

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Profesores de religión en la enseñanza primaria. 3. Empresas de Trabajo Temporal. A) El contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal. B) Contrato de trabajo condicionado a la duración de una contrata: responsabilidad exclusiva de la ETT por extinción antes de la finalización de la contrata. C) Consecuencias de la continuidad en la prestación de servicios para la empresa usuaria una vez finalizado el contrato de puesta a disposición. 4. Grupo de empresas. A) Elementos que determinan su existencia. B) Autorización administrativa para la extinción del contrato. C) Requisitos para declarar la responsabilidad solidaria. 5. Contratas. A) Noción de propia actividad. B) La contratista puede satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra mediante el recurso a una ETT. C) Contrato de obra o servicio sujeto a la duración de una contrata y reducción parcial del alcance de ésta. D) Responsabilidad. a) Responsabilidad solidaria: sólo afecta a los trabajadores empleados “en y durante” el tiempo de la contrata. b) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad. 6. Cesión ilegal. A) Concepto y requisitos. B) Diferencias con la contrata. C) Efectos de la cesión. a) Derecho de opción y reclamaciones salariales. b) Cuando el cedente es una Administración Pública. 7. Sucesión de empresas. A) Requisitos de la sucesión. B) Sucesión de contratas y de concesiones administrativas. C) Alcance de la subrogación. D) Convenio colectivo aplicable. E) Régimen subrogatorio especial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 813) 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 correspondientes a la identificación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los

Trabajadores en casos de sucesión de empresas. Las sentencias del Tribunal Supremo comentadas pertenecen, casi en su totalidad, a su Sala Cuarta, realizándose la oportuna indicación en los supuestos en que así no sucediera. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen identificadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Profesores de religión en la enseñanza primaria

La STS de 4 de febrero de 2002, u.d., I.L. J 270, remite a las precedentes sentencias del TS de 11 de abril y 12, 17 y 19 de diciembre de 2001, para declarar que en los supuestos de profesores de religión en la enseñanza primaria la condición de empleador corresponde a la Administración del Estado y no a la Comunidad Autónoma (en el caso concreto de Andalucía), porque aunque ésta tiene atribuida la competencia en materia de enseñanza, "el concreto traspaso de los medios y servicios del profesorado de religión en ese nivel todavía no ha tenido lugar".

3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) El contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal

La conexión entre lo dispuesto en el art. 6.2 LETT, a tenor del cual el contrato de puesta a disposición puede celebrarse en los mismos supuestos y condiciones que la empresa usuaria podría acordar un contrato de duración determinada, y lo previsto en el art. 10.1 de la misma Ley, según el cual el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la del contrato de puesta a disposición, lleva a la STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, I.L. J 233, recordando la doctrina de la sentencia del TS en unificación de doctrina de 22 de octubre de 1993, que "el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal". Por ello, la alusión a la duración estimada de los contratos de puesta a disposición y de trabajo contenida en la norma de desarrollo de la LETT [arts. 14.f) y 15.2.f) del RD 4/1995, respectivamente, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley de Empresas de Trabajo Temporal] no puede interpretarse como una autorización para excluir la necesidad de término cierto en el contrato eventual.

B) Contrato de trabajo condicionado a la duración de una contrata: responsabilidad exclusiva de la ETT por extinción antes de la finalización de la contrata

La STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002, I.L. J 720, debe pronunciarse acerca de las consecuencias derivadas de la extinción de un contrato de trabajo entre una ETT y un tra-

III. Empresario

bajador anudado a la celebración de una contrata por la empresa usuaria, cuando ésta decide asumir con sus propios trabajadores las funciones de la contrata y, por tanto, dar por finalizado el contrato de puesta a disposición. La Sala, parte de aplicar la tesis general sobre la viabilidad de celebrar contratos de trabajo para obra o servicio determinado haciéndolo coincidir con la duración de la contratación civil o mercantil que une a las dos empresas, eso sí en este caso aplicándolo a un supuesto en el que admite que a su vez la contrata puede acudir a los servicios de una ETT, de modo que se admite la licitud de una relación ahora no ya triangular (trabajador, contratista y empresa principal) sino incluso cuadrangular (trabajador, Empresa de Trabajo Temporal, contratista y empresa principal). Se parte de la realidad de la relación entre empresa contratista y principal, no considerándose como una situación falsa:

"No ha quedado demostrado en el presente proceso el carácter ficticio o fraudulento de la contrata, ni que el Banco sea la verdadera empresa usuaria."

Se continúa aceptando la viabilidad de la relación a cuatro bandas:

"no existe ninguna prohibición legal de que una empresa contratista en una relación entre empresas privadas, provea a sus necesidades de mano de obra mediante el recurso a una empresa de trabajo temporal".

Se continúa aceptando la corrección de la celebración de un contrato temporal con la traslación general de la tesis ya consolidada relativa a las contratas de obra y servicio y la vinculación temporal de sus trabajadores:

"Para la empresa contratista existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada, y para satisfacerla puede concertar directamente contratos de obra o servicio determinado o bien formalizar contratos de puesta a disposición con una ETT que será la que a su vez celebre contratos de obra o servicio determinado con los trabajadores."

En este caso concreto, además, celebrado el contrato de duración determinada y el correspondiente contrato de puesta a disposición, posteriormente la empresa usuaria decide dar por concluida *ante tempus* su relación contractual con la Empresa de Trabajo Temporal optando por continuar el cumplimiento de la contrata con empleados contratados directamente a su servicio. A resultas de la decisión de la empresa usuaria, la ETT podría optar también por resolver el contrato de trabajo que le vinculaba al trabajador cedido en misión, eso sí una resolución que la sentencia califica como despido improcedente por cuanto que se produce sin que la obra o servicio asumido por la empresa contratista haya concluido, por lo que es injustificadamente *ante tempus*:

"ha de prosperar la denuncia de infracción del art. 55.1, 3 y 4 (ET) en relación con el art. 217.3 de la LEC, basada en la argumentación de que incumbía a la empresa (...) la prueba de la extinción del servicio y en el proceso tal hecho no ha quedado acreditado, lo que conduce a la improcedencia del despido"; "Es indudable que el servicio no ha finalizado, pues la duración del contrato del trabajador con la ETT ha de ser coincidente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10 Ley 14/1994) y éste a su vez debe

ajustarse en su regulación y extinción a lo establecido en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.”

“No se ha producido una lícita extinción del contrato de puesta a disposición porque para ello habría sido preciso que se extinguiera la contrata entre el Banco y (la empresa contratista), terminando así la necesidad temporal de trabajo para (la contratista), pero no es esto lo que ha alegado la contratista usuaria, sino simplemente que a partir de determinada fecha va a realizar las funciones de la contrata con sus propios trabajadores y no con los de la ETT. Por lo tanto no hay causa para la extinción del contrato de puesta a disposición ni correlativamente para la del contrato de obra o servicio determinado anudado a aquél.”

Una vez declarada la inexistencia de causa para la válida extinción del contrato de puesta a disposición y, correlativamente, para la del contrato de obra o servicio a aquél ligado, se procede a condenar exclusivamente a la ETT, dejando al margen de responsabilidad a la empresa usuaria y a la empresa principal, pues:

“el art. 16.3 de la Ley 14/1994 limita la responsabilidad de la empresa usuaria a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, y en el proceso de despido no quedan comprendidas ninguna de tales clases de obligaciones, teniendo presente que los denominados salarios de tramitación en realidad tienen naturaleza indemnizatoria según ha declarado la más reciente jurisprudencia”.

La única forma de pretender extender la responsabilidad solidaria de abono de las indemnizaciones de carácter laboral sería la de proceder a aplicar la regla contenida en el art. 43.2 ET, pero la misma está contemplada para los supuestos de cesión ilícita y no para las situaciones lícitas de puesta a disposición a través de las ETT:

“El citado art. 16.3 de la Ley 14/1994 es el precepto que específicamente regula el supuesto de incumplimientos en el contrato de puesta a disposición y sus consecuencias para la empresa usuaria, sin que pueda aplicarse el art. 43.2 ET, el cual queda reservado exclusivamente para los casos de cesión de trabajadores que se realicen sin presencia de una empresa de trabajo temporal.”

Finalmente todas las consideraciones precedentes refieren a la posibilidad de dirigirse el trabajador ante el orden social de la jurisdicción para exigir el pago de sus créditos frente a la empresa usuaria, pero deja al margen la responsabilidad que pueda exigir la ETT a la empresa usuaria por su incumplimiento del contrato de puesta a disposición y los perjuicios que ello le haya ocasionado a la ETT:

“y ello sin perjuicio de las posibles responsabilidades de la usuaria frente a la ETT con arreglo a la legislación civil y mercantil”.

C) Consecuencias de la continuidad en la prestación de servicios para la empresa usuaria una vez finalizado el contrato de puesta a disposición

De conformidad con el art. 7.2 de LETT, si una vez finalizado el plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria se le considerará vinculado a ella por un contrato indefinido. Tal prescripción no significa que la relación laboral así nacida arrastre las eventuales irregularidades en que hubiera podido incurrir el contrato entre la ETT y el trabajador, de tal manera que la relación que en su caso naciera con la empresa usuaria sería una relación laboral indefinida, “no un contrato temporal de duración limitada hasta la prórroga que pudiese corresponder al contrato establecido con la empresa de trabajo temporal” (STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, I.L. J 233). En todo caso, es presupuesto necesario para la aplicación del mencionado precepto que, tras la finalización del contrato suscrito con la ETT no se haya celebrado contrato de trabajo con la EU, pues “en tal caso ese contrato tendrá la naturaleza que le corresponda con arreglo a lo estipulado entre las partes y la realidad de la relación subyacente”, dada la independencia de personalidades jurídicas que la ley establece entre la ETT y la EU (STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002, I.L. J 233).

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Elementos que determinan su existencia

Ya hemos tenido ocasión de comentar en ocasiones anteriores la cada vez más uniforme doctrina jurisprudencial acerca de los elementos identificativos del grupo de empresa y los requisitos adicionales necesarios para declarar la responsabilidad solidaria de todas las empresas que conforman el grupo. Esta distinción es el principal eje argumental de la STS de 23 de enero de 2002, u.d., I.L. J 43, que, reiterando pronunciamientos precedentes de la Sala, señala que datos como la pertenencia de varias empresas al mismo grupo, la coincidencia de domicilios o la dirección unitaria de varias entidades empresariales pueden ser determinantes para la existencia del grupo empresarial pero no de la responsabilidad solidaria de todas ellas. Similar planteamiento y argumentación se contienen en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2002, I.L. J 722. La cuestión de la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo será analizada con más detenimiento en un epígrafe posterior.

La existencia o no de un grupo de empresas es también la controversia sobre la que versa la STS de 23 de enero de 2002, u.d., I.L. J 536, que, no obstante, al carecer el recurso del presupuesto de contradicción no es objeto de estudio por la Sala.

B) Autorización administrativa para la extinción del contrato

La constatación de la existencia de un grupo empresarial sirve de fundamento a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de enero de 2002, I.L. J 144, para sostener que se produce un “supuesto de unidad empresarial y empleadora única, toda vez que los trabajadores no lo son de cada una de las empresas del grupo sino del grupo en su con-

junto". Siendo ello así, la autorización administrativa concedida para la extinción de contratos de trabajo de una de las empresas del grupo adquiere carácter general, sin que, por tanto, señale la sentencia mencionada, quepa "reputar ineficaz la decisión extintiva adoptada por la sociedad matriz del grupo cuando la autorización extintiva se concede a una de las sociedades que lo integran, en supuestos en que la pluralidad societaria es una mera apariencia o instrumento de la única realmente existente (la matriz)". Tal es la conclusión a la que conduce la aplicación de "la doctrina del levantamiento del velo, subyacente en todos los supuestos de afirmación de empresa única pese a aparente pluralidad subjetiva".

C) Requisitos para declarar la responsabilidad solidaria

Como indicamos en el apartado A), la simple existencia de un grupo empresarial no es para la doctrina jurisprudencial condición suficiente para afirmar la responsabilidad común de todas las empresas que integran el grupo. Para ello, es necesario un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia reside en la conjunción de alguno de los siguientes factores: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. La aplicación de tales criterios conduce a las STS de 23 de enero de 2002, u.d., I.L. J 43 y STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2002, I.L. J 722, a declarar la inexistencia de responsabilidad solidaria en los supuestos sometidos a su consideración, afirmando, además, esta última que "un grupo empresarial, controlado por una sociedad dominante, no implica sin más, la obtención de fines incompatibles con la buena fe, pues partiendo de la libertad de empresa recogida en el art. 38 de la CE en el marco de la economía de mercado, la diversificación empresarial puede responder a fines todos ellos lícitos de naturaleza mercantil motivados por necesidades del mercado de adecuación a las modernas estructuras de la sociedad, tales como avances tecnológicos, imperativos de productividad o eliminación de competencias que justifiquen la creación de diversas empresas con el mismo objeto social y en manos de los mismos accionistas".

5. CONTRATAS

A) Noción de propia actividad

Ya hemos señalado en repetidas ocasiones que el concepto de "propia actividad" es presupuesto esencial para la aplicación de las previsiones contenida en el art. 42 ET. Sólo en la medida en que la actividad descentralizada corresponda a la propia actividad del comitente entrarán en juego las medidas garantistas recogidas en el mencionado precepto. Se trata, por lo demás, de un concepto jurídico indeterminado respecto de cuya concreción no se apuntan pautas interpretativa en el texto legal, de ahí la frecuente controversia acer-

III. Empresario

ca de los límites y el alcance del mismo. A ella se une la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de enero de 2002, I.L. J 146, que tras indicar que "si bien pudiera mantenerse, en principio, que todas las obras y servicios que como tal contrata un empresario son de su propia actividad", sin embargo, una interpretación más restrictiva del término, en línea con la sustentada por el Tribunal Supremo, "obliga a tomar en cuenta sobre todo el elemento de la habitualidad situado no tanto en el contenido material cuanto en el hecho de que esas actividades —principales, accesorias o complementarias de la industria o negocio básico del empleador— sean indispensables para el funcionamiento de la empresa y para la obtención del fin perseguido". Indispensabilidad que cifra en el hecho de que de no haberse concertado las obras y servicios en cuestión, deberían haberse realizado por la empresa comitente, "so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial". Y ello, concluye la Sala, en estricta consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual "las actividades del ciclo productivo —a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo— se incorporan al producto o resultado final de la empresa comitente, tanto si son realizadas de manera directa como si son encargadas a una empresa contratista", lo que, en suma, justifica la responsabilidad del empresario principal.

Todo el razonamiento precedente desemboca en que la sentencia considere que en ese caso concreto las actividades objeto de la contrata correspondían a la propia actividad de la empresa principal. En particular, se trataba de una empresa eléctrica que como empresa principal había contratado con otra contratista la realización de obras de construcción y de montaje electromecánico en centrales de producción eléctrica situadas en diversas Comunidades Autónomas.

B) La contratista puede satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra mediante el recurso a una ETT

Ya hemos indicado con anterioridad que para la STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002, I.L. J 720, la enumeración de supuestos en los que no se puede celebrar un contrato de puesta a disposición contenida en el art. 8 de la LETT deja claro que "no existe ninguna prohibición legal de que una empresa contratista en una relación entre empresas privadas, provea sus necesidades de mano de obra mediante el recurso a una empresa de trabajo temporal". La necesidad de trabajo temporalmente limitada de la empresa contratista puede así satisfacerse por una doble vía, bien a través de la concertación directa de contratos de obra o servicio determinado, bien recurriendo a contratos de puesta a disposición con una ETT, en cuyo caso será ésta la que celebre los contratos de obra o servicio determinado con los trabajadores.

C) Contrato de obra o servicio sujeto a la duración de una contrata y reducción parcial del alcance de ésta

Aceptada la validez de un contrato de obra o servicio determinado sujeto a la duración de una contrata empresarial, la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002, I.L. J 216, aborda el problema más particular de fijar el alcance que sobre la vigencia de aquél tiene, no la terminación de la propia contrata, que extinguiría el contrato a ella ligado, sino una reducción del alcance de los servicios contratados. La sentencia citada declarará el despido improcedente al entender que no se ha producido la circunstancia que legitimaría la

extinción contractual, pues “si bien se ha admitido en algunos casos la extinción del contrato de obra o servicio determinado por reducción parcial del objeto de la contrata, ello ha ocurrido cuando el convenio colectivo lo ha previsto y regulado expresamente, con arreglo al art. 15.1.a) ET, con inclusión de cautelas o garantías en la determinación del supuesto y en la elección de los trabajadores afectados”, lo que no ocurría en el supuesto enjuiciado.

D) Responsabilidad

a) Responsabilidad solidaria: sólo afecta a los trabajadores empleados “en y durante” el tiempo de la contrata

La extensión de la responsabilidad solidaria del empresario principal o comitente de las deudas salariales del contratista sólo afecta a las correspondientes a los trabajadores empleados “en y durante” el tiempo de la contrata, como tangencialmente recuerda la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de enero de 2002, I.L. J 146.

b) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad

La concreción del sujeto responsable en los supuestos de accidentes por falta de medidas de seguridad cuando están implicados varios empresarios no responde directamente a las reglas propias de la presencia o no de una contrata de las previstas en el art. 42 ET. Como indica la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de enero de 2002, I.L. J 142, recordando la STS de 5 de mayo de 1999:

“el criterio para determinar la responsabilidad del empresario en cuyo centro tuvo lugar el accidente no es el de la existencia o no de contrata de la propia actividad, ni la existencia de la misma contrata, sino el de la producción del accidente dentro de la esfera de 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 todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Concepto y requisitos

La existencia de dos empresas reales, con actividad y organización propias, no es por sí misma factor excluyente de la presencia de un fenómeno de cesión ilícita de mano de obra. Tal como señala la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002, I.L. J 472, recordando la doctrina del Tribunal Supremo, “es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente

tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, señalando que aun cuando nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractualmente determinado se limita a suministrar mano de obra, sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial”. A esta circunstancia aluden también las STS de 17 de enero de 2002, u.d., I.L. J 108 y STSJ de Galicia de 7 de febrero de 2002, I.L. J 433, que analizaremos a continuación.

B) Diferencias con la contrata

De todos es conocida la frecuente utilización de la figura de la contrata como mecanismo encubridor de auténticas cesiones de mano de obra. Ello ha originado un abundante elenco de sentencias destinadas a delimitar las fronteras entre ambos negocios, ofreciendo un repertorio de indicios que sirven para detectar cuándo nos encontramos ante fenómenos descentralizadores lícitos y cuándo ante meras interposiciones en la contratación. Como recuerda la STS de 17 de enero de 2002, u.d., I.L. J 108, entre esos criterios de valoración, complementarios y no excluyentes, de carácter indicativo u orientativo, figuran la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva,...). Ahora bien, continúa la Sala, debe distinguirse entre las cesiones que persiguen un perjuicio de los derechos de los trabajadores y aquellas que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; por lo que, en consecuencia y tal como hemos apuntado en el apartado precedente, el fenómeno interpositorio puede producirse entre empresas reales, en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. Por ello, concluye la sentencia “la actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal”. De todo lo anterior se deduce que en el caso de autos se estaba en presencia de una cesión de mano de obra, en la que no había ninguna autonomía técnica de la contrata, pues ésta se desplegaba dentro del proceso productivo normal de la empresa principal, utilizando sus instrumentos de producción y sin aportar la contratista ninguna infraestructura.

Similares argumentos y doctrina acerca de la diferenciación entre la contrata y la cesión de trabajadores se recogen en las STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2002, I.L. J 454 y STSJ de Galicia de 7 de febrero de 2002, I.L. J 433.

C) Efectos de la cesión

a) Derecho de opción y reclamaciones salariales

En apartados precedentes hemos indicado la existencia de cesiones fraudulentas y no fraudulentas o, desde otra perspectiva, de cesiones en las que una de las empresas es una

mera apariencia y cesiones entre dos empresas reales. Pues bien, los efectos anudados a unas y otras son diversos, en particular por lo que al ejercicio del derecho de opción y las condiciones laborales a que se someterá el trabajador cedido concierne. La **STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 463, declarará que en los supuestos de cesiones entre dos empresas reales “no resulta de aplicación el salario de la cesionaria hasta que no se dicta sentencia declarando la situación de cesión”. Pues, “si se trata de una empresa ficticia no es pensable la posibilidad de opción a que se refiere el art. 43.3 ET y en ese caso solamente ha existido la prestación de trabajo para la empresa cesionaria, por lo que puede reclamarse el salario de esa empresa real receptora de los servicios”. En cambio, cuando se trata de dos empresas reales la situación es diversa, ya que aquí “la posibilidad de opción es real, y si el trabajador no la ha ejercitado no puede reclamar los salarios de empresa distinta a la que le ha contratado y abonado el salario. La reclamación de diferencias salariales con efectos retroactivos solamente es posible, (...) cuando se está ante un fenómeno de pura interposición, es decir ante una empresa ficticia, en cuyo caso tiene sentido la opción que regula el precepto, pero por el contrario cuando se trata de empresas reales hay que tener en cuenta la eficacia *ex nunc* que tiene la sentencia constitutiva sobre la cesión”.

b) Cuando el cedente es una Administración Pública

El artículo 43.3 ET prescribe que en el caso de suministro ilegal de mano de obra, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Tal efecto conexo a la incursión en la cesión de mano de obra presenta un perfil peculiar cuando uno de los empresarios implicados es una Administración Pública y el trabajador ejerce su derecho de opción a favor de esta entidad. Ésta es la cuestión debatida en las **STS de 12 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 577 y **STS de 21 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 32, que, debido a la falta de contradicción de los recursos no entran en el fondo del asunto. Dejamos, no obstante, reseña del problema y apuntamos que las soluciones ofrecidas por las Salas de suplicación, pasan, bien por aceptar el carácter indefinido de la relación laboral del trabajador con el organismo público, rechazando la aplicación analógica de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de las consecuencias de las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas; bien por admitir tal analogía y, en consecuencia, calificar a los trabajadores como temporalmente indefinidos pero no fijos, en aras a dar cumplimiento al mandato constitucional de respeto a los principios de legalidad, mérito e igualdad en el acceso a la función pública.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

Como es habitual, los pronunciamientos judiciales destinados al análisis de la sucesión empresarial constituyen el grupo más numeroso de los tratados en este epígrafe dedicado a la figura del empresario. Recogemos a continuación la doctrina contenida en ellos.

III. Empresario

A) Requisitos de la sucesión

Como recuerda la **STS de 18 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 27, dicha Sala viene afirmando reiteradamente que “es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Transmisión que puede afectar a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva y en la que es cedente el empleador del trabajador cuyos derechos se discuten a la de la que se pretende sea su nuevo empleador”.

Una descripción más detallada y pormenorizada de la doctrina del Tribunal Supremo y Comunitario respecto a los elementos cuya concurrencia se requiere para que exista transmisión o sucesión de empresas, ya comentada en crónicas anteriores, se contiene en las **STSJ de Navarra de 25 de febrero de 2002**, I.L. J 484 y **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2002**, I.L. J 465.

B) Sucesión de contratas y de concesiones administrativas

Los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas continúan dando origen a un importante número de resoluciones judiciales relativas a la aplicación o no en tales casos de los efectos subrogatorios previstos en el art. 44 ET. De la doctrina unificada contenida en las **SSTS de 29 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 128, de **6 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 277 y de **18 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 592, pueden extraerse las siguientes conclusiones: —como regla general, en los supuestos de sucesión de contratas no hay una transmisión de la contrata en sí, sino la finalización de una contrata y el comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, aunque materialmente la recaiga sobre los mismos servicios; —siendo así lo anterior, para que se produzca la subrogación del nuevo contratista es necesario que así lo disponga el convenio colectivo aplicable o el pliego de condiciones aceptado por aquél. En estos casos estaríamos ante subrogaciones atípicas, que se regirían por lo acordado por las partes al aceptar el pliego de condiciones y, en consecuencia, “sólo comprende la obligación del subrogante de hacerse cargo de la relación laboral de los trabajadores adscritos a los servicios de la contrata por la anterior adjudicataria, con la obligación de respetarles las condiciones laborales reconocidas en el momento de la subrogación, pero no (...) de derechos no reconocidos ni existentes en el momento de la subrogación, haciendo responsable a la nueva empresa de los posibles contratos fraudulentos de las anteriores empresas adjudicatarias, lo que sólo es factible en el supuesto previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” (**STS de 18 de marzo de 2002**, u.d., I.L. J 592); —en caso de que así no sucediera, la subrogación sólo se producirá, de conformidad con el art. 44 ET, cuando se transmitan al nuevo contratista o concesionario los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Eso sí, teniendo presente, como manifiesta la **STS de 29 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 128, que la más moderna jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en concreto la contenida en la Sentencia de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen-Zehnacker)—, desarrollando y matizando su anterior doctrina, ha indicado que “en la medida en 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, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión 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”.

Aplicaciones particulares de esta doctrina general se contienen en las **SSTSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002**, I.L. J 239 y de **Extremadura de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 429 en relación a la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos convencionalmente para que opere la subrogación; **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2002**, I.L. J 200, respecto a la limitación convencional de los efectos subrogatorios a los trabajadores fijos y fijos discontinuos, y **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2002**, I.L. J 211, acerca de las exigencias necesarias para que exista sucesión empresarial en los supuestos de cambio de contrata.

C) Alcance de la subrogación

De conformidad con el art. 44.1 ET, en caso de sucesión empresarial el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior; obligaciones entre las que se encuentran “las derivadas de los derechos adquiridos del personal que resulte afectado, entre los que se encuentra el de mantener el nivel o cuantía de las retribuciones que hasta el momento del traspaso venían percibiendo” (**STS de 16 de enero de 2002**, u.d., I.L. J 15). Ahora bien, ello no incluye la percepción directa de complementos como el plus de transporte que exige para su devengo un conjunto de prestaciones laborales que implican la realización de desplazamientos, gastos a compensar por dietas, prolongación de jornada, urgencias, trabajo en festivos y dedicación exclusiva, cuando no consta que nada de ello haya acontecido. Máxime cuando la regulación específica del complemento en cuestión y su propia naturaleza exigen la acreditación de los gastos por quien reclama su importe.

A los efectos de la subrogación alude también la **STS de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 355, en esta ocasión trayendo a colación el art. 3.3 de la Directiva 77/187/CE, conforme al cual “después del traspaso el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida que éste las previó para el cedente hasta la fecha de estimación o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”.

Por otro lado, la **STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 2002**, I.L. J 756, tras reseñar la doctrina del TS acerca de las garantías y efectos previstos en el art. 44 ET para los supuestos de transmisión de empresas en los siguientes términos: “el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece (...), dos garantías (...): la exclusión de la extinción de los contratos de trabajo y la conservación del régimen contractual, (...) lo que supone, por

una parte, la subsistencia de las condiciones profesionales de carácter personal acreditadas por el trabajador en la anterior empresa (...) y, de otra, el mantenimiento, en principio, de la regulación de las condiciones de trabajo vigentes en la entidad transmitente, con independencia de que pudiera ser aplicable el régimen jurídico correspondiente al nuevo empresario de acuerdo con las reglas generales sobre concurrencia de normas de trabajo”, procede su aplicación particular al espinoso supuesto de un trabajador dependiente de una entidad pública cuyas funciones son objeto de traspaso a la Comunidad Autónoma.

D) Convenio colectivo aplicable

La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de transmisión empresarial ha sido objeto de importantes precisiones jurisprudenciales, frente a la anterior situación de anomia sobre el particular, hoy ya solventada en la redacción vigente del art. 44 ET. A la solución dada por la jurisprudencia en los momentos precedentes de inexistencia de previsión estatutaria en la materia se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 473, que, sintetizando la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998, dictada en unificación de doctrina, señala, entre otras consideraciones, que “el artículo 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación con el nuevo empleador”. Idéntica tesis se recoge en la **STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 448.

Por su parte, la **STS de 19 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 353, sostendrá que “es totalmente contrario a razón y a derecho sostener que los trabajadores comprendidos en un proceso de sucesión empresarial, no están vinculados ni obligados por los nuevos convenios que la empresa sucesora o adquirente pueda concertar después de la fecha en que tuvo lugar la sucesión”, pues ello vulneraría el art. 37.1 CE y los arts. 3.1.b) y 82.3 ET.

E) Régimen subrogatorio especial

El paso de dos trabajadores que prestaban servicios como contratados laborales fijos en las extinguidas Zonas de Recaudación de Tributos del Estado a la dependencia de la Tesorería General de la Seguridad Social es calificado por la **STS de 19 de febrero de 2002**, u.d., I.L. J 353, reiterando pronunciamientos anteriores de la Sala y sobre la base de diversas disposiciones reglamentarias aplicables al caso, como supuesto no incluíble en el art. 44 ET pero sujeto a “un régimen subrogatorio especial que, aun no siendo sucesión de empresa, implica una garantía en el empleo y en la conservación de los derechos de los trabajadores”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VILLASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO