que “el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente ‘mientras subsista la cesión’; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal”. STS de 8 de julio de 2003 —rcud. 2885/02—, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2008 —rcud. 61/07— o 14 de septiembre de 2.009 —rcud. 4232/08— entre otras».

En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1.ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio *perpetuatio iurisdictionis*, artículo 411 LEC, los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida —SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008—.

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia —art. 411 LEC— de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe «que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas». Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprenderse que esa situación descrita en presente de

indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia.

A la vista de lo razonado en la sentencia de esta Sala en cuestión litigiosa coincidente con la que ahora se presenta, procede, por razones de homogeneidad y seguridad jurídica aplicar idéntica doctrina al no existir nuevas razones que justifiquen una modificación de criterio y así, presentada la demanda el 11 de junio de 2010, cuando el 30 de abril del mismo año se había extinguido la contrata Telefónica de España S.A con Atos Origin SAU permaneciendo la actora como trabajadora de esta última, y sin que fuera contratada por la nueva adjudicataria, deberá entenderse que la sentencia recurrida aplicó la mejor doctrina» (STS de 29 de octubre de 2012, u.d., IL J 43).

En el mismo sentido, la SAN de 15 de noviembre de 2012, IL J 14, declara la falta de acción de los demandantes, tras comprobar que sus contratos de trabajo han sido extinguidos antes de la presentación de la demanda, circunstancia ésta que les impide ejercitar la opción para convertirse en trabajadores de la empresa cesionaria, en un supuesto de conflicto colectivo que afecta a los 48 trabajadores de una empresa de transporte que prestaban servicios para la empresa principal Carbueros Metálicos.

«Constando acreditado que todos los contratos de trabajo de los empleados de Zozaya Gas afectados por el presente conflicto fueron extinguidos en virtud de despido colectivo (hecho probado decimosexto), es evidente que dichas relaciones laborales no están vivas en el momento actual, que es cuando, previo reconocimiento, en su caso, del derecho de los trabajadores a optar por convertirse en empleados fijos de la cesionaria, podrían ejercitar dicha opción. Por ello, debemos apreciar de oficio la excepción procesal de falta de acción, y, consecuentemente, desestimar la demanda, sin perjuicio de que los afectados puedan alegar en sus reclamaciones individuales por despido la existencia de cesión ilegal a los efectos oportunos, tal como reconoce el Tribunal Supremo en la citada STS 8-7-03» (SAN de 15 de noviembre de 2012, IL J 14).

También siguiendo similares argumentaciones, la STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2013, IL J 314 considera la inexistencia de acción en otro supuesto de cesión ilegal en el que concurren similares circunstancias:

«Pues bien partiendo de la citada doctrina y aplicándola al presente supuesto la relación laboral del demandante con la empresa CESEFOR se extinguió el 26 de marzo de 2010, mucho antes de la interposición de la demanda no perviviendo por lo tanto la relación laboral al momento de la interposición de la demanda no procede declarar la existencia de cesión ilegal por falta de acción y por ello no se podrá tener en cuenta el tiempo que el actor presto sus servicios para al empresas CESEFOR a efectos de la determinación de antigüedad y de la indemnización a percibir como consecuencia de haber sido declarado el despido improcedente. Si en cambio se podrá y deberá tener en cuenta el periodo trabajado para la empresa SOMACYL esto es desde el 13 de abril de 2010. Por todo lo cual este motivo del recurso debe de ser estimado en los términos expuestos» (STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2013, IL J 215).

C) Ejecución de la sentencia de cesión ilegal: debe realizarse aunque en el momento de su petición se haya extinguido la relación laboral

Por el contrario, el hecho de que la extinción de la relación de trabajo se haya producido no resulta un obstáculo insalvable para proceder a solicitar la ejecución de la sentencia de cesión ilegal. Así se desprende de la STS de 11 de diciembre de 2012, u.d., IL J 314, en la que se resuelve un recurso. El íter procedimental del supuesto estudiado se inicia con una sentencia del Juzgado de lo Social que declara el derecho de dos trabajadores a integrarse como fijos en la plantilla de la empresa principal, sentencia que posteriormente fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia. A pesar de ello, la sentencia no pudo ser ejecutada, ante la oposición de la empresa que fue estimada por el Tribunal Superior de Justicia, por entender que el derecho declarado en la sentencia del juzgado de lo social no despliega efectos una vez finalizada la relación laboral. Contra la sentencia desestimatoria de las pretensiones de los trabajadores, se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina, en la que se invoca la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la denominada «inejecutividad indirecta» de las resoluciones judiciales, para argumentar que la sentencia que declara la cesión ilegal de los trabajadores y su derecho a integrarse en la plantilla de la principal se produce con posterioridad a la finalización de su relación de trabajo, por lo que cuando los trabajadores quedan habilitados para instar la ejecución de la sentencia su contrato de trabajo con la empresa auxiliar ya ha quedado extinguido; por consiguiente, se les estaría reconociendo un derecho de naturaleza virtual, la integración en la plantilla de la principal, pues se les niega toda posibilidad material de disfrutar de su contenido, ya que se les reconoce tardíamente, esto es en un momento procesalmente inhábil para proceder a su ejecución. La sentencia plantea la necesidad de asegurar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, mediante el refuerzo del principio de inmodificabilidad de lo juzgado, de forma que las situaciones jurídicas declaradas en las sentencias que adquieren firmeza resulten intangibles, salvo en los supuestos, de interpretación restrictiva, previstos expresamente en la Ley. En el caso objeto de estudio, no habiéndose modificado los términos que fundamentaron la sentencia cuya ejecución se discute, ni existiendo circunstancias que impidan material o jurídicamente que se proceda, evitando con ello que se vacíe de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva. En palabras del Tribunal Supremo:

«TERCERO.—1. En otro aspecto, y en cuanto a la ejecución de sentencias firmes se refiere es reiterada jurisprudencia constitucional, como recuerda, entre las más recientes, la STC 22/2009, de 26 de enero que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de los juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley (por todas, STC 86/2006, de 27 de marzo, F. 2), añade que este Tribunal ha declarado que, desde la perspectiva del art. 24.1

CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurren elementos que impida física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (por todas, STC 285/2006, de 9 de octubre, F.6), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA; STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 9)».

«CUARTO.—1. La aplicación de la anterior doctrina y de los estrictos criterios no restrictivos en la interpretación del supuesto enjuiciado para no dejar vacío de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su manifestación del derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, con posible fundamento en una colisión con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), posibilita entender que no concurren en el mismo elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten esto es, que sin haberse alterado los términos en los cuales la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos en un momento posterior al pronunciamiento judicial emitido por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial.

2. Existe ciertamente una sentencia firme que comporta la declaración de extinción de la relación laboral con carácter previo a que adquiriera firmeza la sentencia cuya ejecución ahora se pretende, pero la referida extinción contractual, derivada de una decisión unilateral del empresario calificable de despido no se fundamenta en hechos ajenos (como pudieran ser los ejemplificados en la sentencia ahora impugnada, de muerte del trabajador, dimisión de éste, despido disciplinario o por causas objetivas) a los debatidos en el proceso en el que por cesión ilegal se le confería al trabajador demandante la posibilidad de integrarse en la plantilla de la entidad cedente o de la cesionaria, y, además resulta que es el empresario formal el que efectúa el despido y no el empresario real, intentando aquél basarlo en el cumplimiento de la obra objeto de contratación, en la que conforme a la segunda sentencia se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. El aceptar la inejecución dejaría sin contenido la segunda sentencia y posibilitaría supuestos de fraude procesal» (STS de 11 de diciembre de 2012, u.d., IL J 314).

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 accesoría» (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 Madrid aborda un supuesto de transmisión de una floristería en el que, con carácter previo a la transmisión, se produce el despido de un trabajador, alegando causas económicas. La sentencia de instancia desestimó la demanda por despido, circunstancia que determina el planteamiento del recurso ante el tribunal superior. La sentencia de suplicación, tras declarar de improcedencia del despido, estima la existencia de transmisión de empresa, tras comprobar la existencia de transmisión de elementos patrimoniales, y condena solidariamente a ambas empresas.

«En el recurso se denuncia la infracción del artículo 44 del ET y la jurisprudencia existente en materia de sucesión de empresas, sosteniéndose, en esencia, que la actividad entre Tendencias Naturales y Mil Flores, es la misma, que la sucesora, Tendencias Naturales, realiza la actividad en el mismo local que la cedente, que se ha traspasado el elemento patrimonial esencial en la tienda dada su actividad de venta de flores y la máquina frigorífica donde guardar la mercancía, que sigue conservando el mismo nombre comercial, que aparece en la página web de la empresa cedente como sucesora de la actividad y que incluso la entidad Mil Flores, figura en el contrato de arrendamiento suscrito por la codemandada Tendencias Naturales, en los términos que hemos accedido a incorporar al relato como consecuencia de la estimación de la revisión fáctica propuesta para el quinto hecho declarado probado» (STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2013, IL J 86).

Por su parte, la STSJ de Castilla La Mancha de 29 de noviembre de 2012, IL J. 286, desestima la reclamación de dos trabajadores que prestaban servicio como veedores para el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Valdepeñas. Dicho consejo desaparece y es sustituido en sus funciones por una entidad de derecho privado, en aplicación de la normativa estatal reguladora de la materia. Los trabajadores sostienen que no es posible aplicar las previsiones contenidas en el art. 44 ET a este supuesto, por lo que solicitan su integración en la administración autonómica castellano manchega. La Sala, si bien se pregunta sobre los motivos que inducen a los actores a desestimar la aplicación del régimen normativo previsto en supuestos de sucesión de empresa, desestima la pretensión de estos por no existir base normativa que permita defender la integración de estos trabajadores en la administración pública autonómica.

«Con respecto a tal situación de eventual cesión de contrato deben realizarse dos precisiones. Primera, que la situación contemplada por el TS nada tiene que ver con la ahora decidida, en cuanto en esta se ha producido una auténtica sucesión en la actividad desempeñada por el CRDOV, aunque además tal fenómeno haya tenido lugar con la modificación del régimen jurídico de la entidad empleadora que ya se ha comentado. Segunda y aún más importante, si los dos trabajadores accionantes no estaban de acuerdo en su momento con la indicada transmisión, aunque en efecto se hubiera tratado de una cesión de contratos, lo cual se niega en esta resolución, entonces, siendo patente que la entidad cedente había desaparecido, deberían haber extraído las consecuencias oportunas en orden a la eventual extinción de la relación laboral, para instarla u oponerse a ella, y dentro de los plazos que

en su caso hubieran sido aplicables, y que como anunciamos en su momento, se habían computado desde febrero de 2008. Pero no existe base alguna para intentar la integración de la plantilla de una administración pública con la que nunca han tenido vinculación laboral. Otra cosa es la relación que tal administración, estatal o autonómica, haya tenido históricamente con el CRDOV, que en nada justifica la pretensión comentada» (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de noviembre de 2012, IL J 286).

B) Inexistencia de sucesión de empresa por mera adquisición de inmueble en subasta judicial

El supuesto previsto en el art. 44 ET no se produce cuando se materializa la adquisición exclusiva de un inmueble en subasta judicial. La solitaria transmisión de este elemento patrimonial en dicha sede, sin que vaya acompañado del mobiliario preciso para la continuidad de una explotación hotelera, no permite considerar que ha sido transmitida una actividad económica. En tales casos, la entidad adjudicataria del inmueble no se ve obligada a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa propietaria del complejo hotelero. Varios pronunciamientos del TS se refieren a la posibilidad de que se materialice una subrogación empresarial entre la mercantil que venía explotando un hotel hacia la entidad financiera que mediante la ejecución de un título hipotecario se adjudica los inmuebles hasta entonces propiedad del establecimiento hotelero en el que los trabajadores demandantes prestaban su servicios.

«Desde ahora hemos de anticipar que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que se invoca como contradictoria por lo que el recurso deberá ser estimado, tal y como propone el Ministerio Fiscal. El núcleo de la decisión que adoptamos ahora reside en que en este caso no se ha producido la realidad básica de que una actividad empresarial hay sido sustituida por otra en la medida en que es exigida por el art. 44 del ET para que pueda hablarse de sucesión de empresa con el efecto garantista de los intereses de los trabajadores que dicho precepto contempla. Dicha norma requiere, y así se dice en aquella sentencia de la Sala "... la concurrencia de un elemento básico cual es el que la titularidad de la empresa o el centro de trabajo pase de una persona a otra, entendiéndose por empresa o centro de trabajo una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, o como con acertado criterio señala el apartado 2 del texto actualmente vigente, introducido a partir de la transposición efectuada de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria; —art. 1.b)—, pues solo a partir del cumplimiento de esa condición esencial puede empezarse a discutir sobre el alcance de aquella transmisión sobre los derechos de los trabajadores.

Del mismo modo, en el caso que resolvemos ahora lo que ha quedado totalmente acreditado es que el Banco Pastor demandado adquirió en subasta pública judicial las fincas sobre las que tenía constituida una hipoteca la empresa hostelera concursada, con lo que dicha entidad pasó a ser propietaria de los bienes inmobiliarios, pero no de los otros

bienes muebles y demás elementos necesarios para el desarrollo de aquella ocupación, todos ellos embargados y en su mayor parte adjudicados a un tercero, lo que realmente imposibilitaba a la mera transmisión inmobiliaria como elemento o factor de continuidad de la actividad productiva de la empresa"» (SSTS de 24, 25 y 26 de septiembre, 17 y 19 de diciembre y 6 de noviembre de 2013, u.d., IL J 26; J 27; J 29; J 30; J 153; J 157; J 159 y J 239).

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

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) Supuestos.
 - a) Contrato por obra o servicio determinado.
 - b) Contrato de interinidad.
 - B) Reglas generales.
 - a) Conversión en indefinidos.
 - b) Tratamiento de la extinción contractual.
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) Contrato a tiempo parcial.
 - B) Contratos fijos discontinuos.
 - C) Contrato de relevo y jubilación parcial.

En esta crónica ha de darse cuenta del RDL 5/2013, que afecta, entre otras, a las modalidades de jubilación parcial, y en conexión con ella, a los contratos a tiempo parcial y de relevo. En general, las modificaciones de la jubilación parcial se encaminan a dificultar su acceso para evitar un abandono temprano del mercado de trabajo, con una elevación paulatina de las edades de acceso a la misma y de los correspondientes períodos de cotización, aunque también se contienen otras medidas como la extensión de la jubilación parcial a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas. Asimismo se modifica el margen de reducción posible de la jornada de trabajo del jubilado parcial. Se permite un incremento del margen de reducción de jornada en la modalidad de jubilación parcial anticipada, hasta el setenta y cinco por cien, en los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, al que curiosamente se le marca un mínimo temporal, es decir, debe mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad legal de jubilación.