

**III. EMPRESARIO****Sumario:**

- 1. Consideración preliminar.** **2. Empresario.** A) Concepto a efectos laborales. B) Profesores de religión y moral católica en centros de enseñanza primaria. **3. Grupo de empresas.** A) Cómputo de la antigüedad a efectos indemnizatorios. B) Extinción del contrato por causas objetivas ex art. 52.c) ET. C) Responsabilidad solidaria: requisitos. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Noción de propia actividad. C) Contratación temporal vinculada a la celebración de una contrata. D) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. E) Responsabilidad solidaria: es presupuesto indispensable que se trate de obras correspondientes a la propia actividad. F) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. **5. Cesión ilegal.** A) Notas definitivas. B) Diferencias con la contrata. C) Responsabilidad solidaria: imputación. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Subrogación contractual: de nuevo sobre el caso de la liberalización del handling en los aeropuertos. C) Condiciones laborales tras la subrogación. D) Requisitos de la subrogación: no es necesario el consentimiento de los trabajadores. E) Sucesión de contratas y concesiones administrativas. F) Responsabilidad solidaria.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2003 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2187 a J 2761) 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 empresa, 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 están indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. EMPRESARIO

### A) Concepto a efectos laborales

En el contexto del análisis de cuestiones diversas acerca de las responsabilidades del empresario en la relación de trabajo —y no propiamente en el análisis de la identificación de la figura que ocupa la posición de empleador en una determinada relación laboral—, algunas de las sentencias recaídas en el período que estudiamos, y que son objeto de examen en apartados sucesivos, contienen algunas indicaciones sobre los caracteres y elementos definidores de la noción de empresario laboral que consideramos puede resultar de interés y que pasamos a sistematizar.

Respecto a distintos supuestos de imputación de responsabilidad al existir una cesión ilegal de trabajadores, la **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2209, con apoyo en el art. 1.2 ET dispone que “serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, que reciban la prestación de servicios” del trabajador y señala que dada la inexistencia de la empresa como tal, al no hallarse inscrita en el Registro Mercantil, el responsable de las consecuencias de la declaración de la cesión ilegal es “la persona (física) que legalmente ha representado a esta sociedad inexistente, es quien debe responder por ella”; y la **STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003**, I.L. J 2596, afirma que “el hecho de que preste servicios en las dependencias de la Delegación de Gobierno, con sus medios materiales y sometidos a (su) supervisión (...), no permite hacer derivar hacia dicho organismo responsabilidad alguna por la cesión ilegal de trabajadores, pues sólo es imputable a quien incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección”.

Por su parte, también en el marco de la cesión de trabajadores, en concreto en la tarea de deslindar entre ésta y la contrata, la **STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003**, I.L. J 2550, declara “que, en el área del Derecho Laboral, el empresario es toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma. Cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión (...) Y en relación con los trabajadores que prestan servicios en la empresa, al empresario se le reconocen las facultades que se desprenden de lo que dispone el art. 1.º del Real Decreto 1406/1985, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Centros de Trabajo”.

se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal”.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2003**, I.L. J 2196, en el ámbito de la delimitación de los elementos caracterizadores de la sucesión de empresas, afirmará que “el empresario no es necesariamente el propietario de los instrumentos de producción, sino propietario de ese elemento creativo/organizativo que determina el concepto jurídico de empresa, concepto que no está constituido por los bienes del empresario sino por los bienes organizados por aquél”.

### B) Profesores de religión y moral católica en centros de enseñanza primaria

De nuevo la **STS de 3 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2388, aborda una cuestión relacionada con la situación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos, si bien, en esta ocasión, el debate no se centra tanto en la determinación de quién ostenta la condición de empresario, si la Comunidad Autónoma o el Ministerio de Educación, cuanto en la concreción del régimen retributivo que les corresponde tras la modificación introducida por el art. 93 de la Ley 50/1998 en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 21/1990, de ordenación general del sistema educativo. Por lo que a nuestra materia concierne, sin entrar, por tanto, a detallar la problemática remuneratoria de fondo, la sentencia continúa la línea ya marcada en pronunciamientos precedentes del Tribunal Supremo según la cual en estos supuestos las obligaciones empresariales, en esta ocasión, bajo la forma de abono de las cantidades salariales reclamadas, corresponde a la Administración central y no a la autonómica.

## 3. GRUPO DE EMPRESAS

### A) Cómputo de la antigüedad a efectos indemnizatorios

Entre las consecuencias anudadas a la constatación de la existencia de un grupo o unidad empresarial se sitúa la de computar la antigüedad del trabajador de forma global, tomando como punto de partida la fecha de inicio del primer contrato con cualquiera de las empresas que conforman el grupo. En este sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2243, tras constatar que “las codemandadas tienen igual accionariado y (...), unos mismos directores y gestores, un mismo domicilio social y establecimientos, un objeto social y una actividad prácticamente idéntica a lo que se une la utilización indiferenciada tanto simultánea como sucesiva de los servicios de unos mismos trabajadores para las dos codemandadas”, y recordar que el grupo de empresas merece un examen casuístico, diferenciando esta situación de la relativa a la llamada Unión Temporal de Empresas —“lícita situación, no asimilable a la que precisa de la investigación y del levantamiento del velo”—, llega a la conclusión de que en el caso de autos, la

Esta misma materia, centrada en la determinación del tiempo de servicios que debe ser computado a los efectos de calcular la indemnización del despido en supuestos de sucesión de contratos temporales para empresas distintas, de forma sucesiva y sin que haya existido una solución de continuidad significativa, es objeto de análisis por la **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2003**, I.L. J 2629, con resultados similares a los recién comentados aunque con mayor carga argumental, al menos por lo que afecta a la existencia de grupo empresarial y sus consecuencias. De forma esquemática, la Sala, con apoyo constante en la doctrina del Tribunal Supremo, razona de la siguiente forma: –la cuestión a dilucidar es si las empresas constituyen o no un grupo empresarial; –en la resolución de este problema la jurisprudencia ha destacado la imposibilidad de dotar de un tratamiento único a los diversos supuestos de agrupación de empresas, siendo, en todo caso, necesario que el nexo o vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito laboral; así, la dirección unitaria de varias entidades empresariales podrá ser determinante de la existencia de un grupo empresarial pero no es suficiente para afirmar la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para que tal responsabilidad solidaria tenga lugar hace falta un plus, un elemento adicional que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo. 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales. 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección; –las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, sino que, dependiendo de las características funcionales del grupo y del aspecto de la relación de trabajo afectado por la pluralidad empresarial, aquéllas oscilan entre el reconocimiento de una única relación de trabajo –no escindida por la existencia de varios empresarios–, la afirmación de la presencia de un empresario único –más allá de la apariencia de posiciones empresariales distintas–, o, en fin, la imputación de responsabilidad solidaria al empresario que ostenta la posición de cabecera del grupo cuando aquél tenía trascendencia en la organización del trabajo.

La traslación de las anteriores consideraciones al supuesto estudiado, en el que “además de las evidentes conexiones en la dirección de las dos empresas, y de que la actividad de una y otra están muy relacionadas, existe una plantilla única, al prestar servicios el demandante en el mismo centro de trabajo, realizando similares funciones durante la vigencia de ambas relaciones contractuales, aunque se han formalizado como dos relaciones contractuales distintas”, destacándose así, “el uso puramente formal de la personalidad jurídica para encubrir la realidad de un empleador, que ha mantenido con el demandante una única relación laboral que pretende encuadrarse a través de contrataciones sucesivas con dos sociedades mercantiles integrantes del mismo grupo”, lleva a la sentencia a concluir que procede mantener la responsabilidad solidaria de las dos empresas implicadas, computando, a efectos de determinar la antigüedad del trabajador para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, todo el período de prestación de servicios, es decir, desde el comienzo de la relación laboral y no desde el período correspondiente al último de los contratos.

### B) Extinción del contrato por causas objetivas ex artículo 52.c) ET

Como se sabe, en ocasiones, a la hora de determinar la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten a la empresa la extinción del contrato de trabajo ex arts. 51 y 52.c) ET, la jurisprudencia, cuando se trata de un grupo de empresas, ha realizado una valoración global de la situación de éste, más allá del concreto estado económico de la sociedad que efectuaba la extinción contractual. Éste parece ser el modo de proceder que lleva a la **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2003**, I.L. J 2457, a considerar que el despido producido en virtud del art. 52.c) ET es improcedente al no quedar constatada la existencia de la necesaria conexión entre la reorganización empresarial producida y el mantenimiento de la actividad empresarial que se pretende. Lo que importa destacar es que en ese proceso de constatación causal la Sala no se fija tanto en el nivel de actividad de la empresa que formalmente despide al trabajador cuanto en el volumen de actividad y contratación del centro de trabajo, en concreto el almacén, donde prestaba servicios el trabajador despedido; centro de trabajo en el que concurrían física y materialmente la empresa contratante y una segunda sociedad, fruto de la escisión de aquélla, con la que mantenía relaciones de grupo.

### C) Responsabilidad solidaria: requisitos

Véase apartado 3.A), en concreto la argumentación contenida en la ya analizada **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2003**, I.L. J 2629.

Muy similares argumentos a los recogidos en la sentencia anteriormente mencionada acerca de la necesidad de que la vinculación entre las empresas reúna ciertas características (funcionamiento integrado o unitario, prestación de trabajo indistinta o común y búsqueda mediante la configuración de empresas aparentes de una elusión de responsabilidades laborales) para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales y, proceda, por ende, extraer de ello las consecuencias oportunas que se recogen en la **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2003**, I.L. J 2457. En este caso, el uso conjunto por las dos demandadas de la misma plantilla del almacén “sin que se haya podido establecer diferenciación alguna entre una y otra”, conduce a la Sala a condenarlas solidariamente a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedente del despido del trabajador de una de ellas [las causas del despido se examinan con más detenimiento en el apartado 3.B)].

## 4. CONTRATAS

### A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.B).

### B) Noción de propia actividad

La delimitación de lo que haya de considerarse propia actividad de la empresa principal, elemento esencial del presupuesto aplicativo del art. 42 ET, sigue dando origen a un

crónicas de jurisprudencia

## Justicia Laboral

notable debate judicial, pues más allá de las denuncias teóricas...

## III. Empresario

### C) Contratación temporal vinculada a la celebración de una contrata

El artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 22 de marzo,...

tencia de una auténtica contrata, pues en caso de que ésta enmascarase una mera cesión de trabajadores, la causa ilícita del contrato entre las empresa “no puede producir efecto alguno y menos constituir una obra o servicio a cuya duración pueda lícitamente anudarse la duración de los contratos de trabajo, (...) por lo que si la causa limitativa de la temporalidad era nula, la extinción contractual amparada en dicha causa ha de ser calificada como despido improcedente” (STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645).

#### D) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.D).

#### E) Responsabilidad solidaria: es presupuesto indispensable que se trate de obras correspondientes a la propia actividad

La STSJ de Galicia de 21 de junio de 2003, I.L. J 2487, centrada en la delimitación de la noción de propia actividad, deja claro, como no podía ser de otra forma a tenor de la redacción literal del art. 42 ET, que la responsabilidad solidaria de empresario comitente y contratista, respecto a las deudas salariales de este último con los trabajadores empleados en y durante la contrata es “inexistente si las obras o servicios objeto de la contrata no forman parte de la propia actividad del empresario principal”. En parecidos términos argumentales se pronuncia la STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de octubre de 2003, I.L. J, 2360.

#### F) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

El art. 123.2 LGSS impone a quien sea “empresario infractor” el denominado recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional derivado de unas inadecuadas medidas de seguridad y salud en el trabajo. La aplicación de este precepto a un supuesto de contratación de obras y servicios, conduce a la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2204, a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa principal, donde se realizan los trabajos, y de la empresa para la que presta servicios el accidentado como “deudora de seguridad”, pues “es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para con todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”. Doctrina que se aplica en un caso de con-

tratación externa de actividades que no corresponde a la propia actividad de la empresa principal, dado que se sostiene que “lo importante no es tanto esa calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”.

La STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003, I.L. J 2316, aborda también, aunque de forma algo tangencial, un supuesto de imputación del recargo de prestaciones en un caso de encadenamiento de contratas y subcontratas, afirmando la responsabilidad bien solidaria, bien subsidiaria de las empresas intervinientes en función de las relaciones mantenidas entre ellas.

### 5. CESIÓN ILEGAL

#### A) Notas definitorias

Al hilo de la distinción entre la descentralización productiva operada por la contrata de servicios legalmente regulada en el art. 42 ET y la cesión ilegal de trabajadores contenida en el art. 43 del mismo cuerpo legal, algunas de las sentencias recaídas en el período que examinamos realizan un breve análisis de los caracteres y elementos que identifican el negocio prohibido por el art. 43 ET. Trayendo a colación pronunciamientos previos del TS, las STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209, STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607, STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203 y STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550, afirman que “la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica (...) varios negocios jurídicos coordinados: 1) Un acuerdo entre los dos empresarios (...) 2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.” En cuanto a su finalidad, lo perseguido por el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien sea efectivamente empresario asuma las obligaciones correspondientes. Ahora bien, esto no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o busque perjudicar los derechos de los trabajadores, de ahí que bajo el concepto común de cesión el art. 43 ET regula dos fenómenos distintos, a saber, “las cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio”.

#### B) Diferencias con la contrata

Un numeroso grupo de los pronunciamientos recaídos en el período estudiado versan sobre el siempre espinoso y difícil tema de deslindar el negocio lícito de la contrata de obras y servicios (“acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora”, manifestación particular del principio constitucional de libertad de empresa –STSJ de

Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607-) de la prohibida cesión de trabajadores. A esta cuestión se refieren, de una u otra forma, las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209; STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203; STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550; STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003, I.L. J 2553; STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003, I.L. J 2596; STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607; STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2678 y STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645.

La doctrina contenida en ellas, en gran medida traslación de la jurisprudencia del TS sobre el tema, se puede sintetizar de la siguiente forma:

– Para determinar si existe o no cesión ilícita de trabajadores, el primer elemento a verificar es si la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios; es decir, constatar que se trata de una empresa real y no de una mera ficción, carente de entidad propia y con ausencia de bienes, organización y autonomía. O, en otros términos, si la empresa contratista ejerce una actividad empresarial propia, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aunque, en empresas de actividad simple (limpieza, vigilancia), esa puesta a disposición de organización de medios personales y materiales “quede reducida a mínimas aportaciones” (STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607). Si esto es así, estaremos ante una auténtica contratación y no ante un supuesto meramente interpositorio (STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209; STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550; STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2678; STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203, y STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607).

– Ahora bien, la circunstancia de que la empresa contratista sea real no excluye por sí misma la posible existencia de una cesión ilícita. En estas ocasiones, al objeto de delimitar entre ambas figuras, debe acudir a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial, o, incluso, aún tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante” (STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550). Como indican la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209 y la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203, “lo esencial no es, por tanto, si la empresa contratista es o no una empresa aparente o ficticia, sino que (...) lo determinante es si la empresa contratista ha puesto o no en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio para la empresa principal, o se ha limitado simplemente a esa mera aportación de mano de obra”, pues, “por real que sea (la empresa), y a pesar de que disponga de una estructura empresarial propia, puede

tercera se limita a poner a disposición de esta última trabajadores sin que su estructura material u organizativa juegue papel alguno en la organización y contenido de la prestación pactada” (STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645). De igual forma, tampoco es óbice a la apreciación de existencia de cesión el hecho de que junto a la puesta a disposición de trabajadores, puedan ser objeto de contratación entre las empresas otras prestaciones, incluso si se incluyen en el mismo documento, “si las mismas no están vinculadas y anudadas a la prestación de trabajo de los operarios cuya eventual cesión se analiza” (STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003, I.L. J 2553); ni el dato de que no puedan acreditarse perjuicios salariales o en relación a otras condiciones de trabajo, “puesto que tales perjuicios no forman parte de la definición legal de la figura. Aun cuando tales perjuicios no existieran por cuanto los salarios y demás condiciones de trabajo de los operarios cedidos fuesen superior a los de los contratados directamente por la cesionaria (...), el mero hecho de la cesión supone alterar la identidad del empresario receptor efectivo de la prestación de servicios, introduciendo un riesgo de futuro (...) Por ello hemos de atenernos a la regulación legal contenida en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, que en modo alguno condiciona la ilegalidad de la cesión a la existencia de perjuicios actuales salariales o de otra índole” (STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003, I.L. J 2553).

La proyección de estos diversos criterios de valoración –“que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen valor indicativo u orientador”– (STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003, I.L. J 2596; STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607) sobre el supuesto enjuiciado conducirá a los distintos pronunciamientos mencionados a afirmar la existencia de una legítima contrata de servicios o bien a apreciar la presencia de una ilegal cesión de trabajadores. Así, para la STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607, en el caso analizado la prestación de servicios se incardina en la contrata del art. 42 ET, pues la empresa prestataria del mismo es una empresa real, que tiene una organización propia que pone a disposición de la comitente, imparte órdenes y coordina a sus trabajadores, y, “a su vez, decide y resuelve todo lo relacionado con distribución de vacaciones, permisos, licencias y reconocimientos médicos” de aquéllos. A idéntica conclusión llegará la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2678, no sin antes manifestar explícitamente las dificultades de calificación de los hechos estudiados. En efecto, el relato de hechos probados evidencia que la empresa principal aporta en la ejecución de la actividad contratada (la realización de determinados servicios y funciones relativas a la atención de consultas a través de cualquier medio telefónico o telemático), tanto los propios locales en que aquélla se desarrolla como los medios materiales imprescindibles para su realización (equipos informáticos y telefonía) y, si bien “mal puede, en principio ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma”, de ello no cabe derivar sin más la existencia de cesión ilegal “al presentarse, sin embargo, como razonable para el correcto desenvolvimiento del servicio contratado”. De ahí que la constatación de circunstancias tales como que la empresa contratista selecciona a los trabajadores, se ocupa de su formación, los inserta en su organigrama, cuenta con coordinadores y supervisores que los asisten en el desarrollo de su trabajo, conduzca a la Sala a sostener la inexistencia

lizado de las prestaciones de desempleo, esta actuación no sólo es en principio lícita, sino merece la protección del ordenamiento jurídico laboral”.

### **C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo**

Cuando la ausencia de alguno de los requisitos previstos en el art. 44 ET impide la eficacia de los efectos subrogatorios contenidos en el mismo, la subrogación empresarial puede producirse en cumplimiento del convenio colectivo aplicable. Supuesto paradigmático, entre los convenios colectivos que prevén disposiciones en esta materia, es el de empresas de limpieza que, al término de la concesión de una contrata, prescribe el paso de los trabajadores de la empresa saliente con una nueva antigüedad mínima de tres meses a la nueva titular de la contrata de limpieza. La **STSJ de Andalucía de 4 de julio de 2002**, I.L. J 2267, defiende la aplicación de tales previsiones al conjunto de los trabajadores de la empresa sin que quepa distinguir en atención a la modalidad contractual. La sentencia argumenta que:

“(...) dicha obligación de la nueva adjudicataria del servicio le viene impuesta por el convenio colectivo provincial de aplicación, que por otro lado no establece más limitación que la de que el trabajador lleve más de tres meses en la empresa, sin efectuar distingo alguno en su condición de fijo o temporal (...)”.

Por otra parte, y aunque el tribunal no entra a discutir la licitud de una cláusula negocial que pudiera establecer tales diferencias entre trabajadores fijos y temporales, con toda probabilidad tales diferencias contravendrían el principio de igualdad de tratamiento previsto por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco sobre el contrato de duración determinada y en el art. 15.6 ET.

### **D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual**

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En tales supuestos, la jurisprudencia rechaza la aplicación del art. 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los arts. 1205 y 1257 del Código Civil, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En este sentido se pronuncian las **SSTS de 18 de septiembre y 7 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 1805 y 2026.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO