

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. **Centro de trabajo.** A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo. B) Noción de centro de trabajo y lugar de trabajo a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. **3. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad. C) Responsabilidad solidaria en supuestos de Administraciones Públicas. D) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **4. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición y cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Ejercicio del derecho de opción: es necesario que la relación laboral esté viva. C) Responsabilidad solidaria en caso de despido y cesión ilegal: articulación procesal. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44.3 ET. D) Cesión de contratos: novación subjetiva empresarial.

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 13 a 16 de 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1785 a J 2460) 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. CENTRO DE TRABAJO

A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo

La presentación de preaviso de elecciones sindicales en un edificio concreto de los varios en los que presta servicios una empresa de limpieza por un sindicato más representativo y las sucesivas reclamaciones a la que da lugar, sirve a la **STSJ de Aragón de 19 de septiembre de 2007**, I.L. J 2381, para realizar un repaso a la doctrina jurisprudencial y de los Tribunales Superiores sobre el concepto de centro de trabajo. Se destaca así cómo estas sentencias, interpretando los artículos 1.5, 62 y 63 ET, han elaborado un concepto amplio de centro de trabajo, conforme a la realidad social y empresarial, señalando:

– Que la interpretación del artículo 1.5 ET “descarta la posibilidad de dejar al arbitrio del empresario la decisión última de crear artificialmente o reconocer la existencia de centro de trabajo, dado que la esencia del mismo se asienta (...) en los siguientes requisitos: a) unidad productiva, entendida como la realidad primaria y más simple que sirve de soporte a la realización práctica de la actividad empresarial (...); b) organización específica, que implica una autonomía organizativa dentro del conjunto empresarial (...); y c) que sea dado de alta como tal ante la Autoridad Laboral, sin que se trate de una exigencia esencial o trámite constitutivo para la existencia del centro de trabajo (...)” (SAN de 13 de junio de 2003);

– Que “el término centro de trabajo de la empresa principal (...) debe entenderse como el lugar de trabajo de la empresa principal, lo que no exige que haya una organización empresarial específica en ese lugar, (...) pero sí requiere que (...) haya una efectiva presencia de la empresa principal en el lugar de trabajo” (STSJ de Aragón de 5 de abril de 2001);

– Que el requisito del alta no es esencial para determinar la existencia de una unidad de producción que deba ser calificada como centro de trabajo, por lo que hay que centrar la cuestión en la presencia o no de los otros dos. Y así, “por producir debe entenderse la acción por la que una entidad crea, procura o fabrica un objeto o presta un servicio (...) Mientras que organizar consiste en la ordenación de bienes y personas para la obtención de un fin o función económica. Como el fin económico que se persigue y los medios que se poseen para su obtención son variados (...) el concepto de centro de trabajo, necesariamente tiene que ser abierto, siendo subsumible en él una variedad notable de posibles configuraciones” (SSTSJ de Madrid de 2 de abril de 1998);

–Y que, en fin, un poste de línea eléctrica se puede considerar como un centro de trabajo (STS de 18 de abril de 1992).

Y, entrando en el enjuiciamiento del caso de autos, en el que la sentencia de instancia había declarado la nulidad del preaviso electoral, la Sala del TSJ de Aragón, reproduciendo la STSJ de Valencia de 4 de diciembre de 2006 referida a otros centros de trabajo de la misma empresa, señala que la noción de centro de trabajo difiere de la de empresa y que a efectos electorales goza de mayor independencia y entidad el primero de ellos; pero que si bien la regla general es la delimitación electoral, por centro de trabajo el Estatuto de los Trabajadores prevé excepciones, como la del Comité de Empresa conjunto, al objeto de posibilitar el cumplimiento de los requisitos objetivos o numéricos exigidos por la norma. Por ello, en el caso concreto que se presenta, en el que no se trata de una empresa ordinaria dedicada a la producción de bienes, sino de una empresa de servicios, subrogada en los trabajadores pertenecientes a una contrata anterior, es necesario adecuar algunos de los tradicionales conceptos laborales a la realidad existente. Y afirmada esta premisa, “debe aceptarse igualmente que existe un empresario no titular del centro de trabajo físico, que no tiene por qué perder tal condición por llevarse a cabo en el mismo distintas actividades empresariales; porque si los trabajadores se encuentran a expensas del empresario que lo sea, en cada subrogación, aceptar la idea de que el centro de trabajo sería en cada cambio empresarial, aquel donde la empresa contratista tuviera su sede administrativa, podría implicar el absurdo de estimar que existe un cambio de centro de trabajo, a pesar de seguir verificándose la actividad laboral cotidiana consecuente al cambio de contrata, en el mismo lugar físico. Desde la perspectiva del mantenimiento de los derechos sindicales, es donde cobra el tema verdadero interés. Desde una perspectiva general, el ET establece en su artículo 44.5 que cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”. Por todo ello, y teniendo presente que en la tan repetida expresión del ET “empresa o centro de trabajo” la conjunción disyuntiva se utiliza en función del significado del último de los términos y no del primero, para distinguir entre empresas de estructura simple y de estructura múltiple o compleja, la Sala llega a la conclusión de que en el caso enjuiciado el preaviso se ha formulado respecto a un centro de trabajo de la empresa demandada conforme a lo previsto en el artículo 1.5 ET.

B) Noción de centro de trabajo y lugar de trabajo a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales

La **STS de 10 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2205, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa recurrente por falta de contenido casacional y defecto de forma, si bien recuerda la doctrina de la Sala sobre el correcto entendimiento de las nociones de “centro de trabajo” y “lugar de trabajo” a efectos de la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo. En el caso de autos la cuestión a debatir era si una empresa dedicada a la promoción, compra, construcción y venta de toda clase de edificaciones, que contrató con otra la realización de trabajos de albañilería en un edificio de su propiedad debía o no responder solidariamente con esta última por el recargo de prestaciones derivado de la falta de medidas de seguridad en un supuesto de accidente de trabajo sufrido por un trabajador de la contratista al caer de un andamio. El Tribunal Supremo recordará su doctrina que identifica los conceptos de “centro de trabajo” y “lugar de trabajo” a efectos de

la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, señalando que del deber de colaboración en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene de las empresas que desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo previsto en el artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, “parece lógico deducir, en los casos de contratas o subcontratas, la posibilidad de que la responsabilidad que venimos examinando alcance tanto al empresario directo o contratista como al principal, cuando exista base suficiente para ello” (STS de 18 de abril de 1992), pues lo decisivo es el hecho de que “el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella” (STS de 5 de mayo de 1999). De esta forma, “el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión ‘lugar de trabajo’, lo que aplicado al caso que aquí se resuelve significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario” (STS de 26 de mayo de 2005). La doctrina expuesta, finaliza la **STS de 10 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2205, “viene avalada por lo dispuesto en el RD 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la LPRL (...), al señalar en su artículo 2 que a los efectos de lo establecido en ese Real Decreto, se entenderá por centro de trabajo, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Y empresario titular del centro de trabajo, la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo”.

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

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

Véase apartado 2.B) y del número anterior de esta Revista el apartado 4.B)

C) Responsabilidad solidaria en supuestos de Administraciones Públicas

Frente a la tesis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de junio de 2006 que sostiene que la responsabilidad solidaria de las obligaciones de natura-

leza salarial prevista en el artículo 42.2 ET resulta aplicable a las Administraciones Públicas aunque el servicio en cuestión se gestione de forma indirecta mediante una concesión administrativa, recurre en casación para la unificación de doctrina el Consorcio de Aguas de Bilbao-Vizcaya, argumentado aplicación indebida del artículo 42.2 ET al supuesto controvertido. La falta de contenido casacional del recurso planteado, dada la coincidencia de la decisión de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo, lleva a la **STS de 12 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2358, a la inadmisión del recurso, aunque ello no le impide realizar un recorrido explicativo sobre el alcance y contenido de aquélla. Así, el Alto Tribunal indicará que las razones que en otras ocasiones le han conducido a mantener la responsabilidad solidaria de una Administración Pública que otorgó el correspondiente contrato administrativo se resumen del siguiente modo:

- “a) el término empresario, incluido en dicho artículo 42, debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica, que proyecte la existencia de una empresa en sentido económico o mercantil (...)
- b) la condición pública de la entidad demandada que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio de explotación de sus instalaciones periféricas de saneamiento de aguas (...) a otra entidad, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la naturaleza de la prestación, caso de haber sido realizada directamente por el órgano público local, por lo que, su gestión indirecta, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, no afecta al *solidum* legal examinado.
- c) Una interpretación del reiterado artículo 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto ‘contratas o subcontratas’ celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de ‘concesión administrativa’ ya que, de una parte, la generalidad de los términos ‘contratas o subcontratas’ no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra parte, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida (...)

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición y cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente

En aquellos supuestos en los que el trabajador presta servicios sin solución de continuidad para la empresa usuaria, primero, a través de diversos contratos de puesta a

disposición y, posteriormente, contratado directamente por aquélla, se ha suscitado el problema de determinar, en caso de despido improcedente, si el cálculo de la indemnización debía realizarse computando la antigüedad desde el inicio de la prestación de servicios para la empresa usuaria o solamente a partir de la fecha del contrato suscrito directamente con ésta. Una hipotética utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición, con los que se estaría cubriendo una necesidad permanente la empresa usuaria, serviría de base y fundamento para la elección de la primera de las opciones. A este debate debe responder la **STS de 23 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1953, pero la inexistencia de identidad sustancial entre los hechos enjuiciados por las sentencias contrastadas conduce a la desestimación del recurso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

5. CESIÓN ILEGAL

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

En el período examinado han aparecido varias sentencias del Tribunal Supremo que abordan idéntico supuesto de hecho y llegan al mismo pronunciamiento, a saber, la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción (**STS de 21 de septiembre de 2007**, u.d., I.L. J 1788; **STS de 2 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1871; **STS de 25 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1956; **STS de 4 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2289). No obstante, de las argumentaciones ofrecidas por el Alto Tribunal para la citada desestimación cabe extraer algunas interesantes consideraciones:

– Para determinar si ha existido cesión ilegal en una contrata habrá que estar a las circunstancias de cada caso, por lo que la existencia de contradicción en supuestos de cesión ilegal será difícil de establecer (**STS de 2 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1871).

– El problema más importante en la delimitación del supuesto del artículo 43 ET se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 ET. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a la contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio. 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 (justificación técnica de la contrata, autonomía de su objeto, aportación de medios de producción propios, realidad empresarial del contratista, ...). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas (**STS de 2 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1871).

– La última doctrina del Tribunal Supremo ha situado la apreciación acerca de la existencia o no de cesión ilegal en el hecho de “suministrar la mano de obra sin poner a contri-

bución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial”. Se contempla así la cesión no ya como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias sino como una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales (**STS de 25 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1956; **STS de 21 de septiembre de 2007**, u.d., I.L. J 1788; **STS de 4 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2289).

En otro contexto pero con igual conclusión, la constatación de diferencias suficientes en los supuestos enjuiciados y alegados como contradictorios conducen también a la **STS de 27 de septiembre de 2007**, u.d., I.L. J 1854, a rechazar el recurso de casación para la unificación de doctrina sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Conviene, sin embargo, aludir a las circunstancias de hecho presentes y a la solución alcanzada por los Tribunales inferiores, pues están ligadas a la problemática de la posibilidad o no de apreciar la existencia de cesión ilegal de trabajadores cuando se recurre a los servicios de una empresa de trabajo temporal. Recordemos que la cuestión se había circunscrito a determinar si la alusión del artículo 16.3 LETT a la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias en caso de contravención de lo dispuesto en los artículos 6 y 8 LETT significaba la imposibilidad de aplicar en tales supuestos las consecuencias fijadas en los apartados 2 y 3 del artículo 43 ET –estaríamos ante una ley especial que excepciona el régimen general–, o si, por el contrario, tal previsión no era más que una confirmación de que, justamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.2 ET, la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria en relación con las obligaciones salariales y de Seguridad Social se convertía en solidaria cuando el contrato de puesta a disposición vulnera lo establecido en los artículos 6 y 8 LETT. Tras una inicial interpretación de la doctrina judicial a favor de la primera de las opciones, el Tribunal Supremo, en sendas sentencias en unificación de doctrina del año 2006 (**STS de 4 de julio** y **de 26 de septiembre de 2006**), vino a señalar que “aunque sea sostenible que la regla determina específicamente las responsabilidades de la empresa usuaria, que limitaría a las exclusivas obligaciones salariales y de Seguridad Social, de forma que dejaría sin efecto –en tanto que regulación singular– las prevenciones contenidas en el artículo 43 ET, hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría –cualquiera que fuesen los defectos del contrato de puesta a disposición– la existencia de cesión ilegal de trabajadores, lo cierto es que nos parece más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores (con la salvedad legal de las ETT: artículos 43.1 ET y 1 LETT) entender que el inciso segundo examinado –declarando la responsabilidad solidaria– no consagra excepción alguna al artículo 43 ET, sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el artículo 43.2 ET, siquiera –por su condicionante inciso primero, al que va referido– con la más limitada expresión de ‘obligaciones salariales’ y no la más amplia de ‘obligaciones contraídas con los trabajadores’ utilizada en el precepto estatutario”.

En el caso examinado en la **STS de 27 de septiembre de 2007**, u.d., I.L. J 1854, que comentamos, tanto la sentencia de instancia como la del Tribunal Superior de Justicia

declararon la improcedencia del despido del trabajador y la existencia de cesión ilegal. El supuesto de hecho era el siguiente: el Instituto Catalán de Salud adjudica a una empresa la gestión del servicio de mantenimiento, figurando en el pliego de condiciones del contrato la obligación de la adjudicataria de llevar a cabo el servicio con personal propio. Pero, al no tener la contratista trabajadores suficientes para hacer frente al servicio contratado, recurre a trabajadores de una ETT. En tales circunstancias, razona la Sala del TSJ que “el contrato de puesta a disposición no se puede dar como válido por infracción de la normativa laboral y administrativa, ya que se parte de la imposibilidad de contratar con la ETT de acuerdo con las condiciones pactadas con el ICS, ya que la concesionaria debería aportar personal propio”, por lo que sobre tal base declara la existencia de cesión ilegal.

También los Tribunales inferiores han tenido que pronunciarse en el período que examinamos acerca de los elementos que conducen en un caso determinado a la apreciación final de existencia de cesión ilegal de trabajadores. Ha sido la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, Las Palmas (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 8 de octubre de 2007**, I.L. J 2429; **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 11 de octubre de 2007**, I.L. J 2430; **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 15 de octubre de 2007**, I.L. J 2432), la que en tres supuestos diversos, y con argumentos exactamente idénticos, que aplica indistintamente a cada uno de ellos, llega a la misma conclusión, a saber, la de encontrarse “ante un supuesto paradigmático de cesión ilegal de mano de obra”. Veamos esos argumentos y las circunstancias presentes en cada uno de los casos enjuiciados.

El supuesto de hecho de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de octubre de 2007**, I.L. J 2429, es el siguiente: la empresa Zara España, SA celebra un contrato de gestión de servicios con la empresa Eurocen Europea de Contratas, SA para la realización de la actividad de colocación y preparación para la venta de las mercancías propiedad de la primera en las tiendas que ésta regenta. Los trabajadores de Eurocen desde el inicio de su relación han prestado servicios en las tiendas de Zara, utilizando las mercancías, el mobiliario y demás instrumental de ésta, realizando las funciones propias de toda dependienta. Además, las trabajadoras han actuado en todo momento bajo las órdenes e instrucciones del personal de Zara, reportando a éste instantáneamente las incidencias que se producían en el desempeño de sus funciones, conservando la entidad titular de la tienda en todo momento la dirección efectiva del servicio contratado. La Sala concluye que el objeto real de la contratación llevada a cabo por Zara con la empresa de servicios Eurocen no fue sino “la prestación de servicios de las trabajadoras, que en el marco de su actividad laboral se integraban en la estructura organizativa de la primera, a pesar de que el contrato de trabajo estaba formalizado con la segunda”, sin que el hecho de que las vacaciones de las trabajadoras fueran organizadas por Eurocen y que iniciaran su jornada laboral antes que el resto del personal de la tienda, no dejen de ser “indicios neutros y carentes de suficiente relevancia a la hora de calificar la relación jurídica”. Y en lo que a argumentaciones jurídicas concierne, amén de traer a colación las aportaciones de la doctrina científica sobre el fenómeno de la cesión, la sentencia recuerda que, a efectos de declarar la existencia del mecanismo interpositorio, es “por completo irrelevante si la

empresa Eurocen (...) dispone o no de estructura organizativa propia como empresa y no constituye una mera ficción, puesto que lo importante es si dicha estructura organizativa ha entrado o no en juego en la prestación contratada entre las empresas”, puesto que “como señala la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (...) aunque nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste 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 (...)”.

Por su parte, en el caso examinado por la **STSJ de Canarias (Las Palmas), de 11 de octubre de 2007**, I.L. J 2430, las empresas Sociedad Española de Carburos Metálicos, SA y Transportes Mederos, SL celebran un contrato de servicios en virtud del cual esta última se compromete a realizar la actividad de transporte de gases (oxígeno) para usos médicos e industriales que elabora la primera; actividad que, según la sentencia que estudiamos, “se supone que es una de las más características de su objeto social y que ha de ser llevada a cabo permanentemente y en todo caso sin que existan auténticos proyectos ni servicios u obra con autonomía y sustantividad propia que justifiquen la existencia de la contrata”. La actividad contratada se lleva a cabo por los trabajadores de la empresa Transportes Mederos, SL en las dependencias de Carburos Metálicos, SA, donde inician y finalizan su actividad laboral, utilizando las mercancías, vehículos y demás instrumental de ésta, que es quien, además, les proporciona la formación necesaria y específica para el desarrollo de su actividad de conductores de transporte de mercancías peligrosas. Entiende la Sala que en todo momento los trabajadores han actuado bajo las órdenes e instrucciones del personal de Carburos Metálicos, SA, que conservaba la dirección efectiva del servicio contratado, por lo que de todos estos hechos “no resulta que exista prestación alguna por parte de la empresa de transportes codemandada distinta a la propia prestación de los trabajadores cedidos cuya relevancia la convierta en el objeto de la contratación celebrada entre ambas empleadoras y que la diferencie netamente de una mera puesta a disposición de trabajadores”, sin que la alegación de la empresa transportes Mederos, SL, en el sentido de que poniendo ella los medios materiales para el desarrollo del servicio de transporte, como son las dos cabezas tractoras, y perteneciendo los trabajadores afectados a su plantilla con anterioridad a la celebración del contrato de servicios, en ningún caso podría hablarse de cesión ilegal, sirviera para fundamentar diversa conclusión.

Finalmente, en los hechos probados de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007**, I.L. J 2432, consta que el Instituto Nacional de Empleo (INEM) y el Servicio Canario de Empleo (SCE) suscribieron un Convenio de Colaboración en cuyo marco una trabajadora contratada por el SCE prestaba servicios como auxiliar administrativa para el INEM, en sus dependencias, bajo las órdenes e instrucciones de la Jefa de Prestaciones del INEM y en idéntico horario al del resto del personal del INEM, con el que se turnaba en el período de vacaciones. En tales circunstancias, para la Sala, el “objeto real del convenio suscrito entre las codemandadas no fue sino la prestación de servicios de la actora, que en el marco de su actividad laboral se integraba en la estructura organizativa del INEM, a pesar de que el contrato de trabajo estaba formalizado con el SCE”; por ello resulta evidente la existencia de cesión ilegal, siendo a tales efectos por completo irrelevante si

el INEM dispone o no de estructura organizativa propia como empresa, “puesto que lo importante es si dicha estructura organizativa ha entrado o no en juego en la prestación contratada”.

B) Ejercicio del derecho de opción: es necesario que la relación laboral esté viva

El artículo 43.4 ET reconoce el derecho del trabajador sometido a tráfico ilegal a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, como recuerda la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007**, I.L. J 2432, comentada en el apartado anterior, para poder ejercitar el mencionado derecho es necesario que la relación laboral esté viva, por lo que si ésta se ha extinguido ya, aunque haya existido cesión ilegal, no cabe el ejercicio del derecho de opción.

C) Responsabilidad solidaria en caso de despido y cesión ilegal: articulación procesal

La garantía de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social en los supuestos de tráfico ilegal de mano de obra consagrada en el artículo 43.3 ET plantea ciertos problemas de índole procesal cuando de lo que se trata es de proyectarla sobre las eventuales consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido que afecta a un trabajador sujeto a la cesión ilícita. A uno de estos casos alude la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007**, I.L. J 2432, a la que ya nos hemos referido en los dos apartados precedentes. En ella se discute si cabe condenar solidariamente en el despido improcedente de una trabajadora contratada por el Servicio Canario de Empleo que prestaba servicios para el INEM en el marco del Convenio de Colaboración suscrito por ambas entidades, tal como entendió la sentencia de instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias, después de apuntar que tratándose de un procedimiento por despido la cuestión relativa a la eventual existencia de cesión ilegal es “ajena completamente a las materias que han de ser discutidas en los procedimientos de esta clase, siendo inacumulable dicha acción a la de despido, pues el ejercicio de la acción de cesión ilegal requiere también necesariamente que la relación laboral esté viva”, afirmará que “cuestión distinta es que la acción de despido se ejercite frente a quienes se estiman como obligados solidarios, lo que en todo caso exige resolver si la eventual situación de cesión ilegal de trabajadores que se plantea como cuestión previa puede llevar a que en el fallo de la sentencia sea condenada solidariamente la Administración cesionaria a optar entre readmitir o indemnizar al trabajador y al pago de los salarios de tramitación. Se trata, en definitiva, de una cuestión previa que ni siquiera tiene la condición de cuestión prejudicial atribuida a otro orden jurisdiccional (...) En otras palabras, el juzgador para resolver la acción de despido ha de determinar, con carácter previo, quién es el verdadero empleador del trabajador despedido y, consiguientemente, si ha existido o no en la configuración de la relación laboral cesión ilegal de trabajadores, para determinar las responsabilidades derivadas de una eventual declaración de improcedencia del despido”.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Pese a la ya más que persistente y reiterada doctrina del Tribunal Supremo acerca de los elementos configuradores del supuesto de hecho del artículo 44 ET, plagada de desencuentros y “a regañadientes” encuentros con la jurisprudencia comunitaria, continúan siendo habituales los pronunciamientos judiciales que deben dilucidar si en unas determinadas circunstancias de hecho se produce o no el fenómeno de la sucesión empresarial. Así, la **STS de 12 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2335, debe pronunciarse sobre si la externalización del servicio de restauración por parte de la Fundación Catalonia—cuya actividad principal es la gestión del servicio de atención a personas con discapacidad psíquica—, a la empresa BORIS 45, SA—dedicada a la prestación de servicios de restauración a colectividades, empresas, hospitales, residencia, etc.—, producida sin transmisión de elementos patrimoniales ni firma de cláusulas que garanticen la estabilidad en el empleo de los trabajadores, constituye o no un supuesto de sucesión de empresa ex artículo 44 ET. En virtud del contrato de arrendamiento de servicios suscrito por las dos empresas mencionadas, BORIS, SA, asumía la preparación del desayuno, comida, merienda y cena de las personas residentes en el centro cuya titularidad correspondía a la Fundación Catalonia, que ponía a disposición de aquélla las instalaciones de la cocina, con la maquinaria y demás enseres relacionados, estipulándose, además, que la maquinaria que hubiese de adquirirse en el futuro permanecería afecta a las prestaciones derivadas del contrato, quedando en propiedad de la Fundación cuando finalizara la relación.

La sentencia de instancia entendió que existía sucesión de empresa, mientras que la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó, en aplicación de la tesis del Tribunal Supremo recaída en los supuestos de liberalización del servicio de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros (*handling*), que anteriormente prestaba Iberia en régimen de monopolio, que no estábamos ante un supuesto de sucesión empresarial sino de novación contractual que, como tal, exige el consentimiento de los trabajadores afectados como requisito de validez.

El Tribunal Supremo, tras recordar la jurisprudencia comunitaria en el sentido de que “(...) la restauración colectiva no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige unos equipos importantes (...)”, y que “(...) la transmisión de los locales y de los equipos (...) basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la entidad económica (...)”, afirmará que el supuesto enjuiciado entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 44 ET, ya que:

“(...) sin necesidad de recurrir al polémico criterio que se conoce como ‘sucesión de plantilla’, pues, (...), la transmisión afectó en este caso, en régimen de arrendamiento, al conjunto de medios materiales que permitían mantener el servicio de restauración del centro (...), es evidente que el fenómeno de externalización llevado a cabo mediante el tan repetido contrato de arrendamiento de servicios, (...) constituye un supuesto lícito de sucesión empresarial del artículo 44 del ET.

Y ello es así, porque la transmisión, como exige el precepto, concierne a una entidad económica que, sin constituir en principio la actividad medular de la arrendadora, mantiene su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados para desarrollar una actividad económica, incluso aunque se considerara accesoria (es decir, no esencial) en este caso en relación a la propia y principal de la arrendataria que, (...) consiste en la atención de personas con discapacidad psíquica.

En estos supuestos no es necesaria la existencia de cláusula alguna que garantice la estabilidad del empleo de los trabajadores, (...), porque, al menos en teoría, tal garantía, y aún mayor, viene establecida en la propia norma cuando ordena que el nuevo empresario quede subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (...). Y si, en la práctica, llegara a resultar burlada la garantía legal, nuestro ordenamiento positivo y la jurisprudencia ponen a disposición de los trabajadores mecanismos tales como, por ejemplo, la institución del fraude de ley o la doctrina del levantamiento del velo que, llegado el caso, podrían restituirla”.

Y respecto a la alegada aplicación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la doctrina del Tribunal Supremo sentada en los casos de desaparición del monopolio de Iberia en el servicio de asistencia en el transporte aéreo, el Alto Tribunal señalará que la conclusión alcanzada en nada contraría su jurisprudencia sobre dichos asuntos, pues “la singular situación planteada en aquellos procesos y la solución excepcional que merecieron poco tienen que ver con las circunstancias del presente litigio”. En aquella ocasión, continúa la sentencia, no había existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa “sino que meramente se había dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, vino a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio”.

Algo diversa es la situación que se presenta a debate en el caso examinado por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2007**, I.L. J 2312, pues en esta ocasión la duda no incide tanto en el alcance del supuesto contemplado en el artículo 44 ET cuanto en el ámbito general de aplicación de la legislación laboral. Según resulta acreditado, las recurrentes iniciaron la prestación de sus servicios en la Residencia Geriátrica San Juan de Dios de Lillo, como consecuencia de su condición de socias trabajadoras y fundadoras de la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado Servicios Geriátricos Lillo, SCL, a la que le fue adjudicada por el Ayuntamiento la gestión indirecta de la aludida Residencia. Posteriormente, la presidenta de la entidad cooperativa solicita al Ayuntamiento la rescisión de mutuo acuerdo del mencionado contrato administrativo por causa de fuerza mayor, siéndole adjudicada la gestión del servicio municipal de la Residencia Geriátrica a la empresa Edad Dorada Mensajeros de la Paz, entidad que contrató eventualmente a las trabajadoras recurrentes. Sobre la base de estos datos fácticos, la cuestión planteada en el recurso se centra en fijar la fecha de antigüedad de las trabajadoras a efectos del cálculo de la indemnización por despido, pretendiendo las demandantes que se tenga como tal la del inicio de la prestación de sus servicios como socias cooperativas de la Cooperativa

de Trabajo Asociado a la que se le adjudicó en un primer momento la gestión de la Residencia de la Tercera Edad, al entender que se produjo sucesión empresarial entre dicha entidad y la que le siguió en la gestión de la Residencia. La Sala rechaza la pretensión argumentando que

“(…) la recurrente no mantenía una relación laboral con la Sociedad Cooperativa Servicios Geriátricos de Lillo SCL, sino que (...) era socia trabajadora, no siendo equiparables la relación que mantiene un trabajador por cuenta ajena con la empresa empleadora y la del socio cooperativista respecto a la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado en la que se integra, pues la de este último es una relación societaria, por más que la legislación en aspectos particulares haya aproximado el régimen del socio trabajador con el trabajador por cuenta ajena. Diferencia de relación jurídica trascendental para el caso y que viene afirmando la jurisprudencia desde antiguo (...) Lo anterior determina que no sea aplicable a la demandante, al menos directamente el artículo 44 del ET, al no ser un trabajador por cuenta ajena en la sociedad cooperativa para la que trabajó como socio y cuya antigüedad quiere ver reconocida”.

Y, aunque no haya sido invocada, continúa la sentencia examinada, tampoco cabría aplicar al supuesto enjuiciado la ficción legal prevista en la Ley Estatal de Cooperativas de 16 de julio de 1999 que equipara en supuestos de cese de una cooperativa de trabajo asociado en una contrata o concesión administrativa y entrada de un nuevo empresario a los socios cooperativistas de trabajo asociado con trabajadores por cuenta ajena, pues la previsión legal está sujeta a unos determinados límites, entre los que figura que el cese de la cooperativa en la contrata de servicios o concesión administrativa no fuera imputable a ella; exigencia que no se da en el caso examinado, pues la cesación de la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado en la gestión de los servicios se produjo de manera voluntaria, por acuerdo de disolución que adoptó la Asamblea General Extraordinaria de la cooperativa de la que la demandante era socia.

Especialmente singular es el supuesto de hecho de la **STSJ de Canarias de 13 de noviembre de 2007**, I.L. J 2317, que se resume en los siguientes términos: el actor era trabajador de la empresa “Green Services, SA”, la cual explotaba el complejo de apartamentos “Green Oasis” mediante contrato de arrendamiento suscrito con la Comunidad de Propietarios. Al ser declarada la empresa “Green Services, SA” en concurso de acreedores se cancela el contrato de arrendamiento, revirtiendo las instalaciones a la Comunidad de Propietarios, que cierra el complejo y da de baja en la Seguridad Social a todos los trabajadores. En tales circunstancias, la Sala, reproduciendo un pronunciamiento anterior que aplica a contrario sensu, y tras hacer constar que en este caso la Comunidad de Propietarios se constituyó como Comunidad de Explotación y explotó efectivamente el complejo de apartamentos “Green Oasis” hasta que por motivos comerciales decidiera ceder en dos ocasiones la explotación en arrendamiento a empresas especializadas en el ramo (empresas Cañada Sun, SA y Green Services, SA), sostendrá que “(...) una vez revertido el complejo a la misma al haber sido cancelado el último contrato de explotación al ser declaradas las empresas Cañada Sun, SA y Green Services, SA en concurso..., se ha producido una sucesión de empresas ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, razón por la cual la decisión de la Comunidad de Propietarios y Explotación demandada de no continuar en la actividad

hostelera y no asumir al actor en su plantilla ha de ser considerada como despido, que por carecer de causa que lo justifique sólo puede ser calificado como improcedente, debiendo soportar todas las consecuencias derivadas de dicha declaración la Comunidad codemandada”.

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véanse también los apartados 6.B) y 6.C).

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

La aplicación de la doctrina comunitaria acerca de la existencia de sucesión de empresa en los casos de asunción por el cesionario de una parte sustancial de la plantilla del cedente ha planteado especiales problemas en aquellos casos en los que la asunción de plantilla viene impuesta convencionalmente, pues ello ha provocado que los efectos de la transmisión dejen de estar limitados a los que la norma convencional imponga para, por vía indirecta, convertir la subrogación prevista en el convenio colectivo en un supuesto más de los encuadrables en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET y, por tanto, de los que están afectados por las consecuencias fijadas en el precepto estatutario, en particular por la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. A uno de estos supuestos aluden la **STS de 19 de septiembre de 2007**, u.d., I.L. J 1840 y la **STS de 21 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 2225. El Alto Tribunal debe decidir si sobre la empresa cedente han de recaer o no las consecuencias del despido improcedente de un trabajador de una empresa concesionaria que, tras la finalización del contrato administrativo de gestión que su empresa tenía suscrito con Servicio Cántabro de Salud, ve cómo la nueva adjudicataria, que en virtud de lo previsto en el convenio colectivo aplicable está obligada a contratar un 84% de los trabajadores de la concesionaria anterior, no procede a integrarlo en su plantilla. La Sala entenderá que sólo la empresa cesionaria debe asumir las consecuencias del despido improcedente, en atención a los siguientes argumentos:

– Partiendo de la base de la indiscutida existencia de una sucesión de empresas,

“es decir, de una subrogación contractual, en virtud de la cual se extingue el contrato del actor al finalizar la contrata, y que lo que se debate es si la recurrente (...) debe o no responder solidariamente con la empresa cesionaria de los efectos derivados del cese del actor calificado como despido improcedente, es decir, de deudas que nacen con la sentencia firme calificadora del despido, es indudable que no estamos en el supuesto contemplado en el artículo 44.3 ET, que se refiere, cuando establece la responsabilidad legal solidaria de ambas empresas, a las transmisiones por actos inter vivos durante tres años por obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, no siendo de aplicación nuestra doctrina interpretativa de dicho precepto”.

– De acuerdo con lo anterior,

“si la subrogación empresarial extinguió la relación laboral del actor con Ferrovial SA (empresa cedente), siendo la nueva concesionaria del mantenimiento del Hospital

Sierrallana quien no contrató a aquél, las consecuencias de su actuación, que fue calificada por la sentencia recurrida de despido improcedente, debe soportarla la nueva concesionaria, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, no procediendo por tanto condenar a Ferrovial Servicios, SA, ya que se trata de un supuesto distinto no comprendido en el artículo 44.3 ET”.

Similar problemática se suscita en el caso enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2007**, I.L. J 2454, si bien en esta ocasión la responsabilidad no afecta a las consecuencias del despido sino al impago de salarios, por lo que la solución final a la que se llega es justamente la contraria. El supuesto de hecho era el siguiente: la trabajadora prestaba servicios para la empresa Sutegui SL con la categoría profesional de limpiadora en el centro de trabajo del Ayuntamiento de Munguía, que había adjudicado a dicha empresa el servicio de limpieza. La empresa Sutegui SL ha sido sucedida en la contrata de limpieza por la empresa Garibaldi SAL, dándose la circunstancia de que en ese momento se le adeudaban a la trabajadora los salarios y pagas extraordinarias de algunos meses. El juzgador de instancia, en aplicación del artículo 44.3 ET, condenó solidariamente a ambas empresas al abono de tales cantidades, recurriendo en suplicación frente a esta decisión la empresa Garibaldi, argumentando que el convenio colectivo aplicable le obliga a subrogarse en el vínculo contractual, lo que ha hecho, pero no a compartir las deudas del anterior concesionario del servicio respecto de los trabajadores subrogados, sin que el mero cambio de contratista del servicio de limpieza constituya un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET. La Sala ratifica la decisión del Juzgado sobre la base de las siguientes argumentaciones:

– Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el artículo 44 ET es el subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral “Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho”.

– Entre los cambios introducidos en el artículo 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, alterándose de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ahora se realiza en términos idénticos a los de la norma comunitaria. Con ello no cabe duda de que “nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente abandonando la que hasta ahora teníamos”. De esta forma, la jurisprudencia comunitaria cobra singular relevancia, pasando a ser “la autorizada intérprete de nuestra propia norma”.

– Con anterioridad a la citada reforma, una consolidada doctrina del TS excluía del supuesto regulado en el artículo 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaban aparejada la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo. Sin embargo, tras la modificación normativa producida, y a la luz de las sentencias del TJCE, “también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el

artículo 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución”. Doctrina comunitaria que nuestro Tribunal Supremo ha hecho suya.

– Proyectando todo lo anterior sobre el caso enjuiciado, “se trata de un servicio que como es notorio, se presta con mínimos medios materiales, siendo el valor fundamental que se aporta por la adjudicataria del servicio el de su mano de obra, con lo que viene a constituir un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET y, con ello, queda sujeta también a tener que compartir las deudas que el anterior concesionario tenía con el personal adscrito al mismo y respecto al cual se ha subrogado en el vínculo contractual, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de ese precepto”. Y sobre una eventual oposición entre la conclusión alcanzada y lo previsto en el convenio colectivo en materia de obligaciones subrogatorias en los casos de sucesión de contratistas, la Sala entiende que no existe contradicción alguna, pues amén de por otras consideraciones, porque “en todo caso (esto es, aunque el convenio colectivo en cuanto tal no impusiera la extensión de responsabilidad), porque ésta tiene un segundo título jurídico, al margen del convenio, como es el que deriva del artículo 44.3 ET, precisamente por estar ya ante uno de los supuestos de sucesión de empresa regulados en dicho precepto, tras la modificación legislativa de su noción, incorporando la comunitaria, sin que nuestro legislador, al hacerlo así, haya excluido del efecto extensivo de la responsabilidad a los nuevos supuestos incorporados (que pudo hacerlo, ya que la norma comunitaria no lo exigía)”.

En alguna ocasión ya hemos mencionado ese efecto indirecto que sobre las consecuencias y alcance de la sucesión empresarial podía tener el seguimiento de la tesis de la “asunción de plantilla” en nuestro ordenamiento. Véase Revista núm. 29, crónica III, apartado 7.B).

Desde otra perspectiva, la **STSJ de La Rioja de 4 de septiembre de 2007**, I.L. J 2409, tras aludir insistentemente a la finalidad del mecanismo subrogatorio recogido en el artículo 44 ET, a saber, “proteger al trabajador actuando como garantía de mantenimiento de su relación laboral y de que ésta no se va a extinguir por el mero hecho de que cambie la persona del empresario con quien formalizó el contrato, siempre y cuando subsista la empresa o una unidad productiva de ámbito inferior”, y realizar un detenido análisis de las últimas modificaciones sufridas por el precepto y de la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los elementos configuradores de su supuesto de hecho, llega a la conclusión de que en el caso examinado estamos en presencia de una sucesión de empresa. Pero lo relevante, no es tanto la solución alcanzada cuanto los argumentos empleados, que parecen fuertemente apegados a una tesis como la de la “sucesión en la actividad”, que ya el TJCE tuvo que matizar y modificar en su momento. De los hechos probados se desprende que la actividad de prestación de servicios logísticos para la empresa Crown Bevcan España SL, que con anterioridad desempeñaba Berge Marítima, SA, pasó a desarrollarse, sin solución de continuidad, por la empresa Car Volum, SL, que continúa así la

anterior contrata. La nueva adjudicataria utiliza los servicios e instalaciones de la empresa Crown Bevcan España, SL, como antes lo hacía Berge Marítima, SA. Para la Sala, “se ha producido una evidente transmisión en la actividad objeto de la contrata, transmisión para la cual, la empresa principal proporciona a la nueva adjudicataria los mismos elementos materiales que con anterioridad había puesto a disposición de la anterior, y si bien es cierto que la empresa cesionaria aporta al desarrollo de su actividad medios materiales propios (...) no es menos cierto que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de esta actividad, no es suficiente para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad (...) Lo cierto es que la empresa entrante desarrolla, sin solución de continuidad, la misma actividad que desarrollaba la empresa saliente, que para ello utiliza los medios materiales que la empresa principal pone a su disposición como ya lo hizo con la empresa que cesó en la actividad, que precisamente esos medios materiales tienen relevancia en la ejecución de la contrata y que es precisamente en este caso la continuación en la actividad el elemento determinante de la aplicación de las garantías legales para los casos de sucesión de empresa”.

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de octubre de 2007**, I.L. J 2435, analiza un supuesto de sucesión de contratas de seguridad en el que la nueva adjudicataria no se subroga en la relación laboral de uno de los trabajadores de la anterior. En concreto, el trabajador, con contrato indefinido a tiempo parcial con la empresa Castellana de Seguridad, SA, prestaba servicios como Vigilante de Seguridad y no fue subrogado por la empresa Esabe al pasar ésta a prestar los servicios de vigilancia para la empresa ADIF que hasta entonces había realizado Castellana de Seguridad, SA, pese a que la nueva contratista se había hecho cargo de parte de la plantilla de la anterior. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, tras reproducir literalmente la tantas veces mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004, en la que se lleva a cabo un análisis de las previsiones del derecho comunitario y español en materia de sucesión de empresa y de la evolución de la jurisprudencia del TJCE sobre el particular, llega a la conclusión de que “dándose la circunstancia (...) de la transmisión de la actividad desarrollada por Castellana de Seguridad SA a la condenada Esabe Vigilancia, SA, así como la transmisión de parte de la plantilla, ha de aplicarse el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores al considerar que tal como entendió el juez de instancia se ha producido una subrogación legal...”.

C) Alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44.3 ET

Véase apartado 6.B).

D) Cesión de contratos: novación subjetiva empresarial

La correcta determinación de si nos encontramos o no ante un supuesto incardinable en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET resulta fundamental a la hora de precisar el alcance jurídico de la subrogación empresarial, y ello porque aunque ésta puede venir impuesta por diferentes vías –artículo 44 ET, por convenio colectivo, o porque así venga previsto en el clausulado condicional de un pliego de condiciones administrativas–, sus efectos y

naturaleza son diversos. En el caso del artículo 44 ET el mecanismo de sucesión *ex lege* es indisponible para las partes, de forma que cuando se dan todos los requisitos exigidos para que opere, éste entra en juego inexorablemente. Muy distinta es la situación cuando de lo que se trata es de una subrogación contractual pues en este caso para que opere el efecto subrogatorio es necesario el consentimiento del trabajador afectado. En este contexto se sitúa el debate recogido en la **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007**, I.L. J 2410, que debe dilucidar si en el supuesto enjuiciado se aplica el artículo 44 ET o, tal como sostienen las trabajadoras recurrentes, en él no concurren las notas de la transmisión de empresa y, por ende, para que la subrogación empresarial se produjera se requeriría el consentimiento del trabajador. Los hechos son los siguientes: las trabajadoras, fijas discontinuas, prestaban servicios para la Consejería de Cultura como ayudantes de cocina durante el período comprendido entre octubre y mayo de cada año en el comedor de un Colegio Público. La Consejería suscribe contrato con la empresa Comis Lagun SL por el que la primera dejaba de realizar los servicios de comedor y éstos pasaban a ser prestados por la segunda, poniendo la Consejería los locales del Colegio, instalaciones, utensilios, menaje, etc., y siendo a cargo de la empresa el personal, materias primas, preparación de alimentos, limpieza del comedor y sus materiales y mantenimiento y reparación de las instalaciones y equipamientos. La sentencia de instancia entiende que estamos en presencia de una sucesión de empresas porque, según argumenta, se ha producido la transmisión de los elementos productivos por parte de la Consejería y porque la actividad que se contrata es específica y diferenciada de la principal. Por el contrario, la Sala del TSJ de Valencia, trayendo a colación, entre otras, la doctrina del TS en los supuestos de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves, a la que tantas veces nos hemos referido, llegará a la conclusión contraria, afirmando que:

“(…) es claro que nos encontramos ante una sucesión de contratos pactada por las empresas que en modo alguno obliga a las trabajadoras demandantes, ya que (...) no hay transmisión de elementos patrimoniales, ni la sucesión resulta de norma convencional que la apoye (...), de forma que las trabajadoras que han negado su consentimiento para que su relación continúe con la empresa a la que se ha adjudicado el servicio de comedor, sin la transmisión patrimonial necesaria para que opere la figura de la sucesión de empresas prevista en el artículo 44, no pueden ser obligadas a pasar por la novación de su contrato sólo pactado entre los empresarios”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO