

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia. **3. Contratas.** A) Requisitos y diferencias con la cesión ilegal. **4. Cesión ilegal.** A) Requisitos y diferencias con la contrata. B) Consecuencias de la existencia de cesión ilegal en las Administraciones Públicas. **5. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Mantenimiento del Convenio colectivo de la empresa cedente. C) Sucesión de Convenios colectivos. D) Consentimiento del trabajador en supuestos de 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 9 a 12 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1548 a J 2186) 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. GRUPO DE EMPRESAS**A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia**

La condena solidaria de varias empresas al cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de una determinada relación laboral implica que, a tales efectos, todas ellas serán consideradas empleadoras frente al trabajador que reclama el cumplimiento de aquellas

obligaciones. Dicha posibilidad deriva directamente de la aplicación del art. 1.2 ET, en el que la condición de empresario se hace depender de la efectiva recepción de 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 art. 1.1. Frente a la generalización de los grupos de empresas, la voluntad del legislador es mantener la vinculación contractual del trabajador a la empresa de referencia, mostrando un escrupuloso respeto por los límites de la persona jurídica contratante; sólo cuando materialmente la prestación de trabajo vincule al trabajador con el grupo de empresas, podrá predicarse de este último la condición de empleador.

Por su parte, nuestra jurisprudencia adopta una posición algo más restrictiva: la condición de empleador del grupo de empresas únicamente será reconocida cuando pueda demostrarse una voluntad fraudulenta que, mediante la articulación de empresas ficticias, pretenda eludir o aminorar la responsabilidad del verdadero empleador. En concreto y siguiendo una asentada línea jurisprudencial, las **SSTSJ de Madrid de 13 de mayo y 10 de junio de 2003**, I.L. J 1642 y J 1680, limitan la posibilidad de condenar solidariamente a distintas personas físicas y/o jurídicas, a resultas de obligaciones derivadas de una relación laboral a cuatro supuestos:

“a) Aquel en el que se constituye un grupo de empresas para llevar a cabo el ocultamiento del patrimonio en fraude del derecho de sus acreedores, determinando una insolvencia aparente en alguna de las empresas, que realmente no existe por haber concentrado el patrimonio en otra u otras de las del grupo.

b) Aquel otro en el que la empresa se crea lícitamente, pero se confunde en su dirección, administración y patrimonio común e indiferenciado con la persona de su propietario, lo que ocasiona su funcionamiento de hecho como si se tratara de una empresa personal, al que ha de equiparse el supuesto en el que existe un grupo de empresas igualmente con una dirección, administración y patrimonio común e indiferenciado, que en definitiva constituye una sola empresa con varias personalidades jurídicas.

c) Aquel en el que no existe actuación fraudulenta ni confusión empresarial, sino que se constituye un grupo o asociación de empresas lícitamente, estando perfectamente diferenciados sus patrimonios, pero prestando servicios los trabajadores indistintamente para empresas y/o personas físicas que actúan a su vez como empresarios.

d) Los supuestos de responsabilidad que dimanen ex Disposición Transitoria de la Ley de Sociedades Anónimas de responsabilidad de los Administradores por la falta de aumento en el capital social o de conversión en Sociedad Limitada, antes del 3 de junio de 1992.”

El supuesto previsto en la letra c) del relato judicial sirve para resolver la cuestión litigiosa en ambos casos, en los que se considera probado que el trabajador prestó servicios de manera indiferenciada, simultánea o sucesivamente, para las empresas demandadas, quienes por ello pasaron a ser receptoras de la prestación de trabajo y, por aplicación del art.

1.2 ET, empleadoras y solidarias responsables de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

En sentido contrario, no se ha de extender a todas las empresas del grupo la responsabilidad por las obligaciones de una de ellas, cuando únicamente pueda ponerse de manifiesto la dirección unitaria de tales entidades (**STSJ de Baleares de 21 de febrero de 2003**, I.L. J 1840), o cuando únicamente pueda acreditarse la contratación sucesiva de un trabajador por diferentes sociedades pertenecientes al grupo, circunstancia que por sí sola no constituye confusión de plantillas [**STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de marzo de 2003**, I.L. J 1855].

3. CONTRATAS

A) Requisitos y diferencias con la cesión ilegal

La posibilidad de realizar directamente, mediante trabajadores bajo régimen laboral, una concreta actividad empresarial o, por el contrario, optar por un sistema de contratación, civil o mercantil, con terceros de la ejecución de una parte de dicha actividad forma parte de la libertad de empresa, reconocida por el art. 38 CE. Con matices, dicha posibilidad queda también abierta a las Administraciones Públicas en su actividad de prestación de servicios a los ciudadanos. En la actualidad, dichos mecanismos de contratación constituyen un instrumento extremadamente útil que dota al sistema de relaciones laborales de un mayor grado de flexibilidad y dinamismo. Frente a dicho fenómeno, el ordenamiento jurídico laboral tutela los intereses de los trabajadores ante usos abusivos de los mecanismos de descentralización productiva cuando tengan por objeto eludir las garantías legales y convencionales en perjuicio de aquéllos, particularmente cuando bajo la contratación de la realización de una obra o servicio determinado se oculta el suministro ilegal de mano de obra. En ocasiones, especialmente cuando la empresa contratista es una empresa real, cuenta con organización e infraestructura propia y la prestación de servicios debe realizarse en la empresa principal, diferenciar entre ambos supuestos puede resultar complejo, circunstancia que convierte el fenómeno de la subcontratación en escenario de frecuentes resoluciones judiciales. A efectos distintivos, nuestra jurisprudencia considera irrelevante que la actividad objeto de contratación sea permanente o temporal, inherentes al ciclo productivo o no, complementaria aunque imprescindible o meramente accesorias, pues lo que caracteriza toda externalización de servicios es el papel que ambas empresas, contratista y auxiliar, desempeñan en la materialización del servicio u obra objeto de contratación, circunstancia que se convierte en elemento clave de calificación. En este sentido, la empresa principal debe limitar su actuación al control de la actividad de la empresa auxiliar y a la recepción del resultado de lo ejecutado por el contratista; por su parte, a este último le corresponde responsabilizarse de la realización y entrega correcta de los bienes o servicios, aportando medios de orden personal y material, y manteniendo a sus trabajadores dentro del ámbito de su poder de dirección.

En aplicación de lo anteriormente expuesto, cuando la “empresa contratista ha puesto en juego su organización e infraestructura empresarial, actuando como un verdadero em-

presario desplegando el poder de dirección y organización” (STS de 26 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2119), no cabe más que manifestar la licitud del comportamiento empresarial y aplicar el régimen jurídico de responsabilidad previsto en el art. 42 ET. Por el contrario, la ausencia de alguno de estos criterios, de valor orientador o indicativo, permite rechazar la legitimidad de la contrata, declarando ilícito el tráfico de trabajadores por ausencia de “autonomía técnica de la contrata”, cuando la “parte más importante del poder de dirección la ostenta no la empresa que aparece como contratista sino la principal” (SSTSJ de Madrid de 5 y 26 de mayo de 2003, I.L. J 1650 y J 1652), cuando el escaso número de trabajadores objeto de cesión dificulte “que pueda hablarse de puesta a disposición de una verdadera organización empresarial” y hubieren sido “formados e informados por el personal de la compañía principal, recibiendo las órdenes de trabajo de los mandos y jefes de esta última” (STS de 20 de septiembre de 2003, u.d., I.L. J 1966), cuando, en servicios de telemarketing, el arrendador del servicio utiliza los locales e instrumentos de trabajo de la empresa que contrata el servicio no resultando “decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones o el control de “acceso salida” del personal” (STS de 16 de junio de 2003, u.d., I.L. J 1828), o cuando los trabajadores de la empresa auxiliar prestan sus servicios en la empresa principal “mezclados con los propios trabajadores al servicio de la misma y bajo la dirección de esta última, sin la presencia actualizada de aquella empresa que los contrató” (STS de 11 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2063).

4. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos y diferencias con la contrata

Véase apartado 3.A).

B) Consecuencias de la existencia de cesión ilegal en las Administraciones Públicas

Confirmando la línea jurisprudencial anterior, las SSTS de 11 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2056 y J 2063, manifiestan la “prevalencia de las normas constitucionales y administrativas sobre las laborales o, lo que es más exacto, la adecuación interpretativa de lo previsto en aquéllas a las exigencias establecidas en estas últimas”, cuando por aplicación de las normas relativas a la cesión ilegal de trabajadores se impone la determinación de la naturaleza de la relación que vincula a un trabajador con una Administración Pública. En otras palabras, cuando el ingreso del trabajador se produce por una vía distinta a la constitucionalmente prevista (igualdad, mérito y capacidad), situación en la que se encuentra el sujeto pasivo de una cesión ilegal, no adquiere la condición de fijo en plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido.

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

La STJCE de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 1901, aborda la interpretación del art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, actualmente art. 1.1.a) Directiva 2001/23/CE. En concreto, en esta ocasión se trata de dilucidar si la norma comunitaria es aplicable en un supuesto de modificación de la titularidad de una contrata para la gestión completa del servicio de restauración colectiva de un hospital, cuando el nuevo contratista haga uso de importantes medios materiales utilizados por el anterior, ahora puestos a disposición del primero por la empresa contratante. Partiendo de que el objeto principal de la Directiva es garantizar la continuidad de los contratos preexistentes, y teniendo en cuenta que debe constatarse el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida, entendida ésta como conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, se reitera que, en sectores caracterizados por un uso intensivo de la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce una determinada actividad de forma duradera puede llegar a constituir una entidad económica, en el sentido de la Directiva. En tales supuestos, si el nuevo empresario, además de continuar con la actividad, se hace cargo de una parte esencial, en términos cuantitativos y cualitativos, del personal que anteriormente realizaba la actividad objeto de litigio puede entenderse que ésta mantiene su identidad.

A mayor abundamiento, el Tribunal estima que, para la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación de la norma comunitaria, es preciso tener en cuenta todas las circunstancias que rodean la transmisión; en concreto, se enumeran, a título ejemplificativo, las siguientes:

“el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades” (STJCE de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 1901).

Por último, se afirma que la aplicación de la Directiva tampoco puede ponerse en duda por la inexistencia de relación contractual entre las empresas contratistas. La norma comunitaria ha de aplicarse siempre que se produzca una novación subjetiva en la persona del empresario y, ello, aunque no existan relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario, e incluso cuando no se haya transmitido la propiedad de los bienes materiales cedidos por ser propiedad del contratante.

A la luz de dicha jurisprudencia, supuestos como el resuelto en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de marzo de 2003, I.L. J 1729, en el que la decisión sobre la posibilidad de subrogación entre los sucesivos adjudicatarios de una contrata de restauración colectiva en centros universitarios se fundamenta en lo dispuesto en el convenio

colectivo aplicable, quizás debieran ser objeto de revisión. En línea con la jurisprudencia comunitaria comentada, se pronuncia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de abril de 2003**, I.L. J 1880, que impone la subrogación en la posición del empresario y reconoce la existencia de sucesión de empresa a la finalización de una contrata de limpieza en la que, en ausencia de elementos patrimoniales, la nueva contrata asume a la mayoría de la plantilla; en concreto, se argumenta:

“porque habiendo quedado acreditado que se ha transmitido una entidad económica o conjunto organizado, integrado por la mayoría o totalidad de la plantilla que venía haciendo las mismas tareas en la empresa saliente de la contrata (de cuatro trabajadoras que desempeñaban las labores de limpieza de las instalaciones de la Piscina Municipal para la empresa saliente de la contrata, Lux Canarias, SA, tres pasan a la empresa que rescata la contrata, Sociedad Cooperativa LENAFA, por subrogación, hemos de llegar a la conclusión de que se ha probado la transmisión que permite aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de abril de 2003, I.L. J 1880].

En otros supuestos, la discusión se centra en el cumplimiento de las exigencias de información previstas por el convenio colectivo que establece la obligación de subrogación; en concreto, se trata de dilucidar si la existencia de irregularidades en el proceso de transmisión de documentación entre el contratista saliente y el entrante (contratos de trabajo, recibos de salarios, pliegos de condiciones de la adjudicación, boletines de cotización y relaciones nominales de cotizantes a la Seguridad Social), que no impidan la adquisición de la información mínima requerida (adscripción de la trabajadora al centro de trabajo, antigüedad, salarios, jornada de trabajo, situación al corriente en Seguridad Social, etc.), condiciona la efectiva cesión de los contratos de trabajo prevista en la norma convencional.

“De acuerdo con la doctrina ya unificada en dicha sentencia la subrogación puede operar, incluso cuando no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social” [STS de 28 de julio de 2003, u.d., I.L. J 1702].

B) Mantenimiento del Convenio colectivo de la empresa cedente

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2003**, I.L. J 1624, aborda el problema de determinar el marco convencional por el que se rigen las relaciones de trabajo de quienes fueron objeto de una cesión por pertenecer a una empresa afectada por un proceso de absorción. En concreto, la discrepancia radica en conocer si corresponde aplicar el Convenio colectivo provincial que venía rigiendo con anterioridad o si, por el contrario, producida la transmisión los trabajadores se verán afectados por el convenio colectivo de la nueva empresa; dicho de otro modo, “si el trabajador o los trabajadores llevan el convenio colectivo vigente durante el momento de la sucesión empresarial, y los siguientes de la misma empresa –o territorio, o sector– a lo largo de su vida laboral con la empresa

subrogada, hasta que se extingan los contratos de trabajo”. En el supuesto de referencia, no pudiendo ser de aplicación el nuevo apartado 4 del artículo 44 por tratarse de hechos anteriores en el tiempo, la sentencia rechaza las pretensiones de mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio anteriormente aplicable como condición más beneficiosa, por aplicación del artículo 41 ET, que en opinión del Tribunal otorga al empresario “un poder unilateral de modificación de las condiciones de trabajo de naturaleza contractual”. Al respecto, conviene traer a colación recientes pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios; en concreto, la **STJCE de 6 de noviembre de 2003**, I.L. J 1899, donde se establece:

“el artículo 3 de la Directiva se opone a que el cesionario ofrezca a los trabajadores de una entidad transmitida condiciones menos favorables en materia de jubilación anticipada que las que les aplicaba el cedente y a que dichos trabajadores acepten tales condiciones aplicables a los demás empleados del cesionario en el momento de la transmisión, excepto si las condiciones más favorables aplicadas anteriormente por el cedente procedían de un convenio colectivo que ya no es jurídicamente aplicable a los trabajadores de la entidad transmitida, habida cuenta de las circunstancias especificadas en el apartado 2 de dicho artículo 3”, precepto que únicamente “obliga al empresario a mantener las condiciones laborales pactadas mediante convenio colectivo tal como se establecieron para el cedente en dicho convenio hasta la fecha de resolución o expiración del convenio colectivo o hasta la entrada en vigor o aplicación de un nuevo convenio colectivo, o incluso, si así lo ha dispuesto el Estado miembro afectado, durante un período más corto, siempre que no sea inferior a un año”.

C) Sucesión de Convenios colectivos

Tal como establece la normativa comunitaria, en supuestos de sucesión de empresas, las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de origen deberán mantenerse “hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”. Cuando dicho convenio colectivo, salvo pacto en contrario y por aplicación de lo previsto en el art. 86.3 ET, una vez vencido permanece en vigor, cabe la duda si debieran continuar rigiendo las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos o, si por el contrario, llegado el término inicial previsto en la norma convencional, las relaciones de dichos trabajadores deben quedar encuadradas, como las del resto de sus compañeros de trabajo, en el convenio colectivo aplicable en la nueva empresa. En opinión de nuestro Tribunal Supremo, “cuando la Directiva habla de aplicación de otro convenio colectivo, no se refiere al que ya estaba vigente *ex ante* la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva, integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del número 4 del art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que alude ya expresamente al nuevo Convenio colectivo que resulte aplicable tras la transmisión” (**STS de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 1557).

Similar razonamiento permite rechazar las pretensiones de mantenimiento de las condiciones más beneficiosas previstas en el convenio colectivo de origen y la correspondiente

inaplicación de las previstas en los convenios aplicables posteriores a la fusión. Es el caso de la STSJ de Baleares de 3 de junio de 2003, I.L. J 1907.

D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En tales supuestos, la jurisprudencia rechaza la aplicación del art. 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los arts. 1205 y 1257 del Código Civil, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En este sentido se pronuncia la **STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2003**, I.L. J 1830, aunque en esta oportunidad la discusión se centra en la forma en que ha de producirse dicho consentimiento. Por una parte, en el plano temporal, se afirma que éste no ha de ser simultáneo a la comunicación de la transmisión, ni siquiera al momento en que ésta se produzca efectivamente, pudiendo ser prestado con posterioridad. Por otra parte, se admite la posibilidad de que el trascurso del tiempo junto con otros factores pueda suponer muestra tácita de la conformidad del trabajador. Por ello, cabe afirmar con la citada Sentencia cómo para la comprobación de que ha mediado consentimiento del trabajador, preciso para la subrogación contractual en estos supuestos, “habrá que acudir a las circunstancias fácticas concretas de las que se pueda derivar la existencia de este consentimiento que puede darse tanto de una forma expresa como de una forma tácita, aceptando plenamente la transmisión efectuada” [**STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2003**, I.L. J 1830].

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO