

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad solidaria del administrador de la empresa. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. B) Integración de los trabajadores de la empresa filial en la empresa matriz. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo. C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la retribución por vacaciones no disfrutadas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Fraude legal en la reiteración de contratos de puesta a disposición para una misma empresa usuaria. **6. Cesión ilegal.** A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios. B) Efectos de la declaración judicial de cesión ilegal. **7. Sucesión de empresas.** A) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual. B) Determinación del momento de la transmisión. C) Caducidad de la acción por despido en supuestos de transmisión de empresas.

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 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 588) 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 solidaria del administrador de la empresa

La separación de los patrimonios de las sociedades y de sus socios es regla general del ordenamiento jurídico civil, que reconoce la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas. En aplicación de dicha regla general, los socios y administradores de las empresas no responden personalmente de las deudas sociales y, particularmente, de las deudas que las empresas mantengan con sus trabajadores. No obstante, la demostración de la existencia de un fraude de ley permite, mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, traspasar las sólidas fronteras de la personalidad jurídica de las sociedades, para responsabilizar a los socios o administradores, técnica que por constituir una excepción debe utilizarse de manera prudente y restrictiva; aparte de que por basarse en el principio de no presunción del fraude, la carga probatoria del mismo recae en todos sus extremos sobre quien la alega. En el ámbito laboral, la apreciación judicial del fraude requiere constatar la creación de una empresa aparente con el objetivo de ocultar y proteger el patrimonio del empresario real, supuesto de hecho que responde a los requisitos establecidos con carácter general por la normativa civil, en aplicación del artículo 6.4 CC: “la realización de una conducta que suponga la violación de una norma jurídica en cuanto contradiga su finalidad, y que la norma o ley de cobertura en la que se ampara esta conducta no proteja la finalidad perseguida por el actor”, STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2005, I.L. J 513.

Aunque el Tribunal considera empresario real a la administradora de la misma, y por tanto debiera considerarla responsable directa, termina por declarar la responsabilidad solidaria de la administradora al pago de las indemnizaciones reclamadas por los trabajadores demandantes. La condena de la administradora tiene en cuenta la existencia de una voluntad fraudulenta en la creación o utilización de la personalidad jurídica de las empresas, circunstancia que en el caso de autos se considera probada por la confusión de los patrimonios y domicilios de la empresa y de quien actúa como administradora de ésta. En concreto, la empresa “se constituyó en el año 1998, con un capital de 3.000 euros, subrogándose en los derechos y obligaciones laborales del negocio que había iniciado su esposo don L.M. hasta su fallecimiento en el año 1987, constituyendo la citada sociedad junto a sus dos hijas, no habiéndose aportado ningún tipo de patrimonio, coincidiendo el domicilio social con el suyo particular, siendo también titular de los contratos de suministros de agua, luz y teléfono, así como de los cargos de la actividad empresarial y los particulares, a excepción del suministro de gas, pagándose a la Sra. A. la renta del alquiler del local empresarial, habiendo suscrito ésta el contrato de préstamo de fecha 26 de enero de 2000 con el Institut Català de Finances para ampliar el negocio, siendo datos todos ellos que determinan la existencia de una confusión patrimonial y que Mupemec, SL, existe únicamente a efectos meramente formales y aparentes, ya que en la práctica quien ejercía como empresario real era la Sra. A., concurriendo, por consiguiente, elementos suficientes para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y para declarar su condición de empresaria de las trabajadoras recurrentes (...)”.

Con diferente aparato argumental, la STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005, I.L. J 363, condena a los esposos propietarios de un grupo de empresas a responder solidariamente por las deudas laborales de éstas. En dicho supuesto, no se considera preciso probar la existencia de fraude, pues se admite la lícita creación de las diversas empresas implicadas; sin embargo, en palabras de la sentencia, la responsabilidad solidaria “nace respecto de los trabajadores, ex artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, al existir una comunidad de bienes para la que en fin prestan aquéllos sus servicios, aunque aparentemente los realicen sólo para una empresa en cuya nómina figuran, siendo por tanto todos los empleadores y respondiendo solidariamente frente a sus empleados”, con lo que nuevamente se produce una cierta confusión entre responsables directos y solidarios. El Tribunal considera probado que “el actor ha prestado servicios, sucesivamente para distintas mercantiles cuya (...) es siempre la Sra. Rebeca, siendo ella y su esposo los propietarios de la demandada, así como de los locales donde se ubica el centro de trabajo, y de los bienes muebles con que se desempeña, por lo que en fin son los verdaderos empresarios siendo meramente instrumental la personalidad jurídica que sucesivamente y con distintos nombres se interpone como empleadora, por lo que todos ellos han de responder del despido (...)”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

El artículo 1.2 ET reconoce la condición de empresario a quien efectivamente recibe la prestación de servicios realizada por un trabajador, siempre que en dicha relación contractual concurren las clásicas notas definitorias que, para la delimitación del ámbito de aplicación del ET, exige el artículo 1.1. La complejidad del tráfico jurídico posibilita que una pluralidad de personas físicas o jurídicas intervengan en el desarrollo de la relación de trabajo, adoptando alguno de los papeles tradicionalmente encomendados al empresario. Dicha realidad no resulta enteramente rechazada por el ordenamiento laboral que admite y regula fenómenos como la contrata y subcontrata de servicios o las empresas de trabajo temporal o, en ausencia de regulación legal específica, admite por vía jurisprudencial la circulación de trabajadores en el ámbito de un grupo de empresas, siempre que dicha situación no perjudique los intereses de aquéllos. Fuera de los anteriores supuestos, el legislador prohíbe expresamente la cesión de trabajadores ex artículo 43 ET, mientras que nuestros Tribunales tienen a bien condenar solidariamente a las personas físicas o jurídicas que administran las empresas o componen el grupo de empresas, como consecuencia de obligaciones derivadas de una relación laboral, cuando la constitución de la empresa o del grupo de empresas se realiza con un objetivo fraudulento o cuando, habiendo sido creados con lícito objetivo, se producen fenómenos de confusión de dirección, administración, patrimonio o plantillas.

En este contexto, se suceden numerosos pronunciamientos judiciales en torno a la responsabilidad 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 se centra en determinar la existencia de algu-

no de los elementos adicionales exigidos por la doctrina jurisprudencial. En concreto, la **STS de 17 de enero de 2005**, u.d., I.L. J 43, no aprecia contradicción entre los pronunciamientos judiciales sometidos a su consideración, considerando adecuada la condena solidaria de la empresa titular del 100% de las acciones de la empresa filial, resaltando que la sentencia recurrida “estima que concurre el requisito de la dirección unitaria de las empresas del grupo Napesa y de las empresas integradas en el grupo Berge, concretamente desde el 24 de marzo de 2000 en que cesó la administradora general única de tal Grupo y no fue nombrado nuevo administrador hasta el 24 de octubre siguiente, unidad de dirección que no constituyó un fenómeno puramente formal, sino que se materializó en una absorción de la actividad del grupo Napesa, hasta el punto de conformarse una confusión en la actividad entre ese Grupo y el Grupo Berge, siendo este último ordenador y director de la actividad del Grupo Napesa”.

Por su parte, la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2005**, I.L. J 333, reiterando la doctrina jurisprudencial unificadora sobre la materia, concluye que existe responsabilidad entre las empresas demandadas al acreditarse la existencia de los siguientes elementos:

“la existencia de una dirección unitaria, pues ante la situación negativa de Aplistone es Fadesa, a través de un ingeniero industrial de su plantilla y ahora es (...) de Aplistone quien realiza un informe de viabilidad de la empresa y se reúne junto al personal de Aplistone en las oficinas de Fadesa junto con los representantes de los trabajadores de aquella, para negociar recolocaciones, así como ofrecer pagos a los trabajadores que quisieran marchar voluntariamente; existiendo frente a terceros una apariencia externa de unidad, si a ello le unimos que el hecho de que Fadesa ostenta 374 participaciones sociales en el capital de Aplistone y que ambas tienen el mismo domicilio, siendo el Sr. Baltasar, ingeniero de Fadesa, (...) de Aplistone, prestando servicios sino simultáneamente, al menos sucesivamente para ambas empresas, de que se impone la declaración de responsabilidad solidaria de ambas empresas demandadas”.

B) Integración de los trabajadores de una filial en la plantilla de la empresa matriz

La constatación de que una pluralidad de empresas forman parte de un grupo de empresas no ha de producir efectos sobre las relaciones laborales que se desarrollan en su seno. Únicamente cuando a dicha existencia se adiciona una serie de elementos como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las empresas del grupo. Distintas consecuencias impone la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, I.L. J 446, para quien la mera constatación de la existencia de un grupo de empresas determina la integración de los trabajadores de la empresa filial en la plantilla de la empresa matriz. La decisión judicial se justifica mediante la socorrida doctrina del levantamiento del velo, en esta ocasión sustentada en la tesis de que la empresa filial es meramente formal, pues bajo la apariencia de independencia únicamente se limita a realizar una parcela de la actividad de la empresa matriz. Siendo así, el Tribunal debiera haber debatido sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 42 y 43 ET, que sucesivamente determinan el

cauce normativo de la lícita subcontratación de obras y servicios y prohíben la cesión de trabajadores, únicamente permitido a las empresas de trabajo temporal. Por el contrario, la sentencia destaca, como elemento decisivo, el hecho de que ‘Babcock Montajes, SA, se creara hace más de diez años [la empresa antecesora (...) se creó hace más de cincuenta años] y siempre ha estado sometida su gestión y actividad primero a ‘Babcock Wilcox Española, SA’ y después y actualmente a ‘Babcock Borsing España, SA.’”. Y además, mantiene permanentemente un altísimo porcentaje de trabajadores temporales, que en la actualidad es del ochenta por ciento. Todo ello casa mal con una empresa consolidada e independiente, pero se explica porque no es lo uno ni lo otro, sino un departamento más de ‘Babcock Borsing España, SA’. La sentencia no tiene en cuenta datos como que el desarrollo de la actividad empresarial de la empresa filial se realice en las instalaciones de su propiedad, ni el hecho de que mantenga relaciones mercantiles con terceros o que regule sus relaciones laborales por el convenio colectivo del sector. Por el contrario, y sin adentrarse en argumentos demostrativos de la existencia de un fraude de ley, termina por sentenciar que si “a los aquí demandantes se les mantuviera al margen de la empresa dominante, ésta se vería libre de la carga social que aquéllos representan si hubieran de tomarse medidas de conflicto colectivo en una situación de crisis cronificada e irreversible a la que pudieran conducir los acontecimientos que vienen produciéndose durante los últimos años. En evitación de ello, el levantamiento del velo, en atención a todas las razones expuestas, ha de llevar al reconocimiento del derecho de integración en la empresa dominante”.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

La dificultad de aplicación práctica del régimen jurídico laboral previsto para contrata y subcontrata de obras y servicios (artículo 42 ET) tiene su origen en la paralela dificultad de diferenciar este fenómeno de las cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral, salvo cuando la empresa cedente es una Empresa de Trabajo Temporal (artículo 43 ET). Con toda probabilidad, en esta materia, el problema más importante se produce cuando la contrata tiene por objeto la prestación de servicios en el marco de la empresa principal, situación en la que en la práctica resulta tremendamente complejo diferenciar entre un mero suministro de mano de obra y una descentralización de servicios plenamente lícita. En tales supuestos, la doctrina judicial recurre a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración de carácter complementario. La actuación empresarial en el marco de la contrata cobra a tales efectos una importancia decisoria, negándose la licitud del supuesto cuando la empresa contratista aporta la mano de obra sin ejercer los poderes de dirección propios del empleador, pero también cuando lo hace de manera meramente formal, ejerciendo como delegado de la empresa principal.

En ocasiones, la ilegalidad de la cesión de trabajadores en el marco de una contrata no queda desvirtuada por elementos formales como el hecho de que las empresas principal y contratista posean objetos sociales diversos, pesando más aspectos materiales tales como el que la actividad de las trabajadoras de la empresa contratista sea la de atender a los clientes de la empresa principal,

“tomando nota de los pedidos, aclarándole las dudas y escuchando sus reclamaciones, funciones idénticas a las de los administrativos informáticos de dicha empresa que hacían junto con ellas ese mismo trabajo.

A ello se añade que Estradel no ejercía dirección ni control alguno sobre tales operarias, haciéndolo el persona de Telefónica España, SA (...), lo que refuerza la tesis de la cesión ilegal” STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de enero de 2005, I.L. J 314.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria de 3 de febrero de 2005, I.L. J 349, en el que además de la ausencia de utilización de los poderes de dirección se añaden otros elementos indiciarios:

“Constituye, pues, un elemento indiciario la propiedad de los instrumentos de trabajo que los empleados deben utilizar que la contratista proporcione al empleado la ropa de trabajo y equipos individuales de protección, circunstancias no presentes en la contrata analizada, en que los medios productivos son de la empresa principal, el servicio se presta en las dependencias de ésta y sin diferenciarse de sus empleados, sometiéndose, incluso, al poder directivo de los mandos jerárquicos de la principal únicos que coinciden en el desempeño diario del servicio de los actores. Coincidiendo los actores con los empleados de la principal, únicamente (aunque el trabajo realmente ejecutado no se confunda con el desempeñado por los operarios de la principal), siendo los jefes de la contratista los presentes para resolver las cuestiones que puedan plantearse a los empleados que por su cualificación profesional de auxiliares administrativos no tiene capacidad decisoria, integrándose dicha actividad como complementaria de la principal, necesariamente debe atender a los presentes a diario, pues lo contrario equivale a la autonomía de un profesional sin facultad de mando, dentro de las instalaciones de la principal, si bien, por las características del servicio, las directrices serán sencillas genéricas, pero resueltas por la empresa principal, puesto que los mandos de la contratista no están presentes ni se relacionan habitualmente a diario, o con frecuencia similar con los actores. No es el hecho de que se contrate el servicio de administración posible, sino la falta de suministro del material y de organización empresarial interpuesta y real, propias de la empresa contratada, frente a la empresa principal, lo que determina que existe cesión ilegal en este litigio (...)”

B) Sucesión de contrata prevista en Convenio Colectivo

Como en otras ocasiones hemos señalado, en supuestos de contrata de determinados servicios, especialmente limpieza y vigilancia, la jurisprudencia española rechaza la aplicación del art. 44 ET en ausencia de transmisión de elementos patrimoniales, circunstancia habitual en tales supuestos por tratarse de actividades intensivas en mano de obra. Cerrada la posibilidad de subrogación empresarial *ope legis*, la sucesión de empresa puede producirse en aplicación de los correspondientes convenios colectivos, que tradicionalmente establecen acuerdos en esta materia. En tales supuestos, la aplicabilidad del pre-

cepto convencional queda condicionada por el ámbito del convenio colectivo, negándose todo efecto fuera de dicha esfera.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2005, I.L. J 434, resuelve el debate de si un Ayuntamiento estaría obligado a subrogarse en el personal de limpieza de la adjudicataria de tal servicio al concluir la contrata, tras ser asumidas las labores de limpieza por el Ayuntamiento con su propio personal o por personal contratado al efecto. La sentencia, sin entrar a valorar la aplicabilidad del art. 44 ET, rechaza de plano dicha posibilidad, sosteniendo sucesivamente la ausencia de fuerza de obligar de la norma convencional con respecto a las relaciones laborales dependientes de la Administración local:

“(...) la cuestión a dilucidar radica en determinar si el citado Convenio y por tanto la subrogación prevista en el mismo es también aplicable al Ayuntamiento que ha asumido el servicio de limpieza de la citada Residencia como sostiene la actora y el Juzgador de Instancia o por el contrario no resulta aplicable al Ayuntamiento citado Convenio como se afirma en el recurso; parece claro que un Ayuntamiento no es una empresa dedicada al servicio de limpieza aunque en las diversas dependencias y edificios de titularidad municipal se deban realizar labores de limpieza que puede gestionar directamente por su propio personal o indirectamente mediante contratas con empresas dedicadas precisamente a dicha actividad; pues bien no existiendo en sentido estricto en los casos de sustituciones de empresas en una contrata de limpieza un supuesto de sucesión empresarial a que se refiere el art. 44 ET del Estatuto de los Trabajadores y no viniendo por ello obligada la empresa entrante a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la saliente salvo que exista una norma sectorial o convencional que lo imponga, y no resultando de aplicación el Convenio Colectivo antes citado al Ayuntamiento recurrente por no constar que formara parte de la asociación de empresarios de limpieza de Salamanca que negoció dicho Convenio cuyo ámbito funcional está referido en su artículo primero a las empresas dedicadas a la limpieza, abrillantado y pulimentado de edificios y locales de Salamanca y de su Provincia, se ha de concluir que no viene obligada la recurrente a subrogarse en la relación laboral de la actora (...)”.

Por el contrario, y poniendo de manifiesto que la polémica sobre la aplicabilidad del artículo 44 ET no ha quedado totalmente resuelta, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2005, I.L. J 123, profundiza en dicho debate recogiendo la doctrina comunitaria, concluyendo:

“a) La mera sucesión en la actividad no determina la existencia de sucesión laboral.

b) Para que exista sucesión laboral es preciso que, además de sucesión en la actividad, exista una sucesión en un conjunto de elementos organizados asociados a la actividad productiva que mantenga su identidad. Este conjunto de medios organizados puede consistir exclusivamente en la totalidad o mayor parte de la plantilla adscrita a la actividad.

c) Cuando, abstracción hecha de la plantilla, existe sucesión en un conjunto de medios productivos organizados que mantiene su identidad, la empresa sucesora está obligada a hacerse cargo de la plantilla de la sucedida.

d) Cuando, por el contrario, no existe sucesión en un conjunto de medios productivos organizados, el nuevo empresario no está obligado a hacerse cargo de la plantilla por el mero hecho de la sucesión en la actividad, salvo que dicha obligación le venga impuesta por otras normas o contratos, entre los cuales, significadamente, están los convenios colectivos, como es el de seguridad privada.

e) Si el nuevo empresario que sucede en la actividad, voluntariamente o porque le venga impuesto por norma o contrato, se hace cargo de la plantilla en su totalidad o mayor parte, entonces no encontramos ante una sucesión del artículo 44 ET del Estatuto de los Trabajadores (...)"

C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la retribución por vacaciones no disfrutadas

El artículo 42.2 ET obliga al empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, a responder solidariamente por las deudas salariales contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata. La **STS de 9 de marzo de 2005**, u.d., I.L. J 479, decide sobre si el concepto retributivo "vacaciones" tiene naturaleza jurídica salarial o indemnizatoria, a los efectos de resolver si la empresa principal debe o no responder solidariamente de su abono, en aplicación de lo dispuesto en el art. 42.2 ET, conjuntamente con la empresa contratista responsable directa de su pago. La Sala, con toda rotundidad, afirma que "la retribución correspondiente al concepto de 'vacaciones' es salario a todos los efectos y en concreto a los efectos previstos en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (...)"

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Fraude legal en la reiteración de contratos de puesta a disposición para una misma empresa usuaria

El TSJ de Baleares, en sucesivas sentencias, pone de manifiesto la irregularidad que supone la realización de sucesivos contratos de puesta a disposición de una misma empresa usuaria. Cuando las empresas deciden cubrir con un mismo trabajador una necesidad de carácter no temporal, sirviéndose de sucesivos contratos de puesta a disposición, a tal fin celebrado con una o varias empresas de trabajo temporal, se produce el supuesto de hecho previsto en el artículo 6.4 CC, pues al amparo de una norma legal, la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, se persigue la consecución de objetivos no deseados por la misma, la cobertura de necesidades de carácter indefinido mediante contratos de carácter temporal. En concreto, la **STSJ de Baleares de 14 de enero de 2005**, I.L. J 311, reitera la doctrina precedente conforme a la cual "de las prescripciones del art. 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, (...) se desprende que los contratos de puesta a disposición sólo pueden celebrarse con el objetivo de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria en los mismos supuestos y con arreglo a los mismos requisitos en que esta misma puede acudir a la contratación de duración determinada. La puesta del trabajador a disposición

de la empresa usuaria es esencial que se efectúe con carácter temporal, de acuerdo con lo que dispone el art. 1 de la Ley de mérito. De ahí que la concurrencia de alguna de las causas típicas de temporalidad laboral constituya capital exigencia de validez del contrato de puesta a disposición". Por su parte, la **STSJ de Baleares de 24 de enero de 2005**, I.L. J 510, recuerda cómo la empresa usuaria "decidió acudir a la indicada técnica para satisfacer sus necesidades permanentes y esenciales y ahí, como se ha dicho, radica el fraude cuya sanción, como es sabido, consiste en aplicar la norma defraudada (art. 6.4 CC) lo que implica que la antigüedad de la actora en la empresa demandada sea la pretendida en la demanda y concedida en la Sentencia de instancia".

6. CESIÓN ILEGAL

A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. En este sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2005**, I.L. J 320 insiste, en línea con la doctrina judicial sentada por el Tribunal Supremo, que

"cuando se discute si existe una contrata entre empresas o una cesión ilegal de trabajadores, hay que individualizar el análisis de los elementos de juicio en cada caso concreto.

Como norma general se ha establecido que existe verdadera subcontratación cuando la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa; asumiendo el riesgo empresarial correspondiente y ejerciendo facultades de dirección de sus trabajadores (...)"

En la práctica, dicha doctrina permite declarar la existencia de cesión ilegal cuando "todos los medios materiales e infraestructuras necesaria para el desempeño de la actividad de la actora fueron aportados por la empresa Gillete; trabajadora que actuaba atendiendo a las particulares y concretas órdenes e instrucciones, distribución de trabajo y organización general impartidos por el personal de Gillete"; cuando "(...) aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado de laboral" **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de enero de 2005**, I.L. J 314; pues puede afirmarse que no "es el hecho de que se contrate el servicio de administración posible, sino la falta de

suministro del material y de organización empresarial impuesta y real, propias de la empresa contratada, frente a la empresa principal, lo que determina que existe cesión ilegal (...)” STSJ de Cantabria de 3 de febrero de 2005, I.L. J 349.

B) Efectos de la declaración judicial de cesión ilegal

El art. 43 ET considera ilegales la contratación de trabajadores por un empresario y su posterior puesta a disposición de otro empleador, fenómeno únicamente permitido a las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. En la práctica, dicha situación puede manifestarse de diversas maneras, pues la cesión ilegal puede producirse entre empresas reales, legalmente constituidas y con estructura y actividad propia, o entre una empresa de carácter ficticio y otra real. Aunque el art. 43.3 ET no hace diferencia alguna, reconociendo a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, la ausencia de matices en la consecuencia jurídica prevista por el precepto estatutario ha sido completada por la jurisprudencia entendiéndose que la norma que establece el derecho de opción a favor del trabajador, parte del supuesto de que la empresa cedente tenga entidad real, pues cuando una de las empresas sólo cuenta con apariencia de tal, no existe posibilidad de materializar dicho derecho; es decir, la decisión del trabajador sólo puede tener lugar cuando existan sendas empresas con las cuales éste pueda establecer o mantener una relación laboral.

Tras adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, los derechos y obligaciones del trabajador han de ser los que correspondan a un trabajador que ocupe similar puesto de trabajo o, en su ausencia, un puesto de trabajo equivalente, debiéndose reconocer a ésta la antigüedad correspondiente, computándose ésta desde el inicio de la cesión ilegal. Dicha declaración plantea algunos interrogantes, particularmente el relativo al carácter constitutivo o declarativo de la sentencia. En concreto, la STSJ de La Rioja de 27 de enero de 2005, I.L. J 524, pone de manifiesto cómo “(...) si se trata de dos empresas reales, como pasa en el caso presente, aunque ello no excluya la situación de cesión ilegal por falta de puesta en juego de la organización empresarial de la cedente, 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, según la misma jurisprudencia, cuando se está ante un fenómeno de pura interposición, es decir ante una empresa ficticia, en cuyo caso no tiene sentido la opción que regula el precepto, pero por el contrario cuando se trata de empresas reales –como sucede en estos autos– hay que tener en cuenta la eficacia *ex nunc* que tiene la sentencia constitutiva sobre la cesión (...)”. “Efectivamente las sentencias que determinan la existencia de una cesión ilícita de trabajadores, regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, tienen efectos constitutivos y no meramente declarativos, y tales efectos, en los casos de empresarios reales, se producen *ex nunc*, es decir, desde el momento que lo establece la resolución judicial, que, como cualquier otra, ha de esperar a su firmeza para desplegar toda su eficacia”. Con todo, entiende “la

recurrente que como la sentencia de instancia adquirió firmeza el día 3 de marzo de 2004, y dada la eficacia *ex nunc* de este tipo de resoluciones, la opción que prevé el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, sólo podía ejercitarse a partir de tal fecha, lo que, obviamente, era imposible para el actor, que no pertenecía a la empresa demandada desde el 21 de octubre de 2003, fecha en que fue despedido”. Ahora bien, que “el efecto constitutivo se produzca *ex nunc* quiere decir que, a los efectos del presente procedimiento sólo pueden tenerse en cuenta los servicios prestados por el actor en la empresa recurrente desde el día 27 de marzo de 2002, no los efectuados con anterioridad, y sólo hasta el 21 de octubre de 2003, fecha de su despido en dicha empresa, pero, en ningún caso, la fecha de referencia a tales efectos puede ser la de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2004, la cual evidentemente, sólo determina el comienzo de un plazo durante el cual el trabajador puede ejercitar formalmente su derecho de opción mediante la oportuna reclamación a las empresas afectadas (...)”

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual

Como hemos comentado en otras ocasiones, resulta doctrina judicial firme la que afirma “la separación entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (art. 44 ET y Convenios Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores (...), para llegar a la importante conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como exige el artículo 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas” STS de 21 de enero de 2005, u.d., I.L. J 50. Dicha línea jurisprudencial ha sido elaborada en torno al 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. En aplicación de dicha tesis, “no cabe una declaración general de ilegalidad y anulación de las subrogaciones y cesiones de contrato efectuadas. Éstas son lícitas en principio; y pueden ser válidas o no, respecto de cada trabajador individual, según se haya obtenido o no el consentimiento del mismo al acuerdo de ‘Iberia’ de ceder sus contrato de trabajo al segundo concesionario” En el supuesto de autos, la sentencia considera que la aceptación del trabajador no se produjo, ni de manera tácita ni de manera expresa, pues queda acreditado que una vez hubo tenido conocimiento de la sucesión la impugnó, sin dejar transcurrir un plazo que pudiera ser significativo, motivo por el cual se entiende que “la subrogación que ambas empresas demandadas acordaron en relación con el trabajador demandante fue nula porque se hizo a sus espaldas y sin su consentimiento” STS de 21 de enero de 2005, u.d., I.L. J 50. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 15 de marzo, de 7 de febrero y de 31 de enero de 2005, u.d., I.L. J 471, 142 y 245.

Por el contrario, cuando el trabajador se demora en expresar su oposición al acuerdo subrogatorio, la doctrina jurisprudencial entiende que por tratarse de un supuesto de anulabilidad, sometido por tanto a prescripción, debe entenderse que el consentimiento debido se produjo de manera tácita; en palabras de la sentencia,

“no estamos ante una prohibición legal absoluta, sino ante una decisión empresarial de cesión del contrato, cuya validez queda condicionada al consentimiento del trabajador; consentimiento que puede ser expreso o tácito, produciéndose éste por la aceptación pacífica de los trabajadores afectados, lo que no conforma un supuesto de nulidad absoluta en atención a que el defecto inicial de la operación subrogatoria consistente en no haber contado con el preceptivo consentimiento del trabajador genera anulabilidad o nulidad simple y no nulidad radical o absoluta, debiendo entenderse subsanada la eventual falta de consentimiento por el transcurso, sin oposición, de un período de tiempo a todas luces relevante a estos efectos.

Por ello, constatado en el caso que, si bien no ha concurrido el consentimiento de los demandantes a la cesión de sus contratos de trabajo acordada entre Iberia y Eurohalding, sí se ha superado con creces el plazo de un año entre la subrogación y la reclamación (...)” STS de 27 de enero de 2005, u.d., I.L. J 58.

B) Determinación del momento de la transmisión

La STJCE de 26 de mayo de 2005, I.L. J 588, se pronuncia sobre la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva sobre el mantenimiento de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresa y, en concreto, sobre el momento que debe tomarse como referencia para determinar las relaciones de trabajo que se verán afectadas por la normativa comunitaria de protección. En concreto, se trata de determinar si a la luz de la Directiva debe considerarse que existe un momento preciso en el que tiene lugar la transmisión de la empresa y, en caso afirmativo, cómo puede determinarse ese momento preciso que tomaremos como referencia para establecer las relaciones laborales existentes y los derechos derivados de las mismas a mantener. Reiterando jurisprudencia precedente, la sentencia termina por concluir:

“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que la fecha de la transmisión a efectos de esta disposición corresponde a la fecha en que se realizó la transmisión, del cedente al cesionario, de la condición de empresario responsable de la explotación de la entidad transferida. Esta fecha es un momento preciso, que no puede ser fijado en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario.

A efectos de la aplicación de dicha disposición, se considera que los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión en el sentido precisado anteriormente, entre el cedente y los trabajadores adscritos a la empresa transferida se transmiten, en dicha fecha, del cedente al cesionario, cualesquiera que sean las modalidades acordadas al respecto entre éstos.”

C) Caducidad de la acción por despido en supuestos de transmisión de empresas

La determinación del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de despido, en los supuestos que se alega la existencia de sucesión de empresas, es un tema que continúa siendo fuente de controversia jurídica. En ocasiones se ha tenido en cuenta la fecha en que los contratos de trabajo fueron objeto de extinción, mientras en otros supuestos se entiende que el cómputo ha de iniciarse a partir del momento en que el trabajador despedido tiene conocimiento de que una nueva empresa ha continuado con la actividad sometida a juicio. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2005, I.L. J 408, distingue entre dos supuestos, en función de que pueda o no acreditarse fraude en la actuación empresarial. En palabras del Tribunal, “la garantía fijada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resultaría ineficaz si se computara el *dies a quo* de la acción de despido desde la fecha de extinción de contrato y no desde la fecha en que se efectúa la transmisión pues, dada la brevedad del plazo de ejercicio de dicha acción, al empresario transmitente le sería suficiente con esperar veinte días desde el despido del trabajador para exteriorizar la transacción de empresa (que con toda probabilidad se ha efectuado con anterioridad, en la fecha en la que aún el trabajador podía reclamar contra el despido) evitando así la aplicación de las garantías del artículo 44 del Estatuto”. En la misma línea, la sentencia argumenta “lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil que dispone que el *dies a quo* para el cómputo de los plazos se contará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, resulta de plena aplicación. En efecto es contrario a la tutela judicial efectiva, proclamada por el artículo 24 de la Constitución, el entender que el plazo de caducidad de la acción de despido ha de comenzar a correr a partir de que éste se produce y no desde que posteriormente se realiza el acto de transmisión de la empresa, cometido en fraude de ley, y frente al que el trabajador ya no podría accionar si se entendiera que el día inicial del cómputo ha de fijarse en la fecha de la extinción del contrato y no en la fecha de la transmisión”.

En otros supuestos, la extinción contractual previa determina la inaplicabilidad del art. 44 ET, aunque la distancia temporal entre la fecha en que ésta se produce y la creación de la nueva empresa sea corta, siempre y cuando no pueda acreditarse la voluntad fraudulenta de las empresas afectadas. La STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005, I.L. J 522, aborda la posibilidad de aplicar las consecuencias previstas en el art. 44 ET en un supuesto en que la empresa cesionaria es una empresa constituida por algunos trabajadores procedentes de una empresa en situación de crisis. El Tribunal rechaza esta posibilidad negando “(...) la existencia de una sucesión empresarial, ya que los contratos de los trabajadores de la empresa Fondo de Promoción de Empleo se extinguieron en virtud de un ERE del artículo 51 ET mediante la correspondiente autorización de la Dirección General de Trabajo, tras la cual, unos quince días más tarde, parte de los trabajadores cuyos contratos se extinguieron, en número no determinado, constituyó la empresa Fondo de Promoción de Euskadi, con el mismo domicilio social, el mismo representante en la contratación de la demandante y una actividad, al menos parcialmente, similar, cual la de impartición de cursos de formación profesional, para lo que, además, utiliza un bien inmueble del Fondo de Promoción de Empleo, en régimen de cesión de uso.

Nos hallamos, pues, en un supuesto en el que los trabajadores cuyos contratos de trabajo se han extinguido en virtud de un ERE de la empresa, que había entrado en un proceso de liquidación, han tratado de desarrollar una actividad similar, en el área comercial que conocen y dominan, para tratar de ocupar parte del mercado liberado por la empresa desaparecida y levantar otra partiendo de los restos de aquélla. No han existido maniobras fraudulentas que hayan tratado de ocultar lo acontecido, ni de eludir responsabilidades (...).”

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO