

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad del abono del complemento salarial de jefe de departamento en colegio concertado. B) Condición de empresario y art. 44 ET. C) Profesores de religión católica de centros públicos de enseñanza primaria. **3. Centro de trabajo.** A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo. B) Delimitación del término “centro de trabajo” como unidad electoral en las elecciones a representantes del personal laboral en la Administración Pública. **4. Grupo de empresas.** A) Elementos y requisitos necesarios para que la existencia del grupo tenga relevancia laboral. B) Cómputo de la antigüedad. C) Prestación de servicios de forma simultánea para varias empresas de un mismo grupo y despido. **5. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad solidaria por la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Efectos respecto al cómputo de antigüedad. B) Supuestos en los que juega la responsabilidad solidaria. C) La responsabilidad solidaria excluye la situación de litisconsorcio pasivo necesario. **7. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Posibilidad o no de acreditar en proceso de despido la existencia de cesión ilegal. **8. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. C) Efectos de la subrogación. D) Venta judicial. E) Subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1785 a 2431) 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 del complemento salarial de jefe de departamento en colegio concertado

Como indicábamos en nuestra crónica anterior, las especiales relaciones entre la Administración educativa y el titular de un centro concertado respecto al abono de los salarios correspondientes a los profesores de éste, ha dado origen a una amplia litigiosidad, resuelta en algunos de sus extremos por la doctrina unificada del Tribunal Supremo. Como ya recordábamos en la crónica número 22, la STS de 20 de julio de 1999, que resume la cuestión, dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (arts. 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación –derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo art. 76 recoge un contenido similar– y RD 2377/1985; de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende “que en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración –que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial–, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el art. 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del art. 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el art. 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el art. 49.3, dentro

de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’; y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el art. 68.e) del Estatuto de los Trabajadores’”. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el art. 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto se sitúa la STSJ de Aragón de 14 de junio de 2004, I.L. J 2028, que debe determinar si procede o no la responsabilidad solidaria de la Administración y el centro concertado en el pago del complemento de Jefe de Departamento previsto en el convenio colectivo aplicable y reclamado por algunos profesores del centro. No obstante, en esta ocasión, a diferencia de lo debatido en otros supuestos –véase crónica 22–, no se discute si el citado complemento debe ser incluido en uno u otro apartado del art. 13.1 del RD 2377/1985 (cuestión por lo demás resuelta en la mencionada STS de 20 de julio de 1999) sino que, por el contrario, la argumentación de la Administración se centra en indicar que el cargo unipersonal de Jefe de Departamento no forma parte de la estructura directiva del centro concertado que deba ser asumida obligatoriamente por ella a efectos del pago delegado, pues, con independencia de la libertad del centro para decidir su estructura organizativa, la Administración está obligada a asumir sólo una estructura básica, que no contempla el mencionado cargo. La Sala, trayendo a colación lo previsto en la Disposición Adicional Séptima de la LO 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros (BOE de 21 de noviembre de 1995), según la cual “las Administraciones educativas posibilitarán, para el ejercicio de la función directiva en los centros concertados, unas compensaciones económicas y profesionales, análogas a las previstas para los cargos directivos de los centros públicos en el art. 25.4 de la presente Ley. Dichas compensaciones deberán ser, en todo caso, acordes con la responsabilidad y la dedicación exigidas”, y en el apartado 6º de la Orden de 30 de diciembre de 1996 por la que se dictan normas para la aplicación del régimen de conciertos educativos a partir del curso académico 1997/1998 (BOE de 16 de enero de 1997), a cuyo tenor “en aplicación de lo señalado en la Disposición Adicional Séptima de la LO 9/1995, de 20 de noviembre, los centros docentes que impartan enseñanzas concertadas de BUP o FP 2º que, además, tengan concertadas las enseñanzas de otras dos etapas educativas, podrán incorporar a su plantilla a un Jefe de estudios, cuyo complemento retributivo será satisfecho por la Administración educativa, con cargo al crédito de conciertos de BUP o de FP 2º”, desestima el recurso de la Administración y confirma la condena solidaria de ésta y el centro concertado. Afirma la mencionada sentencia que ante la jurisprudencia existente y “la constante aplicación judicial ordinaria del criterio interpretativo acerca de la

obligación legal del pago delegado por la Administración de los complementos litigiosos, con el único límite de los módulos presupuestarios, cuando se aleguen y demuestren, la Orden de 30 de diciembre de 1996 incorpora expresamente al ordenamiento algunas de las consecuencias que la citada jurisprudencia viene extrayendo de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, el convenio Colectivo de Empresas de enseñanza Privadas sostenidas con fondos públicos, y demás normas reglamentarias referidas. Porque lo que no puede hacer, salvo infracción de las reglas de jerarquía normativa (art. 3.2 ET), es reducir el ámbito de aplicación de lo que la Ley y el Convenio Colectivo, según la jurisprudencia establecen”.

Por su parte, la **STS de 28 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 2413, si bien en el contexto de un pronunciamiento donde el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto se desestima por inexistencia de contradicción y falta de contenido casacional, recuerda que la pretensión de la Administración de que se le libere de la condena solidaria al abono a un profesor de educación primaria en un centro privado concertado del premio de vinculación de 25 años al servicio de la empresa previsto en el convenio colectivo estatal para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, –imputando toda responsabilidad al centro concertado–, está en abierta contradicción con lo declarado en sentencias anteriores, donde se indica que el premio de antigüedad citado debe ser abonado por la Administración.

B) Condición de empresario y artículo 44 ET

La carencia de la condición de empresario es el principal argumento esgrimido por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2167, para estimar que en el supuesto enjuiciado el recurrente no es responsable del despido de la trabajadora en cuestión, pues el traspaso de industria que se produce tiene lugar, de forma directa de la pretérita arrendataria a la actual arrendataria,

“no constando que concurra ninguna de las circunstancias que la jurisprudencia ha tenido la ocasión de señalar para entender que estamos ante una unidad de empresa, ni consta tampoco que se haya producido una operación para perjudicar los derechos de los trabajadores que pudiese conducir a aplicar la doctrina del levantamiento del velo”.

C) Profesores de religión católica de centros públicos de enseñanza primaria

La **STS de 21 de julio de 2004**, u.d., I.L. J 1881, aborda, una vez más, las tantas veces comentada cuestión de determinar quién ha de ser considerado empleador en la relación laboral constituida con los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza en Comunidades Autónomas a las que les han sido transferidas competencias en materia de enseñanza, y, en consecuencia, a quién corresponde el abono de la retribución a dichos profesores. El Tribunal Supremo, recordando su doctrina unificada, señalará que “la transferencia de las competencias (...) en materia de enseñanza no universitaria no ha

alcanzado a la enseñanza específica de la Religión Católica cuya financiación por cuenta del Estado está prevista en el Acuerdo entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, por lo que es el Ministerio de Educación el que ha de hacerse cargo de la retribución de los profesores, en tanto no se lleven a cabo aquella transferencia y el correspondiente traspaso de personal a las Comunidades Autónomas”.

Referida también a la especial situación de los profesores de religión en centros públicos de educación infantil y primaria, si bien en relación con una temática como la de su equiparación retributiva con los profesores interinos que no pertenece a la materia propia de este apartado de las crónicas, la **STS de 5 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 1972, llega a la conclusión de que de lo dispuesto en la normativa aplicable –básicamente la contenida en el Convenio suscrito el 26 de febrero de 1999 (BOE de 20 de abril de 1999) entre la Conferencia Episcopal y el Gobierno y normas en él aludidas– se desprende que tratándose de profesores que con anterioridad a 1 de enero de 1999 no tuvieran reconocida por sentencia firme la equiparación, ésta sólo se producirá una vez transcurrido un período de cuatro años a partir del 1 de enero de 1999, “no habiéndose producido tal circunstancia en el año 2001 al que se extendía la pretensión por ellos ejercitada”.

3. CENTRO DE TRABAJO

A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo

De manera tangencial, pues el debate se centra en la delimitación del concepto de centro de trabajo como unidad electoral en materia de elecciones a representantes del personal laboral en las Administraciones Públicas, cuestión a la que enseguida nos referiremos, la **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2203, recoge algunas indicaciones acerca de la configuración legal y jurisprudencial del concepto de centro de trabajo. Se señala así, que la noción de “centro de trabajo” ha sido configurada jurisprudencialmente “como unidad productiva, con organización específica y pronunciamiento autónomo, aun no siendo independiente del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral”.

B) Delimitación del término “centro de trabajo” como unidad electoral en las elecciones a representantes del personal laboral en la Administración Pública

La Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (BOE de 17 de junio de 1987) dispone que “en las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo”. Esta disposición –y la Disposición Adicional Tercera del RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (BOE de 13

de septiembre de 1994), de equivalente redacción— sirven de base a la Confederación General del Trabajo del País Valenciano para formular demanda de conflicto colectivo en la que se pide que todos los servicios centrales y territoriales, unidades administrativas y demás centros radicados en una misma provincia sean considerados, a efectos de elecciones a representantes del personal laboral, como una unidad electoral o Único Centro de Trabajo, lo que supone la elección de representantes para un solo Comité de Empresa por cada una de las provincias de la mencionada Comunidad Autónoma. Pretensión que es desestimada, primero por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y, posteriormente, por el Tribunal Supremo en **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2203. Alega el Alto Tribunal que, de conformidad con los criterios hermenéuticos de interpretación de las normas contenidos en el art. 3 del Código Civil, la pretensión del sindicato de que la circunscripción electoral sea única por provincia “no se compadece bien con la literalidad de la norma antes transcrita (se refiere a la Disposición Adicional Tercera del RD 1844/1994)”, pues tal tesis “distorsiona dicha literalidad, y no se acomoda al concepto legal de centro de trabajo”. A ello se añade el argumento de que los antecedentes históricos tampoco se ajustan a la versión de la demandante, pues no es el criterio por ésta propugnado el que se siguió en la celebración de anteriores elecciones sindicales. Concluye la citada sentencia rechazando las argumentaciones de la recurrente basadas en la aplicación de la normativa reguladora de las elecciones a representantes de funcionarios en la Generalitat Valenciana, señalando que en el supuesto enjuiciado se trata de elecciones a representantes de personal, por lo que la formación de la primera no es aplicable a la segunda “y mucho menos cuando esta última establece normas específicas y singulares al respecto, cual es la designación del ‘centro de trabajo’ como unidad electoral. Concepto de ‘centro de trabajo’, que es definido por el propio Estatuto de los Trabajadores, y que constituye la regla general de unidad electoral. A partir de este dato, (...) la Disposición Adicional Tercera del Reglamento de elecciones establece una excepción a la regla general (...); pero esta excepción no autoriza a una interpretación, que más allá de la existencia de un único Comité de empresa para todos los centros y establecimientos de cada Consellería, Instituto u Organismo Autónomo, radicados en la misma provincia, imponga un único macrocomité para todos los trabajadores dependientes de las citadas Consellería, Institutos u Organismo Autónomo, y ello aunque mediante regulación singular para el personal laboral, la representación resultante pudiera diferir de la representación propia del personal funcionario”.

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Elementos y requisitos necesarios para que la existencia del grupo tenga relevancia laboral

La identificación de los elementos necesarios para que la simple existencia de un grupo empresarial produzca efectos en el ámbito laboral más allá de los derivados de la vinculación formal entre el trabajador y su empresario son, una vez más, objeto de examen por la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2004**, I.L. J 2062. Trayendo a colación la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, en particular la STS

de 26 de enero de 1998, se nos recuerda que el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial, cuya doctrina, hoy uniforme, se puede resumir de la siguiente forma: La simple pertenencia de dos empresas al mismo grupo no es por sí suficiente para derivar de ello responsabilidades conjuntas respecto a los trabajadores de cada una de ellas; para que tal consecuencia se produzca son necesarios requisitos adicionales, que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias empresas del grupo; 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. A ello se añade la aparente presunción de que, “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores”. En este contexto, el pronunciamiento examinado concluye que es preciso estar a los hechos probados en cada caso concreto para establecer si concurren los presupuestos mencionados con la suficiente entidad y relevancia como para afirmar la existencia de una situación de unidad empresarial. En el caso de autos la respuesta será afirmativa dado que “ambas sociedades tienen el mismo domicilio social; la misma centralita telefónica; coincidencia de clientes; siendo el administrador de una de ellas el consejero delegado de la otra; se dedican a la misma actividad industrial; sus centros de trabajo se encuentran físicamente muy próximos y la actora es inicialmente contratada por una de ellas y sin solución de continuidad por la otra”, de lo que se deduce “que efectivamente se produce una clara confusión patrimonial y de plantilla (...) una clara situación jurídica de unidad empresarial que obliga a entender que en realidad estamos ante una única y sola entidad empleadora”.

Pero, con independencia de la correspondencia y reiteración que la sentencia estudiada presenta con lo que viene siendo la doctrina jurisprudencial uniforme, probablemente lo más relevante sea poner de manifiesto, de nuevo, que el planteamiento sustentado por el Tribunal Supremo, presumiendo en términos generales que la circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas no responde a fines ilícitos sino a las propias necesidades del proceso productivo y la división del trabajo, supone, en la práctica, una suerte de admisión de fenómenos de cesión de trabajadores cuya legitimidad resulta discutible desde la óptica del art. 43 ET. Como ya comentamos ampliamente en nuestra crónica anterior, a la que nos remitimos [véase *Justicia Laboral*, núm. 22, III.3.A)], resulta dudoso que en el presupuesto de hecho del art. 43 ET se incluya elemento subjetivo de intencionalidad alguno, por lo que la mera presencia de la conducta en él descrita, “contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”, debería llevar aparejada el juego de las medidas garantistas de los trabajadores contenidas en el precepto, con independencia de que la circulación del trabajador dentro del grupo persiga o no convertirse en un mecanismo de interposición ilícita que oculte al empresario real.

B) Cómputo de la antigüedad

Una de las consecuencias más reclamadas por los trabajadores en caso de constatación de la existencia de un uso fraudulento de la figura del grupo de empresas en los términos recién comentados es, junto con la declaración de responsabilidad solidaria de las diversas empresas que componen el grupo, la del reconocimiento de la antigüedad de forma global, computando a tales efectos el tiempo de servicios prestados para cada una de las entidades que conforman el grupo empresarial. A uno de estos supuestos responde la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2004**, I.L. J 2062, más arriba mencionada, que, tras concluir en la existencia de una única entidad empleadora y no propiamente de un grupo de empresas, declara que, a efectos del cálculo de la indemnización correspondiente a un despido improcedente, la antigüedad del trabajador debe computarse desde el momento en que concertó el primer contrato con una de la empresas; se da, además, la circunstancia especial de que las contrataciones realizadas con una y otra empresa habían sido por tiempo determinado, con las consiguientes peculiaridades en orden al cómputo de la antigüedad que ello puede suponer.

C) Prestación de servicios de forma simultánea para varias empresas de un mismo grupo y despido

La **STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2004**, I.L. J 2219, contempla el supuesto de un trabajador que vinculado contractualmente con una determinada empresa, presta servicios de forma simultánea para varias sociedades que se encuentran vinculadas entre sí por lazos económicos. En concreto, se trata de un jefe de programación de la cadena SER que, al crearse la cadena de televisiones Localia, asume también la dirección de la misma en una determinada ciudad, dándose la circunstancia de que ambas entidades se encuentran vinculadas entre sí, al ser propiedad en un determinado porcentaje de la misma sociedad. El trabajador desarrolla ambos cargos directivos simultáneamente, percibiendo por ello una retribución única en virtud del contrato de trabajo que le unía con la SER. Al ser despedido de la SER, despido cuya improcedencia es reconocida en acto de conciliación, el trabajador demanda a la cadena de televisión alegando que había sido despedido verbalmente. La demandada se opone, argumentando la inexistencia de relación laboral con el trabajador y, por tanto, la inexistencia de despido. La sentencia comentada mantendrá que los servicios prestados por el trabajador para Localia “derivan de su vínculo contractual con la SER”, conclusión que se extrae de los siguientes argumentos: “a) la asunción de esa tarea le vino encomendada desde la SER (...); b) tal proceder no fue exclusivo de su persona, sino que se dio con buena parte de los directores regionales de la cadena de radio; c) esa situación vino propiciada por la posición dominante que mantiene PRISA en el accionariado de ambas empresas y el propósito de que las dos cadenas actúen con unos objetivos y líneas comunes de actuación (...); d) no consta pacto alguno con Localia en el que se estipularan las condiciones del trabajo que iba a realizar; e) la prestación de servicios a ambas se ha simultaneado; f) en más de tres años de servicios efectivos y casi tres desde su nombramiento formal como (...) gerente de la demandada, no ha habido retribución específica por la asunción de esa nueva tarea, salvo el incentivo percibido en una única ocasión (abonado por la SER) (...); g) ha habido una sustancial

coincidencia cronológica en la extinción del contrato con la SER y cese en la condición de (...) gerente de Localia. Tanto el origen de esos servicios como el modo en que se han desarrollado ponen de manifiesto que si ha prestado servicios en Localia es porque se lo han encomendado en la SER (y él lo asume), pasando a formar parte de sus obligaciones laborales derivadas del contrato de trabajo que mantiene con la SER (...). Ex abundancia, la Sala señalará que una conducta de este tipo no es algo desconocido en la realidad social de nuestros días, donde es frecuente la presencia de prestaciones de servicios que, en el marco de empresas relacionadas entre sí por su pertenencia a un mismo grupo empresarial, se desarrollan de forma no respetuosa con la adscripción formal del trabajador a una de ellas, si bien se mantiene una relación laboral única con el empresario que formalmente contrata, que es quien retribuye los servicios y ejerce las facultades empresariales, sin perjuicio del cumplimiento del trabajo que se le asigna en la empresa en la que está cedido. Finalmente, la sentencia mencionada recoge una interesante relación de pronunciamientos del TS que, de una forma u otra, parten de la idea de que una prestación de servicios de estas características no implica doble contrato de trabajo.

5. CONTRATAS**A) Diferencias con la cesión ilegal**

Véase apartado 7.A).

B) Responsabilidad solidaria por la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas

De conformidad con el art. 42.2 ET, la responsabilidad solidaria del empresario principal en supuestos de contratas de obras y servicios comprende “las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata”. Por ello, la **STS de 23 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 2346, señala que para resolver la cuestión debatida relativa a si el empresario principal debe responder solidariamente de la liquidación de las vacaciones no disfrutadas por el trabajador por haberse extinguido el contrato con anterioridad a la fecha efectiva de su disfrute, ha de determinarse la naturaleza salarial o indemnizatoria de dicho concepto. Aplicando lo previsto en el art. 26 ET sobre el alcance del concepto salario, la Sala llegará a la conclusión de que la partida cuestionada tiene naturaleza salarial, por lo que procede declarar la responsabilidad solidaria de la empresa principal. Razona el pronunciamiento señalando que:

“si el tiempo de vacaciones, es tiempo de trabajo, aunque materialmente no se trabaje, por ser tiempo de descanso, la conclusión tiene que ser la de que aquellos períodos de vacaciones, no disfrutados por extinguirse antes el contrato de trabajo, y que deben ser compensados económicamente, tienen naturaleza salarial, sin que esté comprendido dentro de los conceptos, que el art. 26.2 del ET no considera salarios, no teniendo por tanto naturaleza indemnizatoria. Esta Sala en sus sentencias de 20 de mayo de 1998 y 9 de julio de 2002, ha aplicado el art. 42.2 del ET decretando la responsabilidad solidaria de la empresa principal en materia de vacaciones no disfrutadas, en supuestos de contratas

y si bien es cierto que allí no se cuestionaba la naturaleza salarial de dicha liquidación de vacaciones, con dicha decisión implícitamente también estaba resolviendo el problema aquí planteado que es lo trascendente”.

C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas

Véase apartado 7.B).

6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Efectos respecto al cómputo de la antigüedad

En el supuesto en que el trabajador sea contratado directamente por la empresa usuaria tras haber prestado servicios para ésta anteriormente y sin solución de continuidad como trabajador cedido por una ETT, y se aprecie la existencia de irregularidades en el uso del contrato de puesta a disposición, la **STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004**, I.L. J 2129, afirmará, que “debe entenderse que la antigüedad debe abarcar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, aunque un determinado período lo hubiera sido como consecuencia de un contrato de puesta a disposición”. Interpretación, se indica, que encuentra también apoyo, además de en el propio art. 16.3 LETT, en el art. 7.2 de la misma norma, en el que se establece que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios para la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”, de lo que se desprende que “la relación laboral fue única y continua, por lo que la indemnización debe abarcar la totalidad del tiempo de tal contratación”.

Situación similar e idéntica solución se recogen en la **STSJ de Valencia de 7 de abril de 2004**, I.L. J 2121. En este caso, el trabajador suscribe contrato de trabajo indefinido con la empresa usuaria después de haber estado prestando servicios para ella bajo la cobertura de un contrato de puesta a disposición con una ETT. Despedido el trabajador y declarado aquél improcedente, el debate se centra en la delimitación de la cuantía de la indemnización correspondiente, en concreto en determinar si para su cálculo ha de computarse el tiempo de trabajo prestado para la empresa usuaria como trabajador en misión. Después de citar la jurisprudencia del TS que señala que “el tiempo de servicio a que se refiere el art. 56.1.a) del ET sobre indemnización del despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación laboral de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma”, la sentencia comentada, ante el dato fáctico de que entre la fecha de finalización del contrato eventual firmado con la empresa de trabajo temporal y la suscripción del contrato indefinido con la empresa usuaria apenas medió un intervalo de cuatro días, llegará a la conclusión de que:

“la indemnización derivada del reconocimiento de improcedencia del despido debió abarcar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo aunque un determinado período lo hubiera sido como consecuencia de un contrato de puesta a disposición”.

Interpretación que, con idéntica argumentación que la sentencia anteriormente mencionada, se dice que encuentra también apoyo en lo dispuesto en el citado art. 7.2 LETT.

B) Supuestos en los que juega la responsabilidad solidaria

Pese a su aparente simplicidad y claridad, la redacción del art. 16.3 de la Ley 14/1994, que establece como regla general la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria y, de forma excepcional, el carácter solidario de aquélla en los supuestos en que el contrato de puesta a disposición se haya celebrado incumpliendo lo previsto en los arts. 6 y 8 de la citada norma, ha dado origen a cierta litigiosidad, cuyo epicentro ha descansado en la determinación de la existencia o no de un uso abusivo del contrato de puesta a disposición y la correspondiente consecuencia que ello comporta en cuanto al alcance de la responsabilidad. A uno de estos supuestos responde la **STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004**, I.L. J 2129; en ella se indica que “la limitación de responsabilidad a que se refiere el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, debe interpretarse como aplicable exclusivamente a aquellos supuestos en que la puesta a disposición responde a una causa cierta y legal, pero no cuando, sin connivencia o con ella, la empresa usuaria utiliza la intermediación, no como medio de obtener un trabajador por necesidades coyunturales, sino como una manera de eludir las consecuencias establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 43 cuando se regulan las consecuencias de esa intermediación de manera distinta a la legalmente establecida, pues sólo esta interpretación posibilita el mantenimiento de los derechos laborales plasmados en el ET”. En el caso de autos se da la circunstancia de que la empresa usuaria había recurrido a la contratación temporal directa del trabajador después de que éste hubiera prestado servicios para la misma en el marco de sendos contratos de puesta a disposición con una ETT; de este dato, señala el pronunciamiento comentado, “puede razonablemente sospecharse la existencia de una irregularidad, pues en principio, la propia esencia y naturaleza de los contratos temporales casan mal con una permanencia tan prolongada en el mismo puesto de trabajo, pero, además, en el presente supuesto concurre una prestación ininterrumpida donde los trabajadores han mantenido la misma prestación bien a través de (...), ETT, bien a través de (...) (la empresa usuaria), sin que se acreditara concurrencia causa de eventualidad ninguna”.

La inexistencia del requisito de la contradicción impide a la **STS de 30 de septiembre de 2004**, u.d., I.L. J 1825, pronunciarse acerca de si procede o no declarar la responsabilidad solidaria de ETT y empresa usuaria en un supuesto de despido de varias trabajadoras contratadas para obra o servicio determinado por la ETT para prestar servicios en el marco de un concreto proyecto de la empresa usuaria, dándose la circunstancia de que la empresa usuaria no respeta el objeto del contrato de puesta a disposición ni ejerce debidamente su poder de dirección de la actividad de las trabajadoras, pues nunca prestaron servicios en el proyecto para el que se acudió a la ETT y cuya conclusión, por otra parte, originó y justificó el despido de aquéllas. La carencia de contradicción es igualmente la causa que impide que la **STS de 11 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2328 entre a conocer el fondo del asunto y decida si existe responsabilidad solidaria en el caso de trabajadores que contratados por la ETT bajo la modalidad de obra o servicio determinado, ven rescindidos sus contratos al comunicar la empresa usuaria a la ETT la finalización de la obra o servicio, pese a que, no obstante, más tarde la empresa usuaria adjudica el mismo servicio a otra ETT.

C) La responsabilidad solidaria excluye la situación de litisconsorcio pasivo necesario

La STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004, I.L. J 2129, aborda el supuesto de una empresa usuaria que es condenada a la readmisión o indemnización por despido improcedente de determinados trabajadores que, si bien durante un tiempo estuvieron prestando servicios para ella como trabajadores cedidos por una ETT, posteriormente los contrata temporalmente de forma directa. La empresa usuaria recurre la sentencia de instancia alegando, entre otros motivos, el de nulidad de actuaciones, por supuesta infracción del art. 80.1.) LPL, pretendiendo la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario respecto de la ETT, que no fue llamada en la demanda. La Sala, recordando pronunciamientos judiciales precedentes, dictados en casos de grupos de empresas, señalará que la responsabilidad solidaria “tiene relevancia sólo material, en cuanto constituye exclusivamente el título jurídico que legitima pasivamente en la causa del pleito a todos los miembros del grupo, pero carece de trascendencia funcional y no establece en modo alguno condiciones de litisconsorcio necesario, sencillamente porque aquella legitimación sustantiva queda a libre disposición del acreedor que puede elegir a su arbitrio entre los deudores solidarios a los que más útil o interesante le resulte demandar, sin incurrir en vicio o defecto alguno por ello, tal como dispone el art. 1144 CC”; de ahí, continúa la Sala, que:

“la jurisprudencia haya precisado que en el supuesto de responsabilidad solidaria no existe la situación de litisconsorcio pasivo necesario, pues la acción puede dirigirse contra cualquiera de las personas obligadas por ser deudores por entero de las obligaciones, lo que no excluye la posible repetición con acción y efectos interpartes (...) Y dicha posición es perfectamente aplicable al supuesto de cualquier responsabilidad solidaria, la cual tiene como presupuesto que, con independencia del derecho del condenado a repetir posteriormente con aquel que crea debe compartir responsabilidad que no ha sido llamado al proceso, el condenado como único demandado deberá satisfacer la totalidad de la responsabilidad declarada”.

Con los anteriores argumentos y apreciada en el supuesto enjuiciado la existencia de responsabilidad solidaria entre la ETT y la empresa usuaria –tal como hemos indicado en el apartado precedente–, la conclusión no puede ser otra que la de rechazar el motivo alegado pues “estando en el supuesto de responsabilidad solidaria no cabe hablar de litisconsorcio pasivo necesario”.

7. CESIÓN ILEGAL**A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata**

Como viene siendo habitual, la delimitación de los criterios distintivos entre la lícita contrata de obras y servicios y la ilegal cesión de mano de obra constituye una de las principales cuestiones objeto de tratamiento judicial en materia de cesión de trabajadores. Como ya hemos comentado en muchas ocasiones, y recuerda la STSJ de Cantabria de 8

de octubre de 2004, I.L. J 2161, la doctrina unificada del Tribunal Supremo ha dejado sentado que, aún tratándose el contratista de un empresario real y no ficticio, “existe cesión ilegal de trabajadores, cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin contribuir con otros elementos materiales y personales que conforman su estructura empresarial, siendo la facultad disciplinaria un elemento revelador de la existencia de un real empresario”. De ahí que en el supuesto enjuiciado, pese a que queda demostrado que la contratista es una empresa real del sector de logística, con substrato patrimonial y empresarial, creada años antes de la suscripción del contrato de arrendamiento de servicios cuestionado y del contrato de trabajo del actor, sin embargo se señala que ello no excluye la existencia de cesión ilegal “si se dan los supuestos previstos legal y jurisprudencialmente, ya que, la mera constancia de un contrato formal de arrendamiento de servicios no es suficiente para obviar los efectos del art. 43 del ET, siendo preciso que las estipulaciones del mismo se establezcan sin atender directamente a la interposición de una empresa frente a la real, en un contrato de trabajo”. Al objeto de determinar si en el caso analizado se dan esos supuestos que legal y jurisprudencialmente se califican como cesión ilegal pese a la presencia en ellos de un empresario real y no ficticio, la sentencia comentada acude al mecanismo indiciario, acogiendo en esta ocasión como parámetro indicador el de la propiedad de los instrumentos de trabajo que los empleados deben utilizar, que según recaiga en el empresario principal o en la contratista podrá inclinar la balanza en un sentido u otro. En el supuesto examinado, la Sala señalará que “siendo la propiedad de la principal un elemento indiciario de cesión ilegal lo que concurre en las presentes actuaciones, pues la propiedad de la carretilla utilizada por el actor en su trabajo habitual es de la empresa principal, pactándose el arrendamiento de estos útiles de trabajo, deducidos del precio previsto en el arrendamiento de servicio lo que constituye un mero artificio”. Por ello, aunque la contratista proporcione al empleado la ropa de trabajo y equipos individuales de protección, “el valor y relevancia para el trabajo ejecutado de éstos, en comparación con el de aquella [la carretilla] es muy inferior”. No obstante, pese a la importancia de este factor en la argumentación de la sentencia, también se reconoce la presencia en el supuesto de hecho de otros elementos de interés a la hora de concluir en la existencia de cesión ilegal; así se señala que el actor recurrente coincide únicamente, salvo la visita cada 15 o 20 días del encargado de la contratista, con los empleados de la empresa principal, que aun no constando el ejercicio de la facultad disciplinaria por la principal ni por la contratista, el empleado necesariamente debe atender a los mandos de la empresa principal que son los que están presentes a diario, y que aunque no consta la intervención de la empresa principal en el contrato de trabajo del actor y en sus condiciones laborales, “las incidencias diarias y vicisitudes contractuales habituales son 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 la principal o con el actor”.

Solución contraria será la mantenida por la STSJ de Asturias de 16 de abril de 2004, I.L. J 2040, que no aprecia la existencia de cesión ilegal en la prestación de servicios como soldador que el actor, trabajador de la contratista, realizaba para la empresa principal en el marco del contrato de obras y servicios que ambas empresas habían suscrito. En esta ocasión la argumentación de la Sala, más breve y algo errática pues en ocasiones se fundamenta en la doctrina del TJCE en materia de sucesión de contratas y subrogación

empresarial, se centrará en el dato de que la empresa contratista “es una empresa auxiliar que cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia que encubra el fraude de los derechos laborales de los trabajadores”, que desarrolla “una actividad específica, diferenciable de la propia actividad de la empresa principal, y asumible por parte del contratista”, sin que se haya podido demostrar que la actividad de la contratista esté limitada al suministro de mano de obra a la empresa principal.

Por su parte, la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004, I.L. J 1801, evocando la ya conocida doctrina en casación del TS sobre la distinción entre la lícita contrata y la cesión ilegal y que acabamos de comentar, concluirá que en el caso examinado existe cesión ilegal, pues aunque la contratista cuenta con patrimonio, organización y medios propios, consta “que los actores han realizado sus funciones para (...) (la empresa principal) en igual forma que los trabajadores de esta entidad, recibiendo instrucciones de un empleado de la misma que es quien organiza el trabajo y los turnos y resuelve toda clase de incidencias, siendo los materiales y maquinaria igualmente de (...) (la empresa principal)”.

B) Posibilidad o no de acreditar en proceso de despido la existencia de cesión ilegal

La STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004, I.L. J 1801, debe pronunciarse acerca de si es posible en un proceso de despido alegar la existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido o, por el contrario, ello constituye una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por el art. 27.2 LPL. Frente a esta cuestión, la Sala, recordando la doctrina unificada contenida en la sentencia del TS de 8 de julio de 2002, señala que si bien es cierto que el tenor literal del art. 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido ha de ejercitarse necesariamente “mientras subsista la cesión”, de modo que “concluida la cesión no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal”, sin embargo,

“ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio”.

Los argumentos que llevaron al Tribunal Supremo a tal conclusión y que aparecen recogidos en la sentencia que comentamos son los siguientes:

a) La evidente conexión e interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal en los supuestos en los que el trabajador es despedido mientras está vigente la cesión; en tales casos, la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos

acciones en contra de los previsto en el art. 27.2 LPL. Distinto es el supuesto en el que el despido se produce por la empresa cedente una vez concluida la cesión, pues en este caso no podría prosperar la acción de cesión ilegal al no existir la conexión inmediata entre despido y cesión. Tal tesis, añade la Sala, resulta coherente con la doctrina unificada del TS, que en muchas ocasiones, ha resuelto recursos de casación en procesos de despido en las que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia o no de cesión ilegal para identificar quién era el empleador real sobre el que proyectar las consecuencias del despido, de tal manera “que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa —o prejudicial interna (...)— sobre la que es necesario decidir, por mandato de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET”; como sucede de igual forma en los casos en los que en el proceso de despido se discute sobre cuestiones conexas determinantes del contenido del fallo, como pueden ser el importe del salario, la antigüedad real, la existencia de una sucesión de empresa o un grupo empresarial, que deben resolverse en dicho proceso sin que ello implique ejercicio de otras acciones distintas a la del despido, ni su acumulación indebida a éste.

b) De no realizarse la interpretación propuesta, podría dejarse en la más absoluta desprotección al trabajador despedido, pues podría suceder que si opta por la acción de fijeza del art. 43.3 ET como paso previo para conseguir la condena solidaria de la cesionaria en las consecuencias del despido, que la acción no prosperara al entenderse que con su despido el trabajador dejó de estar sometido al tráfico prohibido, pudiendo, además, caducar la posterior acción de despido; y que si optara directamente por la acción de despido, habría de mantenerla exclusivamente frente a la empresa cedente, dada la falta de pronunciamiento anterior sobre la ilegalidad de la cesión, sin el cual no sería posible lograr la condena solidaria de la cesionaria.

Cuestión diferente, pero ligada a la anterior es la relativa a los efectos prácticos del ejercicio de las opciones legales previstas en caso de declaración de improcedencia del despido y su eventual incongruencia con la declaración de responsabilidad solidaria de las dos empresas. En concreto, aludimos al motivo esgrimido por la recurrente en el sentido de que la condena solidaria contenida en la sentencia de instancia es incoherente con las obligaciones derivadas del art. 56 ET, ya que si las dos empresas condenadas optaran por la indemnización, jugaría con toda virtualidad el principio de solidaridad recogido en el fallo, pero si las dos optaran por readmitir o una sola de ellas decidiera la reincorporación, el trabajador debería tener en ese momento el derecho a elegir si prefiere el dinero del que ofrece la indemnización o el puesto de trabajo del que opta en tal sentido, reconociéndose así a los trabajadores una opción que no está prevista en el ordenamiento laboral para el procedimiento por despido sino para el declarativo de cesión ilegal. La Sala rechaza el motivo esgrimido, alegando que:

“la opción del trabajador por su empleador, es previa a la opción de éste respecto a su readmisión o la indemnización, de manera que corresponde primero a cada trabajador elegir si la empresa llamada a situarse en la posición de empleadora es (...) (una u otra), habiendo optado expresamente por la primera y, efectuada ya esta opción, es evidente que

a ésta, que, por decisión del demandante es ya la única empresa, ha de decantarse por la readmisión o la indemnización”.

8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos del supuesto de hecho

Pese a que existe una muy abundante jurisprudencia acerca de los elementos y requisitos necesarios para que se entienda producido el supuesto de hecho del art. 44 ET y, por consiguiente opere la subrogación en él prevista, lo cierto es que el número de pronunciamientos judiciales acerca de si en el caso concreto existe sucesión de empresa o no sigue siendo muy abundante. Probablemente la configuración técnica de esos factores sea en exceso ambigua, particularmente por lo que al denominado elemento objetivo respecta, lo que posibilita una fuerte litigiosidad.

En este contexto, la **STS de 23 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2323, vuelve a reiterar que en la interpretación y aplicación del art. 44 ET, la tradición jurídica del TS ha exigido “que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial”. Ahora bien, la Sala admite también que, por mor de la jurisprudencia del TJCE, el entendimiento de ese elemento patrimonial que ha de transmitirse ha cambiado, pues lo fundamental en estos momentos para determinar si existe o no sucesión es que se haya transmitido “una entidad económica organizada de forma estable”, constatación que puede derivar no sólo de la transmisión de elementos patrimoniales “sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión”. En suma, como indica la Sala, “hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes”. En el caso enjuiciado se estimará que no existe sucesión de empresa por cuanto el nuevo empresario adquiere tan sólo el inmueble sobre el que se asentaba la explotación anterior, sin maquinaria ni otros enseres necesarios para su continuidad, por lo que “no se puede deducir de ello que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de elementos que reúna las características de una explotación autónoma”.

Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 2118, confirma la sentencia recurrida que, en relación a la presencia o no de sucesión empresarial, afirma que si bien en el caso examinado “no existe transmisión directa de elementos patrimoniales”, sin embargo concurren factores o circunstancias que le llevan a concluir que se trata de una sucesión de empresa. En concreto tales factores son la existencia de un socio mayoritario en la empleadora de la actora que es ahora el empresario individual,

la continuidad por el empresario individual de la misma actividad que la sociedad, la remisión de mercancías dirigidas a ésta al empresario individual, ... De estas circunstancias la sentencia de instancia deduce que lo que “se pretende es continuar el negocio de la empleadora pero excluyendo las responsabilidades contraídas por la empresa”, propósito que es precisamente el que trata de evitar el art. 44 ET. La sentencia dictada en suplicación, mantendrá la misma posición, afirmando que “en definitiva es la actuación fraudulenta del empresario individual la que conduce a apreciar la extensión de responsabilidad a éste vía sucesión empresarial”; apreciación del fraude que corresponde, continúa la Sala, de modo primordial, al juzgador de instancia, cuya conclusión, por otra parte, debe ser mantenida en trámite de suplicación, habida cuenta del carácter extraordinario de ésta, que no constituye una segunda instancia.

La **STS de 22 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 2414, se refiere también a la eventual existencia de subrogación empresarial en el supuesto de hecho contemplado, si bien la falta de contradicción, y consiguiente desestimación del recurso, impide que se pueda extraer de ella doctrina adicional alguna sobre los presupuestos delimitadores del art. 44 ET.

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

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 octubre de 2004**, I.L. J 2100, aborda el supuesto de la adjudicación sucesiva a varias empresas del servicio público de asistencia domiciliar y las eventuales consecuencias que tal circunstancia puede acarrear en lo que concierne a la subrogación de la nueva adjudicataria en las relaciones laborales de los trabajadores pertenecientes a la empresa saliente. La sentencia en examen, aplicando la que podemos denominar doctrina clásica del TS sobre esta cuestión, a la que hemos hecho alusión en muchas ocasiones, argumentará, sobre la base de que en estos supuestos la subrogación contractual deriva no de la directa aplicación del art. 44 ET, sino de lo previsto en su caso por la norma convencional o lo establecido en el pliego de la concesión administrativa, por lo que el alcance de tal subrogación vendrá determinado por lo que en tales acuerdos se establezca. De esta forma, la Sala, acogiendo el motivo esgrimido por el recurrente, mantendrá que el nuevo adjudicatario no responde de las obligaciones salariales vencidas y devengadas antes de la subrogación, pues, de conformidad con lo previsto en la norma convencional de referencia, “los trabajadores y trabajadoras percibirán con cargo exclusivo a la empresa cesante al finalizar la adjudicación la liquidación de los haberes pendientes que les pudiera corresponder, previsión convencional excluyente de la responsabilidad solidaria del nuevo empresario al imponer con cargo exclusivo a la empresa saliente la liquidación de los haberes pendientes (...); parece pues claro que la subrogación, tal como se regula en el comentado art. 27 del Convenio Colectivo aplicable, comporta ciertamente el respeto del status laboral de los trabajadores adscritos procedente de la empresa saliente pero no comprende la responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales vencidas y devengadas antes de la subrogación cuyo pago por tanto incumbe exclusivamente como dice el apartado cuarto del citado artículo a la empresa saliente”.

De mayor interés, no sólo por provenir del TS sino por lo que de novedoso contiene, resulta la **STS de 27 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 1910. En ella se contempla también el caso de la sucesión de varias adjudicatarias en la prestación del servicio de mantenimiento en la Ciudad Deportiva Gran Canaria, discutiéndose acerca de la existencia o no de sucesión empresarial y consiguiente subrogación. Al objeto de solventar la cuestión, y rechazada la eventual aplicación de la norma convencional del sector de limpieza que contiene previsiones específicas en la materia, por tratarse de una actividad de mantenimiento, el Tribunal Supremo realiza un detenido análisis de la normativa y jurisprudencia comunitaria y nacional sobre los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa; análisis que llevará a nuestro Alto Tribunal a sostener, con todo tipo de reservas y casi “a regañadientes”, la existencia de sucesión empresarial en el caso examinado. De esta forma, se produce un notable giro en la reticente doctrina del TS sobre los requisitos exigibles para que opera la subrogación, particularmente en lo que respecta a la necesidad de transmisión de un mínimo soporte patrimonial. Resulta de interés recoger algunas de las reflexiones del TS. Así, reproduciendo el contenido de un pronunciamiento anterior de 20 de octubre de 2004, el TS señala que el criterio acogido en las últimas sentencias del TJCE sobre la cuestión (Allen, Temco Service e Industries, SA), calificado como “sucesión de plantilla”, suscita las mismas reservas que en su día originó la doctrina de la denominada “sucesión en la actividad” (que fue revisada en la sentencia Süzen), pues “difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en causa determinante de la transmisión (...) basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario (...) La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión en la plantilla se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo”. Estas consideraciones, según la Sala, “muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión de plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y en las Directivas comunitarias, con independencia de que esta Sala deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria”. Desde otra perspectiva, estas consideraciones tienen también importante trascendencia en orden a la solución jurisprudencial que se viene manteniendo en los casos de sucesión en el servicio de *handling* en los aeropuertos derivado del proceso de liberalización del transporte aéreo. Sobre esta cuestión volveremos en el apartado 8.E).

C) Efectos de la subrogación

En el contexto del análisis del reconocimiento de la antigüedad que tenían en la empresa cedente a los trabajadores sometidos a sucesión empresarial, la **STS de 15 de diciembre de 2004**, I.L. J 2337, precisará, en relación con el alcance del art. 44 ET, que lo que impone el citado precepto al nuevo empresario “es la asunción de cuantas obligaciones laborales y de seguridad social gravitaban sobre la empresa de origen, pero no la inversa atribución de los derechos generados en aquélla a los trabajadores provenientes de ésta”.

D) Venta judicial

Entre los negocios jurídicos que implican cambios de titularidad en una determinada entidad productiva y que, por tanto, puede provocar los efectos subrogatorios previstos en el art. 44 ET, figura la venta judicial de la empresa; así lo dispone expresamente el art. 51.11 ET, precepto que, por otra parte, permanece invariable y sin modificaciones, con lo que ello puede significar, después de las profundas alteraciones operadas en la materia por la Ley Concursal de 2003.

Un supuesto de venta judicial, si bien producido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, es justamente el analizado en la **STS de 23 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2323, sobre la que ya hemos realizado algunas indicaciones en el apartado 8.A). En concreto, se trata de la venta judicial de un inmueble en el que había estado funcionando una empresa dedicada a la producción y envasado de harinas que es declarada en quiebra, dándose posesión del inmueble al acreedor hipotecario que la había adquirido, quien, sin embargo, no se hizo cargo de los enseres y maquinaria existentes en dicho establecimiento. El recurrente argumenta, para sostener la existencia de sucesión empresarial, que la hipoteca de la que derivó la venta del inmueble incluía también en garantía del préstamo hipotecario concedido a la empresa quebrada la maquinaria y los enseres, por lo que en realidad se había producido la transmisión de todos los elementos necesarios para continuar la producción. La Sala del TS rechazará la pretensión señalando que la subasta y el remate alcanzó exclusivamente al bien inmueble, por lo que “si no se puede hablar en este caso de venta de una empresa ni de una unidad productiva autónoma porque lo vendido no permite seguir con aquella explotación empresarial, tampoco el art. 51.11 ET puede servir para defender en el caso la existencia de sucesión”.

E) Subrogación contractual

En numerosas ocasiones hemos hecho referencia a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La muy abundante doctrina unificada del TS sobre el particular ha dejado sentando que en estas ocasiones no estamos ante un supuesto del art. 44 ET, sino ante una cesión de contratos entre empresas que, de acuerdo con el art. 1205 Código Civil, exige para su validez el consentimiento del trabajador afectado, sin que aquél pueda ser sustituido por el de los representantes legales o sindicales de los trabajadores que intervinieran en el acuerdo celebrado entre ambas empresas (**STS de 26 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 2315; **STS de 26 de noviembre de**

2004, u.d., I.L. J 2237; STS de 21 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1953; STSJ de Baleares de 11 de octubre de 2004, I.L. J 2376). Pero, amén de las diferencias en cuanto a la fundamentación y origen de la subrogación, “el efecto jurídico es idéntico en ambos casos: la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que la novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna” (STSJ de Baleares de 11 de octubre de 2004, I.L. J 2376).

Sin embargo, probablemente lo más relevante de estos nuevos pronunciamientos no sea tanto la solución finalmente acogida, que se mantiene, cuanto la argumentación que en ellos se recoge. En particular nos referimos al hecho de que estas sentencias aluden a la recién comentada [ver apartado 8.B)] doctrina del TJCE sobre la existencia de sucesión de empresa en los casos de “sucesión en la plantilla”, y si bien en un primer momento parecen rechazar de forma frontal tal tesis, incluyendo afirmaciones como que “a juicio de esta Sala difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento”, sin embargo, más adelante, se producirá un giro en el enfoque de la argumentación; pues ya no se trata de censurar el criterio de la “sucesión en la plantilla”, cuanto de mantener que en el supuesto examinado tal sucesión no se ha producido. En esta línea, dirá la STS de 21 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1953, que “la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos”. En el mismo sentido, STS de 26 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 2315; STS de 26 de noviembre de 2004, u.d., I.L. J 2237 y STS de 28 de diciembre de 2004, u.d., I.L. J 2371.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO