

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. **4. Contratas.** A) Diferencia con la cesión ilegal. B) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del pago de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo. C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo. D) Ausencia de responsabilidad de la empresa principal respecto de los salarios de tramitación. E) Responsabilidad solidaria del empresario principal por vacaciones no disfrutadas. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Cesión ilegal entre Administraciones Públicas. **6. Sucesión de empresas.** A) Concepto de actividad económica. B) Sucesión de contrata. C) Sucesión de concesión administrativa. D) Sucesión en supuestos de jubilación del empresario. E) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual: subrogación anulable. F) Responsabilidad solidaria por deudas salariales entre contratas que se suceden. G) Convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación.

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 1 a 4 de 2006 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 584) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas.

Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro de enseñanza concertada

Como ya comentamos en el número precedente, se reproducen los pronunciamientos judiciales en torno a las especiales condiciones en la que se desarrolla la relación laboral de los profesores que prestan servicios en los llamados centros de enseñanza concertados. El Tribunal Supremo entiende que la Administración Pública educativa, aunque no asume la posición empresarial, es responsable de las deudas salariales que los centros educativos privados en régimen de concierto económico mantienen con sus trabajadores. La obligación de pago que recae sobre la Administración por esta vía queda limitada anualmente por las normas presupuestarias aplicables, en la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. La **STS de 24 de enero de 2006**, u.d., I.L. J 63, no entrando en el fondo del asunto por inexistencia de contradicción tratándose de recursos de casación para la unificación de doctrina, desestima el recurso planteado por la Administración autonómica con respecto a la obligación de abono de una paga extraordinaria de antigüedad, exigible al cumplir los veinticinco años de servicio, incorporada originalmente en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada. La Administración defiende que, como en otros supuestos resueltos a su favor por el Tribunal Supremo en relación con el complemento de jefatura de estudios, no corresponde acceder a la reclamación planteada en la medida en que en ambos casos el Centro de Enseñanza había superado los topes impuestos en el módulo correspondiente. La sentencia reitera la ausencia de identidad entre la recurrida y la aportada de contraste, tras afirmar que entre ambas resoluciones no concurre la necesaria identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la LPL para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina. Más concretamente, el fallo se apoya en el hecho de que:

“en la sentencia impugnada nos encontramos con un concepto retributivo nuevo, introducido por el artículo 61 del IV Convenio Colectivo Estatal para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, que se publicó en el BOE de 17 de octubre de 2000, y es esa circunstancia, que no concurre en la sentencia de contraste, la que constituyó la razón de decidir de aquella”. “Es decir: en el caso de la sentencia recurrida no se había presupuestado el devengo por lo que no cabía la aplicación del artículo 13.1.c) del Reglamento, sino que debería acudir al límite previsto en el artículo 49.6 de la LODE, entonces vigente, de no superar el porcentaje de incremento global de los salarios.” STS de 24 de enero de 2006, u.d., I.L. J 63.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

Como en números anteriores, continúan sucediéndose numerosos pronunciamientos judiciales en torno a la responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo de empresas por las deudas que éstas mantienen con sus trabajadores, en los que, en ausencia de discusión sobre la existencia del grupo de empresas, el debate en sede judicial se centra en la determinación de la existencia de alguno de los elementos adicionales exigidos por la doctrina jurisprudencial, al objeto de reprimir fraudes que, mediante el uso ilegítimo de la personalidad jurídica de las empresas que forman parte del grupo, puedan perseguir la lesión material de los derechos de los trabajadores. Debemos nuevamente dejar constancia de que hacemos uso de la expresión “grupo de empresas a efectos laborales” porque nos vemos obligados a seguir el uso terminológico que ha hecho fortuna en sede judicial, si bien no conviene olvidar que bajo tal denominación el Tribunal Supremo hace referencia justamente al supuesto contrario, es decir, supuestos en los que aunque formalmente la empresa se estructura como grupo de empresas, existen suficientes indicios para afirmar la existencia de un único empresario real, motivo por el cual se atribuyen las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de empleador de forma solidaria a todas las entidades implicadas en el teórico grupo de empresas; en palabras del TS:

“Ello exige determinar quién sea éste realmente, a la luz del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, y de la doctrina de esta Sala sobre el ‘grupo de empresa laboral’, concepto acuñado para identificar a aquel grupo de empresas que, por concurrir las circunstancias jurisprudencialmente exigidas puede y debe ser considerado como empleador real del trabajador, con la lógica consecuencia de extender, con carácter solidario, la responsabilidad derivada de la relación de trabajo, a todas las empresas del grupo—” **STS de 8 de febrero de 2006**, u.d., I.L. J 144.

Siguiendo esta línea, la **STS de 24 de enero de 2006**, u.d., I.L. J 22 y la **STS de 27 de febrero de 2006**, u.d., I.L. 195, reproducen anteriores argumentos, ya recogidos en las SSTs de 4 y 22 de julio, 3, 13 y 25 de octubre y 4 de noviembre de 2005, para desestimar también el recurso presentado por el Grupo Ceac, SA. En otras resoluciones sobre supuestos similares, aunque el rechazo de los argumentos de la recurrente se produce por falta de contradicción, se hace extensa referencia a los argumentos aportados por la sentencia de instancia para declarar la existencia de un Grupo de empresas a efectos laborales:

“Las razones para adoptar tal decisión se pueden resumir en las siguientes, con trascendencia suficiente para excluir la contradicción: 1ª. En el litigio de la sentencia recurrida el levantamiento del velo y la consiguiente imposición de responsabilidad solidaria a las sociedades del grupo se apoyó en la existencia de una confusión de actividades entre las mismas, mientras que en la sentencia de contraste son diferentes las actividades de las distintas empresas del grupo; 2ª. En el litigio de la sentencia recurrida (al igual que en el presente) consta también una confusión de propiedades y patrimonio entre las sociedades del grupo que no se da en la de la sentencia aportada para comparación, donde las

distintas sociedades integrantes facturan los servicios prestados por unas o otras, y 3ª. A diferencia de lo que ocurre en la sentencia de contraste, en la que el grupo se constituye con propósito de ensamblar colaboraciones, en la sentencia recurrida las distintas empresas carecen de un sustrato real, por haber sido creadas con el solo y primordial efecto de eludir fraudulentamente el pago de deudas u otras responsabilidades.” STS de 7 de febrero de 2006, u.d., I.L. J 118.

Por su parte, la **STSJ de Castilla León (Valladolid) de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 508, condena solidariamente a las empresas que forman parte de un grupo de empresas entre las que existe unidad patrimonial y para las que el trabajador ha venido prestando servicios de manera sucesiva. El fallo resume y recuerda la comentada doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

“Para comenzar hay que decir que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993). No puede olvidarse que, como señala la Sentencia de 30 de junio de 1993, ‘los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son’. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de la Sala Cuarta ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (Sentencias de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987).
2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (Sentencias de 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987).
3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (Sentencias de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio 1989).” STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de febrero de 2006, I.L. J 508.

Por el contrario, la **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006**, I.L. J 489, desestima la solicitud de declaración de responsabilidad solidaria instrumentada por un trabajador contra las diversas empresas que componen un grupo de empresas entendiendo insuficiente el que las empresas pudieran llegar a compartir el mismo domicilio social y que el trabajador haya sido contratado como trabajador fijo discontinuo por una de las demandas y, posteriormente, como trabajador fijo a tiempo parcial por otra. La sentencia rechaza “la

existencia de grupo empresarial entre las demandadas, pues a la vista de los hechos declarados probados, no concurren los presupuestos necesarios para que se pueda sostener la existencia de una responsabilidad solidaria de todas ellas, pues de ningún modo aparece el elemento de la confusión de plantillas ni de la confusión patrimonial entre ellas, sin que sea suficiente la coincidencia de algunos de sus administradores o el hecho de que pudieran llegar a compartir el mismo domicilio social.” (STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006, I.L. J 489).

4. CONTRATAS

A) Diferencia con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

B) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del pago de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo

La pluralidad de previsiones que el ordenamiento jurídico contiene en materia de responsabilidades derivadas de la diversidad de incumplimientos que pueden concurrir en supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios incrementa las dificultades a la hora de determinar con exactitud el ámbito de aplicación de cada una de ellas, especialmente cuando se refieren aparentemente al mismo tipo de incumplimientos pero imputan responsabilidades de distinto carácter. La **STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006**, I.L. J 156, se pronuncia sobre la pretensión de los actores en reclamación de daños y perjuicios sufridos a causa del fallecimiento de un hijo en accidente de trabajo, quienes solicitan además que se condenen solidariamente a la empresa contratista para la que trabajaba el finado y a la empresa principal. El fallo estima la petición de los familiares del trabajador, tras comprobar que se dan los requisitos que, en relación con la cuestión litigiosa, exige la doctrina del Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad civil de empresa principal y contratista:

“1) existencia de una conducta culposa o negligente, de índole personal o de las personas por las que se deba responder; 2) realidad del daño producido, y 3) relación de causa, entre ésta y la expresada conducta o actividad y la responsabilidad que de ella se deriva es totalmente distinta y diferenciada de la consistente en recargos de la Seguridad Social y compatibles (TS de 20 de julio de 2000).

Es por ello que la obligación nace del contrato de trabajo y de conformidad con el artículo 1101 del Código Civil, si las demandadas fueron responsables del accidente quedarían sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad o de cualquier modo contravinieran el tenor de aquélla.” STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006, I.L. J 156.

C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo

Las prestaciones económicas de Seguridad Social que traigan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional pueden incrementarse con el correspondiente recargo, por aplicación del artículo 123 LGSS, cuando la lesión se produzca como consecuencia de la inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Dicha responsabilidad es independiente de las posibles sanciones administrativas que pudieran imponerse. La responsabilidad del pago de dicho recargo corresponde al empresario infractor, sujeto cuya determinación en los supuestos de contratas y subcontratas ha dado origen a abundante litigiosidad judicial.

La STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006, I.L. J 428, entre otros, aborda el problema de determinar si el recargo de prestaciones que, como decimos, recae sobre el empresario infractor, puede también atribuírsele al empresario subcontratista cuando el trabajador accidentado no era empleado de tal subcontratista. La sentencia desestima dicha argumentación recordando que “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollan su actividad trabajadores de varias empresas, éstas han de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención laboral, coordinándose entre sí (artículo 24.1 LPRL), correspondiendo al titular del centro la dirección de ese trabajo (artículo 24.2)”. “Por ello, entre las obligaciones de la empresa recurrente, como promotora, se encontraba en la fase de redacción del proyecto, de la elaboración de un estudio de seguridad y salud, siquiera fuese un estudio básico, lo que no consta, por lo que existe una responsabilidad del empresario principal, o promotor, ante la ausencia de dicho plan de seguridad, en el que se identificaran los riesgos y se especificaran las medidas preventivas y protecciones técnicas, incluidas las previsiones e informaciones necesarias para ejecutar los trabajos correspondientes. Existe, por tanto, un incumplimiento de normas de seguridad, cuya infracción resulta elemento causal del accidente, circunstancia que determina la procedencia del recargo, aunque se trate de un trabajador que no prestaba servicios para la recurrente, pues en esta materia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha admitido la imposición del recargo al empresario principal que infringe normas de seguridad laboral relevantes en la producción de accidente sufrido por el trabajador de una contrata suya, sea o no de la misma actividad (Sentencias de 18 de abril de 1992 y 5 de mayo de 1999, entre otras), ya que, en este caso, lo importante no es tanto que la actividad de las empresas sea la misma, sino que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.” STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006, I.L. J 428.

D) Ausencia de responsabilidad de la empresa principal respecto de los salarios de tramitación

La cuestión debatida es si los salarios devengados durante la tramitación de un despido, calificado de improcedente, acordado por una empresa subcontratista comprendida en el artículo 42 del ET, son adeudados solidariamente por la empresa principal y la subcontratista, cuestión que remite a la determinación de la naturaleza salarial o extrasalarial de los salarios de tramitación. Aunque la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza

indemnizatoria de los salarios de tramitación viene siendo pacífica desde hace unos años, el debate jurídico no ha perdido la oportunidad de reabrirse con motivo de la nueva redacción dada al artículo 33.1 ET con la aprobación de la Ley 45/2002, y nuevamente modificado por RD-Ley 5/2006. La sentencia de instancia considera que la reforma impone la modificación de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo. Hasta la fecha, salvo en alguna sentencia aislada (STS de 7 de julio de 1994), el Alto Tribunal aunque reconoce que cualquiera de las dos opciones llevadas a sus últimas consecuencias conduce a soluciones indeseables, se inclina por afirmar la naturaleza indemnizatoria de estos salarios de tramitación, en la medida en que persiguen compensar al trabajador por la pérdida de retribuciones durante la instrucción del proceso judicial (SSTS de 14 de julio de 1998, de 2 de febrero y 10 de julio de 2000, entre otras muchas). En esta ocasión, el Tribunal Supremo debe manifestarse sobre si, en su opinión, la modificación del artículo 33 ET, que incluye específicamente dichas cuantías entre las retribuciones garantizadas por el FOGASA, afecta también a las obligaciones de naturaleza salarial de las que empresario principal y contratista deben responder solidariamente, por aplicación del artículo 42.2 ET o, por el contrario, la modificación únicamente afecta al régimen jurídico del FOGASA. En palabras de la sentencia:

“En ambos casos se trataba de demandas por despido contra la empresa subcontratista con la que estaba vinculado el trabajador con contrato de trabajo y contra la empresa principal, declarándose el despido improcedente dictándose fallos distintos, en cuanto a la cuestión debatida ya que mientras en la recurrida se consideró que del pago de los salarios de tramitación responden solidariamente tanto la empresa principal como la subcontratista al tener dichos salarios naturaleza salarial, en cambio en la referencial entiende que los mismos tienen naturaleza indemnizatoria, no respondiendo el empresario principal del pago de dichos salarios, dada su naturaleza. No afecta a dicha contradicción como se dice en la recurrida la reforma aprobada en el artículo 33.1 ET por Ley 45/2002 de 12 de diciembre, ni tampoco la sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 2002 que sólo afectan al Fondo de Garantía Salarial y a las obligaciones de éste, pero no a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación en los supuestos del artículo 42 del ET.” STS de 20 de febrero de 2006, u.d., I.L. J 192.

E) Responsabilidad solidaria del empresario principal por vacaciones no disfrutadas

El debate judicial también se cierne sobre la naturaleza salarial o extrasalarial de las retribuciones que traen causa de los períodos de vacaciones que correspondiendo al trabajador no hubieran sido disfrutadas a instancias de la empresa. Nuevamente, la determinación de la naturaleza, salarial o indemnizatoria, de dichas percepciones tiene relevancia en orden a determinar cuantitativamente el alcance de la responsabilidad del empresario principal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 ET; en otras palabras, se discute si dentro de la responsabilidad de la empresa principal se debe incluir el abono del concepto retributivo “vacaciones no disfrutadas”. El Tribunal Supremo reitera su doctrina anterior, que de forma clara y expresa afirma la naturaleza salarial de las vacaciones: la “conclusión que se desprende de todas las consideraciones anteriores es la de que la retribución correspondiente al concepto de vacaciones es salario a todos los efectos y en concreto a los efectos previstos en el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, por

cuya razón procede desestimar el presente recurso de casación por cuanto la sentencia recurrida se halla ajustada a la buena doctrina interpretativa de lo que sobre dicha cuestión procedía declarar.” STS de 31 de enero de 2006, u.d., I.L. J 79.

5. CESIÓN ILEGAL

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

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. En este sentido, se reitera la STS de 14 de marzo de 2006, u.d., I.L. J 259:

“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 que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.”

“En las presentes actuaciones el arrendamiento de servicios entre las dos empresas es sólo un acuerdo de cesión que se agota en el suministro de mano de obra.

A través del relato histórico, incluyendo las remisiones hechas en el mismo y en la fundamentación jurídica a la prueba documental se observa la existencia de datos que no permiten configurar una autonomía técnica de la contrata.

A esa conclusión permite llegar el análisis en el que se destaca el contenido del hecho probado octavo, acerca del objeto social de la contratada en relación con el undécimo que refleja el contenido de la estipulación entre la principal y la contratista, así como la fórmula de pago por remisión al folio 358, al aumentar o reducir el precio en función del aumento o disminución de número de trabajadores necesarios, en el mismo Hecho Probado, la formación del personal de Atlas Servicios Empresariales, SA por el de Bitron Industrie España, SA, en el vigésimo segundo, los trabajadores de Atlas reciben instrucciones de Bitron y si tienen algún problema acuden al responsable de Bitron en el Fundamento de Derecho Tercero y en el Hecho Probado Undécimo, la existencia de una Coordinadora que mantiene los contactos entre ambas partes. No consta tampoco ninguna infraestructura, lo que evidencia como cesión entendida como mero suministro de mano de obra.”

En aplicación de dicha doctrina, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 de enero de 2006, I.L. J 440, declara contraria a derecho la relación contractual desarrollada entre una

empresa dedicada a estudios y análisis de mercados, control y supervisión de canales de distribución, presentación y venta de productos y fidelización de clientes y una entidad bancaria, con el objetivo de realización de campañas de captación de clientes para esta última. Según consta en el fallo, la empresa de servicios:

“no disponía de una organización con existencia autónoma o independiente en esta provincia, ni contaba con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad y en realidad tampoco organizaba, dirigía o controlaba efectivamente el desarrollo de la actividad, que corría por cuenta de un directivo del Banco que era quien ejercía funciones inherentes a la condición de empresario, lo que conlleva la existencia de la cesión ilegal de mano de obra, por lo que habiéndose ajustado la sentencia de instancia a la normativa legal y a la jurisprudencia procede confirmar la sentencia (...)”

A similar conclusión se llega en un supuesto de contratación administrativa entre el Instituto Insular de Deportes y una empresa de servicios, en el que se considera acreditado que el objeto real de la contratación administrativa entre ambas entidades “no fue sino la prestación de servicios de las actoras, que en el marco de su actividad laboral se integraban en la estructura organizativa del primero, a pesar de que el contrato de trabajo estaba formalizado con la segunda. De los hechos probados no resulta que exista prestación alguna por parte de la UTE demandada distinta a la propia prestación de las trabajadoras cedidas cuya relevancia la convierta en el objeto de la contratación celebrada entre ambos empleadores y que la diferencie netamente de una mera puesta a disposición de trabajadores”, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2006, I.L. J 443. En el mismo sentido se produce otro pronunciamiento, por entender el Tribunal que la empresa principal utiliza trabajadores de la contratista, que cumple el papel de una empresa privada de selección y colocación de trabajadores, para la prestación de una parte esencial de su actividad, en sus propias instalaciones, e incluso con su propia maquinaria, por más que dicha actividad se instrumentalice a través de un contrato de alquiler de la maquinaria y de una serie de apariencias formales externas de separación de plantillas. A tales conclusiones llega el Tribunal tras considerar probados los siguientes extremos:

“a) La empresa que aparece como contratista, Eulen SA tiene, por ser conocido, una diversidad de actividades tanto propias como consecuencia de su integración dentro de un grupo, de prestación de servicios diversos con su propio personal a otras empresas en España y en otros países.

b) No consta que entre sus actividades propias esté la del envasado de quesos en plásticos y el vacío en Sala Blanca, y lo relacionado con envasado, etiquetado y apilado de quesos y actividades afines (hecho probado segundo).

c) Eulen SA suscribió un contrato por tiempo indefinido de arrendamiento de servicios con la empresa Lácteas García Baquero SA, mediante el cual sus trabajadores prestarían el trabajo antes mencionado, de Envasado de Quesos al Vacío con Plásticos en Sala Blanca (hecho probado cuarto), sito en las instalaciones propias de Lácteas García Baquero SA, mediante el número de trabajadores necesarios para ello, en jornada ya predeterminada de 40 horas semanales, de lunes a domingo, excepto festivos, siendo responsabilidad de

Eulen SA la previsión del personal necesario para cubrir bajas, vacaciones, ausencias, etc. (hecho probado cuarto), existiendo una persona que servirá de responsable y que realizará la función de interlocutor entre los operarios de Lácteas García Baquero SA y Eulen S.A.

d) Dicha empresa no posee maquinaria propia para el desempeño de dicha actividad, ni tampoco tiene instalaciones adecuadas para ello (hecho probado cuarto), habiendo suscrito un contrato mediante el que Lácteas García Baquero SA le alquila la maquinaria de su propiedad (por cuya cuenta son los gastos del mantenimiento de la misma), a Eulen S.A., para que ésta pueda realizar el trabajo concertado, y siendo por cuenta de los propietarios de las mismas los gastos de mantenimiento.

En el contrato suscrito se detalla el importe de la cantidad que Lácteas García Baquero SA abonará mensualmente a Eulen SA por cada trabajador, por 40 horas de trabajo semanal, así como la cantidad que abonará por cada hora extraordinaria, por hora festiva y por hora nocturna, garantizando Lácteas García Baquero SA a la otra empresa los costes producidos por paradas en la producción o por disminución de ésta (nuevo hecho probado cuarto).

e) Los trabajadores de Eulen SA utilizan un vestuario sito en las instalaciones de García Baquero SA, que les proporciona Eulen S.A., donde consta un anagrama de la misma, utilizando aseos distintos de los que utilizan el personal de Lácteas García Baquero SA. Es Eulen SA quien fija los turnos de trabajo, turnos de vacaciones, concede los permisos y licencias, ejerce el poder disciplinario y elabora y abona las nóminas, imparte los cursos de formación precisos y pasa los reconocimientos médicos (hecho probado sexto).” STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 533.

Por el contrario, no existe cesión ilegal cuando queda acreditada “la implicación de las empresas contratistas respecto de la actividad laboral de sus trabajadores en el desarrollo de lo que constituye el objeto de la contrata, y la existencia o no de una efectiva estructura empresarial del contratista” SSTS de 14 y 21 de marzo de 2006, u.d., J 372 y J 390; o cuando no puede afirmarse que la empresa “haya limitado su actividad contratista al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio, antes, y al contrario, hemos de observar que se declara como probado que dicha empresa impartió a los demandantes un curso de prevención de riesgos laborales; que se ocupó de la formación de los mismos como conductores de carretillas elevadoras; que les facilitó ropa de trabajo; que mantenía un supervisor o coordinador y que mantenía el control de jornada de sus trabajadores.” STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2006, I.L. J 476.

B) Cesión ilegal entre Administraciones Públicas

La prohibición de cesión del artículo 43 ET afecta directamente a empresas privadas, aunque los requisitos que configuran el supuesto hecho puede producirse también cuando la cesión de trabajadores afecta a empleados laborales al servicio de diversas Administraciones Públicas. En estos casos, y a pesar de la rotundidad de la que hace gala el precepto legal, la doctrina judicial admite la legalidad de tales comportamientos entre Administra-

ciones Públicas u órganos administrativos, exceptuando tales supuestos de la prohibición del artículo 43 ET, con base en el principio de colaboración, coordinación y cooperación administrativa amparado por el artículo 103 CE. La excepción anterior no impide la imposición, en defensa de los derechos de los trabajadores afectados, de responsabilidad solidaria a las Administraciones implicadas en la condición de empleadores de los trabajadores cedidos durante el período de referencia.

Es el supuesto resuelto por la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de enero de 2006, I.L. J 481, en el que “nos encontramos con un colectivo de trabajadores que, siendo contratados por la Comunidad Autónoma y considerados como propios de su Administración, prestan sin embargo servicios por cuenta de una Corporación Local durante un período determinado, prorrogable, siendo remunerados por ésta, tal estructura de la relación laboral lleva ineludiblemente a la consideración de ambas Administraciones como empresarios en el seno de la misma. Y ello sin perjuicio de la validez de las normas o convenios reguladores de la situación en lo que a la regulación de las relaciones entre Administraciones se refiere. Pero tales normas sólo pueden ser interpretadas como una regulación de la relación interna entre las Administraciones implicadas, sin que sean oponibles frente al trabajador para excepcionar a una de las Administraciones de sus obligaciones y responsabilidades, porque si se admitiera tal derogación se vendría a dar preferencia a la norma reglamentaria autonómica frente a la Ley estatal en una materia, como es la laboral, en la que la competencia normativa, como hemos dicho, está constitucionalmente atribuida al Estado.”

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de actividad económica

El régimen jurídico laboral de la transmisión de empresa tiene como principal objetivo garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados mediante diversas técnicas al objeto previstas en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de la normativa laboral queda determinado por lo dispuesto en el artículo 44.2 ET, donde a tales efectos se considera que la transmisión se verifica cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Cuando dicha situación no puede ser acreditada, no procede aplicar las previsiones garantistas impuestas por el artículo 44 ET. La STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2006, I.L. J 562, se pronuncia contra la aplicación de dicho precepto tras considerar acreditado que los bienes transmitidos no cumplen tales requisitos y que no se produce la continuidad de la actividad económica:

“Pues bien, en el supuesto de autos no se transmitió un centro de trabajo como tal, sino unos inmuebles e instalaciones en los que ya no existía ninguna actividad empresarial y en los que ya no prestaba servicios ningún trabajador (hechos incontrovertidos). A mayor abundamiento, cabe añadir que de la lectura de la referida escritura, y concretamente de su anexo II en el que se describen los bienes transmitidos, se desprende que ni siquiera se trataba de instalaciones preparadas para ser inmediatamente explotadas, pues en diversos

puntos del apartado dedicado a describir las instalaciones de Escombreras se menciona que se incluyen las instalaciones y basamentos necesarios para el montaje e instalación de la maquinaria y los elementos industriales necesarios para el desarrollo de la actividad productiva, pero no se incluyen dichos elementos.”

A similares conclusiones llega la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de febrero de 2006**, I.L. J 557, donde tras citar ampliamente la jurisprudencia comunitaria en la materia, se concluye:

“Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos se advierte la ausencia de aquella entidad económica organizada de forma estable. Si resulta innegable que inicialmente los titulares de determinados bungalows ejercieron a través de la Comunidad de Propietarios una actividad de explotación turística, también lo es que la entrada en vigor de lo preceptuado en el apartado 1 del artículo 39 Ley 7/1995 marca su fin; la Comunidad explotadora desaparece y con ella el personal que venía sirviéndola. Le consta a Dunimar Tour SL que, pese a querer enarbolar ahora un contrato de industria con el propósito de eludir responsabilidades laborales, al tiempo de contratar el arriendo se preocupó en reflejar en su clausulado: cláusula undécima: Dunimar Tour, SL recoge el complejo Verdemar libre de personal fijo, no haciéndose cargo de ningún trabajador de los contratados anteriormente por la Comunidad de Propietarios.”

B) Sucesión de contrata

En supuestos de contratación de obras o servicios entre dos empresas, la jurisprudencia admite la subrogación en los contratos de trabajo de los trabajadores que realizan dicha actividad cuando se produce un cambio de titularidad del contratista, aunque la doctrina exige la concurrencia de dos requisitos considerados constitutivos: transmisión de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación, y de una parte esencial, en términos de número y competencias, de los trabajadores empleados en la realización de la obra o en la prestación del servicio. Los mismos requisitos son exigibles en los supuestos en los que la empresa principal asume por sí misma la actividad anteriormente subcontratada. Sin perjuicio de lo dicho, en determinados sectores intensivos en mano de obra, en los que los elementos patrimoniales adquieren escasa relevancia, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a los efectos de aplicación del artículo 44 ET.

La aplicación de la doctrina anterior determina, a juicio de las Sentencias de instancia y en suplicación, la existencia de subrogación empresarial en un supuesto en el que una empresa sanitaria, que tenía suscrito con una empresa de servicios un contrato de prestación de servicios de limpieza, asume de forma directa la actividad de limpieza, para la que contrató a seis personas, dos de ellas pertenecientes a la empresa de servicios que anteriormente realizaba dicha actividad. El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina y por ello sin entrar en el fondo del asunto, trae a colación la jurisprudencia del TJCE, para rechazar sendos recursos, en los siguientes términos:

“Los hechos más relevantes que sirvieron de base al pronunciamiento de la sentencia de contraste dan cuenta de que en una empresa dedicada a la fabricación de chicles y golosinas, se asumió por ella misma la realización del servicio de limpieza, hasta entonces encomendado a una empresa del ramo, con la particularidad muy relevante de que en este caso la empresa Hernández Vidal no se hizo cargo de ninguno de los trabajadores de la empresa ‘contratas y Limpiezas’, de la que dependía las dos demandantes, sino que pasó a realizar la actividad con sendas contratas *ex novo* para ello, después del cese de las actoras.

Ese elemento diferencial en cuanto a la no asunción de ningún trabajador de la empresa de limpieza anterior evidentemente no concurre en el caso de la sentencia recurrida y constituye un factor de hecho absolutamente decisivo a la hora de determinar si hubo o no traspaso, cesión o subrogación empresarial, a la luz de la Jurisprudencia del TJCE, teniendo en cuenta que el debate planteado en ella se produjo en la sentencia de contraste.” **SSTS de 25 de enero y de 17 de febrero de 2006**, u.d., I.L. J 23 y 130.

C) Sucesión de concesión administrativa

Las previsiones contenidas en el artículo 44 ET resultan también aplicables en supuestos de concesiones administrativas, siempre que se cumplan los requisitos aplicables a los supuestos de sucesión empresarial, particularmente la entrega al nuevo concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para el desarrollo de la actividad afectada por el proceso de contratación administrativa. Aplicando dicha doctrina, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de enero de 2006**, I.L. J 290, considera probada la existencia de sucesión empresarial condenando a la nueva concesionaria a subrogarse en la posición de la anterior y absolviendo a la Administración, tras considerar probado que:

“la Consejería aunque aporte al centro los medios materiales necesarios en las condiciones reseñadas, no ostenta la condición de empresario, como tampoco resulta acreditado que ejerza poder de dirección alguno sobre los trabajadores o que éstos se hallen respecto de aquélla en situación de dependencia, (...)” **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de enero de 2006**, I.L. J 290.

D) Sucesión en supuestos de jubilación del empresario

La jubilación del empresario es causa de extinción del contrato de trabajo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1.g) ET. La doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 25 de abril de 2000 y 14 de febrero de 2001 permite afirmar que la extinción de los contratos de trabajos afectados por la jubilación del empresario queda condicionada al efectivo cierre o cese de la actividad empresarial que se produce con motivo de tal circunstancia, pues en caso de continuidad de la actividad empresarial por otro empresario resultarían de aplicación las normas subrogatorias previstas en el artículo 44 ET. La **STSJ de Valencia de 11 de enero de 2006**, I.L. J 498, aborda dicha materia en un supuesto en el que un padre, que venía ejerciendo la actividad empresarial de protésico dental decide jubilarse, extinguiendo a partir de dicha fecha los contratos de todos los trabajadores que prestaban sus servicios en la empresa dirigida por éste. Paralelamente, un año antes de la jubilación del antedicho, su hijo había iniciado similar actividad empresarial en domici-

lio distinto. El fallo tiene en cuenta el dato de la coexistencia de actividades para concluir que entre ambos empresarios no se ha producido transmisión de elementos patrimoniales, rechazando por otra parte que el hecho de que un número de ocho clientes de la primera empresa hayan pasado a la segunda pueda servir para entender probado que entre ambas se haya producido transmisión del fondo de comercio, la misma conclusión se deduce del hecho probado de que de los dieciséis trabajadores que prestaban servicio en la primera empresa un total de seis hayan sido contratados por la segunda, considerando que tal número de trabajadores no supone una parte significativa.

E) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual: subrogación anulable

A partir del proceso de liberalización del transporte aéreo desarrollado en el marco de la Directiva comunitaria 96/67 CEE, y más concretamente, como consecuencia de la apertura a la competencia de un segundo operador de actividades u operaciones que “Iberia, SA” desarrollaba antes en régimen de monopolio ha permitido elaborar una importante y extensa doctrina judicial. En aplicación de dicha tesis judicial, se sostiene la separación entre el régimen jurídico de la sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa laboral vigente, recogida en el artículo 44 ET y en los Convenios Colectivos de aplicación, y la regulación de las cesiones de contratos entre empresas para las que, aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, resulta exigible el consentimiento del trabajador afectado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1205 del Código Civil. Dicho consentimiento puede producirse de manera expresa o tácita, mediante la aceptación *a posteriori* de la cesión contractual operada, por lo que debe entenderse que dichas subrogaciones son en principio lícitas. En el supuesto de autos, queda acreditado que el trabajador se ha demorado en expresar su oposición al acuerdo subrogatorio, por lo que tratándose de un supuesto de anulabilidad, sometido por tanto a prescripción, debe entenderse que el consentimiento debido se produjo de manera tácita:

“Conforme a lo antes razonado, si en el caso concreto aquí planteado el trabajador afectado por este recurso fue traspasado de Iberia a Ineuropa el día 1 de mayo de 1999, es claro que cuando presentó su papeleta de conciliación (18 de agosto de 2003), la acción estaba prescrita.

En conclusión, la Sentencia recurrida inaplicó indebidamente el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, razón por la que el recurso de casación para la unificación de doctrina ha de estimarse, casando la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación (artículo 226.2 de la LPL), en el sentido de desestimar el recurso de esta última clase, para confirmar la resolución de instancia, en cuanto acordó la desestimación de la demanda.” STS de 1 de febrero de 2006, I.L. J 109.

F) Responsabilidad solidaria por deudas salariales entre contratistas que se suceden

La STS de 3 de enero de 2006, I.L. J 29, resuelve la cuestión debatida en torno a dilucidar qué empresa debe responder de las deudas salariales contraídas con los trabajadores, en

un supuesto de sucesión de contratistas de prestación del servicio de ayuda a domicilio a personas mayores adjudicado por una Administración local sucesivamente a dos empresas distintas. Tratándose de un recurso en unificación de doctrina, el Alto Tribunal se abstiene de entrar en el fondo del asunto tras observar inexistencia de contradicción, en el bien entendido que la sentencia de contraste no se apreció subrogación empresarial. A pesar de lo dicho, la sentencia al tiempo que establece las diferencias entre los supuestos sometidos a unificación se detiene a reforzar el razonamiento de la sentencia recurrida:

“No existe contradicción entre una y otra sentencia.

En la recurrida, como se deduce del relato antes relacionado, quienes reclaman son una multiplicidad de actores, lo que hace pensar que éstos suponían la totalidad o una parte significativa de la plantilla existiendo una transmisión de la misma, y que por tanto, como razona la sentencia recurrida, no sólo hubo subrogación en la misma con apoyo en el C. Colectivo, sino una sucesión de empresas, tal y como ésta ha sido configurada, en casos como el de autos por la doctrina jurisprudencial, de ahí, que se aplique el artículo 44 del ET, en cuanto al único tema debatido de responsabilidad solidaria empresarial, al haber existido una subrogación del nuevo titular de la contrata, en la posición como empleador que el anterior titular ocupaba, haciéndose cargo de los trabajadores de la saliente, estando el núcleo de la actividad constituido por mano de obra lo que por sí mismo era una realidad económica, con entidad propia. En suma en dicha sentencia se aplica la más reciente doctrina jurisprudencial, que en dicha sentencia se relacionaba.

Esto no sucede en la referencial; aquí quien reclama es una trabajadora aisladamente, no existiendo en la sentencia hecho probado alguno que permita pensar que hubo transmisión de la totalidad de una parte sustancial de la plantilla, de ahí que en la sentencia, llegue a la conclusión de que no puede aplicarse el artículo 44 ET; es más, en sus razonamientos se hace constar que no existió transmisión de elementos productivos suficientes para llevar a cabo la actividad que la empresa saliente venía desarrollando, lo que permite pensar, que no existió una cesión de mano de obra, entendida ésta como una realidad económica con entidad propia; todo lo anterior es lo que lleva a la referencial a aplicar lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio Regional relativo a la subrogación de trabajadores por la empresa entrante, al concurrir los requisitos allí exigidos (...)” STS de 3 de enero de 2006, I.L. J 29.

G) Convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación

La STJCE de 9 de marzo de 2006, I.L. J 169, tiene por objeto la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 77/187, en el marco de un litigio entre el Sr. Werhof y la empresa Freeway Traffic Systems GMBH, sobre aplicación de un convenio colectivo. En concreto, la cuestión prejudicial que da origen a este procedimiento se instrumentaliza a través de los siguientes interrogantes:

1. ¿Es compatible con el artículo 3.1 de la Directiva que el cesionario de la empresa —no sujeto a convenio— quede obligado por un acuerdo entre el cedente —sujeto a convenio— y

el trabajador, por el que se efectuaba una remisión a los respectivos convenios colectivos sectoriales suscritos por el cedente, de suerte que resulte aplicable el convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión de la empresa, y no los aprobados con posterioridad?

2. En caso de respuesta negativa: ¿Es compatible con el artículo 3.1 de la Directiva que el cesionario quede obligado por los convenios colectivos sectoriales que hayan entrado en vigor después de la fecha de transmisión de la empresa únicamente cuando quede obligado el cedente?

Tras el correspondiente análisis de la normativa y jurisprudencia correspondiente, y aclarando que la interpretación por razones cronológicas se realiza sobre el texto original de la Directiva, el fallo se inclina por responder afirmativamente a la primera cuestión, lo que le hace innecesario tener que proceder a responder a la segunda de las cuestiones que va implícita en la respuesta a la primera. Así, el fallo de la sentencia expresamente declara que:

“El artículo 3º, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión del centro de actividad.” STJCE de 9 de marzo de 2006, I.L. J 169.

Por su parte, la **STS de 13 de marzo de 2006**, I.L. J 226, debe determinar si la empresa cesionaria está obligada al abono de un complemento salarial resultado de unos pactos colectivos habidos entre determinadas empresas –luego subrogadas por la empresa demandada– y sus trabajadores. En palabras de la Sentencia, y en la línea de la doctrina más arriba expuesta:

“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 laboral con el nuevo empleador.”

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO