

Convenio Colectivo de la Construcción, incompatible, junto al resto de indicios, con una relación laboral, debiendo mantenerse la naturaleza mercantil del vínculo.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (dir.)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Hogan Lowells)
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coord.)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ
ROSA RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ (Roca Junyent)

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) Requisitos para determinar su existencia.
 - B) Participación de las sociedades del grupo en el período de consultas por despido colectivo.
 3. CONTRATA.
 - A) Concepto de propia actividad.
 - B) Externalización de parte de la actividad productiva por causas organizativas.
 4. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
 - A) Concepto de transmisión.
 - B) Inexistencia de sucesión de empresa por adquisición de inmueble en subasta judicial.
 - C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo.
 - D) Incumplimiento del deber de información previsto en Convenio Colectivo.
 - E) Inclusión de cláusulas de subrogación empresarial en los pliegos de licitación derivada de acuerdo colectivo.
 - F) Subrogación de los servicios de seguridad y vigilancia: los trabajadores afectados precisan del título habilitante.
 - G) Subrogación empresarial y convenio colectivo aplicable.
 5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) Requisitos de delimitan el supuesto de hecho.
 - B) Efectos de la cesión ilegal: extensión a las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de la empresa cesionaria y los percibidos por la empresa cedente.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 7

a 9 de 2013 de la *Revista Información Laboral* 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, grupos de empresa, 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, 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) Requisitos para determinar su existencia

Como se reproduce en crónicas anteriores (véase, por ejemplo, la núm. 52) nuestro ordenamiento laboral carece de un tratamiento general y sistemático en relación al grupo de empresas, carencia que ha sido suplida con un rico tratamiento jurisprudencial cuyo objetivo es la represión de comportamientos que pudieran considerarse abusivos. Los supuestos litigiosos más frecuente son los relativos a la comprobación de la existencia o no de los criterios jurisprudenciales establecidos que determinan la existencia de un ficticio grupo de empresas, que la jurisprudencia califica de grupo de empresa a efectos laborales (unidad en la organización del trabajo entre las empresas del grupo; prestación de trabajo común –simultánea o sucesiva– entre varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real que determinen una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; confusión de patrimonios; apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección) y la exigencia de comunicación de responsabilidades laborales entre las empresas que lo componen.

La no concurrencia de los criterios jurisprudenciales expuestos sirven de argumento a la **STSJ de Aragón de 13 de marzo de 2013 IL J 725/2013** para rechazar la pretensión del demandante de admitir la presencia de un grupo de empresas ficticio y de hacer extensiva la responsabilidad por despido de la empresa Perialisi España SL a Oleoliva Europa SL, al deducirse de los Hechos Probados la inexistencia de una prestación indiferenciada de los trabajadores de Perialisi a la empresa Oleoliva. Con apoyo en la doctrina del TS la Sala declara que: «para que se produzca ese efecto –la imputación colectiva del grupo– hace falta un componente adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios y apariencia externa de unidad empresarial...».

La determinación de la cuantía salarial computable a los efectos de constituir la indemnización por despido del trabajador frente a la empresa Gran Casino de Barcelona SL sirve de base a la **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2013, ILJ 867/2013**, para negar

la pretensión del trabajador de reconocer la existencia de un grupo de empresa a efectos laborales y hacer extensiva la responsabilidad derivada del despido improcedente hacia la mercantil Casino Lloret de Mar SL ya que «sin perjuicio de que ambas sociedades code-mandadas formen parte de un mismo grupo de empresas, no se desprende que concurra dirección unitaria, ni confusión de plantillas o patrimonial, ni apariencia unitaria externa», por lo que no puede haber lugar a la extensión de la responsabilidad postulada.

B) Participación de las sociedades del grupo en el período de consultas por despido colectivo

A pesar de las importantes modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento laboral por el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de extinción colectiva de contratos de trabajo y en los de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción o derivadas de fuerza mayor y de las reiteradas referencias que en la tramitación procedimental de los despidos colectivos se realiza al grupo de empresas, una cuestión que continua sin ser abordada por el legislador es la determinación de si es o no extensible el período de consultas a todas las sociedades que componen un grupo de empresas. Si bien la reciente reforma del artículo 51 ET llevada a cabo por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, trata el período de consultas cuando la empresa tiene varios centros de trabajo, el fenómeno de los grupos de empresa desde este punto de vista tampoco ha sido objeto de tratamiento. En consecuencia, las modificaciones normativas arriba referenciadas han dejado sin resolver este importante asunto que continua debatiéndose en sede judicial.

Con ocasión del proceso de impugnación por despido colectivo interpuesto por la representación legal de Hotel NH Alcalá, representación legal Ad Hoc del Hotel NH Alberto Aguilera, Ad Hoc del Hotel NH Les Corts contra NH Hoteles España S.L, NH Hoteles SA, Hoteles Hesperia SA, Gran Círculo de Madrid, SA HH Lagasca SA, Diana y otros, Fulgencio y otros, Leovigildo y otros, Nuria y otros y Jesús Ángel la **SAN de 15 de julio de 2013 ILJ 797/2013** tras reconocer que el Grupo NH Hoteles conforma un grupo de empresas a efectos laborales con confusión de plantilla, dirección unitaria y confusión de patrimonio – tal y como queda acreditado en los Hechos Probados y admitido pacíficamente por la parte demandada– y admitir la licitud de los procedimientos de despido colectivo instados por grupos de empresas a efectos laborales se pronuncia en relación a si el preceptivo período de consulta exigible en un proceso de despido colectivo es extensible a todas las sociedades del grupo. Basando su argumento en un pronunciamiento anterior la Sala rechaza la obligatoriedad de llevar a cabo un período de consultas con todas las sociedades que lo componen. En palabras de la Sala: «nuestra legislación actual –comunitaria y nacional– no contempla la participación del grupo mercantil en el período de consultas del despido colectivo, ni siquiera cuando la medida afecta globalmente a las empresas que lo componen y la decisión ha sido tomada por la empresa dominante para todas ellas, lo que es un reprochable signo de desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial, que esconde a quien debería ser el interlocutor real para que el período de consultas alcance sus fines. Desfase que el legislador nacional podría solventar, si lo estimara oportuno, con una regulación que mejorara, en el sentido apuntado, los mínimos previstos en la Directiva 1998/59/CE. Y expresamente indicamos

que “Mientras no se produzca dicha regulación, la negociación global del despido colectivo con la empresa dominante supondrá una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable, por cuanto se producirá entre los interlocutores reales, por lo que podrá efectuarse sin problema. –Sin embargo, aunque concluya con acuerdo, no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo”. Sin embargo, a juicio de la Sala, «aquí no estamos ante un grupo mercantil, en el que la presencia de la matriz como interlocutor real no exoneraría de cumplimentar los períodos de consulta con cada una de las empresas afectadas. Nos encontramos, en cambio, con un grupo a efectos laborales, cuya matriz toma las decisiones y asume la responsabilidad en esta realidad empresarial equivalente a una única empresa. Por tanto, se ha negociado con la Dirección de la empresa, lo que se ajusta perfectamente al artículo 51 ET».

3. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

El Estatuto de los Trabajadores establece, para los casos de relaciones entre empresas a través de contratas de obras y servicios, una serie de responsabilidades a cargo de la empresa principal con respecto a los trabajadores de la empresa o empresas auxiliares, como una forma de garantizar que el trabajo a través de fórmulas triangulares en contratas no suponga una merma de efectividad para alguno de los derechos básicos de los trabajadores (artículo 42 ET). Estas responsabilidades, no obstante, quedan limitadas por la propia norma, de entrada, a un tipo concreto de contratas, esto es, aquellas en las que las obras o servicios contratados por la principal son o pertenecen a su propia actividad.

El concepto de propia actividad ha sido y sigue siendo el elemento esencial respecto del que depende la activación o no de las responsabilidades de la empresa principal, lo que unido a su falta de definición por la propia norma ha generado una constante litigiosidad existiendo numerosos pronunciamientos judiciales al respecto. Con ocasión de una reclamación por despido del trabajador demandante frente a su empleadora, Pineda Ortega Naval del Sur SA, responsabilidad que pretende hacer extensiva a la empresa contratante, el Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013 ILJ 741/2013** analiza el concepto de propia actividad a través de la identificación de la actividad a la que se dedican ambas empresas (principal o contratante y contratista) para con posterioridad, en el caso de que así se determine, delimitar el alcance de la responsabilidad solidaria que establece el artículo 42 ET. Partiendo del concepto que de propia actividad ha establecido la doctrina del TS en contrataciones referidas a empresas públicas, es decir, una «“actividad inherente” o “absolutamente indispensable” para la actividad de la empresa principal, que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas “complementarias o no nucleares” y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene

encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función» la Sala reconoce que el objeto del contrato realizado entre ambas mercantiles (servicio de monta, entrenamiento, mantenimiento y participación en competiciones hípcas con el ganado equino de los centros dependientes de del Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas) integra las funciones que son propias del Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas (el artículo 1 de su Estatuto establece que dicho Organismo tiene por misión «la crianza, selección y puesta a disposición de los Ejércitos, de las Unidades de Caballería de la Guardia Real y de la Escuela Militar Ecuestre del ganado equino necesario para dotar sus necesidades. Ejerce la formación ecuestre en el ámbito militar y colabora con otras entidades públicas y privadas en actividades propias del Organismo»). No obstante lo anterior, a pesar de este reconocimiento la Sala aclara que la extensión de la responsabilidad solidaria que se deriva del artículo 42 ET respecto de la empresa principal afecta exclusivamente a las obligaciones de la empresa en materia de seguridad social y de salarios durante la vigencia de la contrata. Sin embargo, la acción que ejercita el actor es la de despido, por lo que del artículo 42 ET no puede deducirse ni la obligación de la empresa de subrogarse en los trabajadores, ni de hacerse cargo de las consecuencias económicas del despido, porque ni es una obligación salarial ni de seguridad social y porque, pese a lo anterior, el despido se produce una vez extinguida la contrata.

Sobre esta cuestión, con ocasión de una reclamación de cantidad del trabajador frente a las codemandadas Zaladia Consulting SL, Outsourcing Signo Servicios Integrales SL Grupo Norte SL, Telefónica Soluciones de Informática y comunicaciones de España SA y Fundación para el Desarrollo Infotecnológico de Empresas y Sociedad (FUNDETEC) la **STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2013 ILJ 864/2013**, analiza el concepto de propia actividad a través de la identificación de la actividad a la que se dedican la empresa principal FUNDETEC y la empresa subcontratista Outsourcing Signos-Servicios Integrales Grupo Norte SL que se hizo cargo de la actividad anteriormente desarrollada por Zaladia Consulting SL así como del trabajador demandante. La Sala aplicando la doctrina mayoritaria que entiende por propia actividad «“las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa” y que “nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”» concluye que la actividad de la empresa principal Fundetec es la de promocionar Internet entre PYMES y particulares y dicha actividad es, precisamente, la actividad que se ha subcontratado con la empleadora del trabajador. En consecuencia, ha de hacerse extensible a Fundetec la responsabilidad solidaria derivada del artículo 42.2 ET.

B) Externalización de parte de la actividad productiva por causas organizativas

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna prohibición general que impida al empresario el recurso a la contratación externa para integrar su actividad productiva, por lo que, resulta controvertido en qué circunstancias puede articularse el recurso a la descentralización productiva de la empresa a través de contratas como causa justificativa de despido. Con apoyo en la doctrina del TS la **SAN de 15 de julio de 2013 ILJ 797/2013** (comentada en el apartado 3.B de esta Crónica) se pronuncia en relación a la externalización de parte

de la actividad productiva llevada a cabo por el Grupo NH Hoteles. En palabras de la Sala «únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial». En consecuencia, y contrariamente a lo alegado por la parte actora «En nuestro caso, el recurso a la subcontratación no obedece a la pura conveniencia y estrategia empresarial para incrementar beneficios, sino que se alza como fórmula de supervivencia ante pérdidas crecientes y niveles de endeudamiento amplísimos, procurando así menguar tanto los costes laborales como los de inversión, y facilitar la capacidad de adaptación a las exigencias de la demanda. Estamos, pues, ante un supuesto en el que la subcontratación resulta un medio útil y racional para apuntalar la viabilidad de la empresa y su competitividad. No escapa a la Sala que el efecto que con ello se consigue, además de la reducción de costes, es también la precarización de las condiciones laborales, pues, según se admitió por el Director de Recursos Humanos, los salarios que pasan a cobrar las camareras subcontratadas son inferiores a los que tenían en su contratación directa. Eso es así, y es absolutamente lamentable, pero no existe un derecho a la contratación directa, ni se contempla deber alguno de la empresa de abstenerse de subcontratar partes de su actividad, más allá del que se ha pactado justamente en este acuerdo de despido, restringiendo esta fórmula para el futuro hasta convertirla en excepcional. Y lo que sí existe, como veremos, son causas suficientes para extinguir los contratos de trabajo, de modo que la recolocación, aunque sea en condiciones más precarias, será siempre mejor –y así debería verse por todos los implicados– que la salida indemnizada de un mercado de trabajo con serias dificultades de reabsorción de quienes pierden su empleo. Así lo estima el legislador cuando exige planes de recolocación y sugiere este tipo de medidas entre las de acompañamiento social. Y así lo estimó la mayoría de la representación social cuando suscribió un acuerdo que garantiza ofertas de recolocación del 90% de los afectados con contratos indefinidos».

4. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El objetivo central que persigue la normativa laboral que regula las transmisiones de empresas (artículo 44 ET) es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Para que esta garantía despliegue sus efectos, el precepto citado en su párrafo segundo establece la delimitación del supuesto que considera como sucesión de empresa: «A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias». La interpretación del concepto de transmisión de empresas, a pesar de los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales, continúa siendo objeto de numerosos litigios, en torno a la determinación de la existencia o no del supuesto de hecho previsto para aplicar la garantía de mantenimiento de los contratos de trabajo.

Sobre esta cuestión la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013 ILJ 741/2013** (comentada en el apartado 3.A de esta Crónica) se pronuncia en torno a la pretensión del actor a que se reconozca la existencia de una sucesión empresarial entre Pineda Ortega Naval del Sur SA (empresa contratista para la cual el actor prestó sus servicios) y el Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas. En el supuesto debatido la Sala rechaza la subrogación postulada por el actor, negando la existencia de una sucesión empresarial entre las citadas empresas puesto que, si bien el objeto de la adjudicación a la empresa Pineda Ortega Naval del Sur SA formaba parte de la actividad del Organismo Autónomo de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, queda acreditado que la adjudicación se realizó para los servicios que el referido Organismo no pudo asumir y que en la ejecución de dichos servicios Pineda Ortega Naval del Sur SA aportó todos los elementos materiales y personales necesarios para su desarrollo, coordinó los trabajos del actor y de sus compañeros– los cuales se organizaban entre sí sin recibir órdenes de personal del Organismo–, y solventó todas las cuestiones relativas a vacaciones y permisos de los trabajadores. A juicio de la Sala lo determinante para reconocer el fenómeno sucesorio no es «si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad».

El fenómeno de la sucesión empresarial es también objeto de análisis en la **STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2013 ILJ 720/2013**, con ocasión de la reclamación de cantidad interpuesta por Faurecia Automotive España SL (Faurecia), empresa para la que prestó servicios la trabajadora y cuya extinción contractual –acordada en expediente de regulación de empleo– originó la indemnización que ahora la empresa le reclama. Argumenta la empresa que la trabajadora no tiene derecho al percibo de la indemnización por extinción contractual, ya que su relación laboral no quedó extinguida realmente sino que continuó prestando sus servicios para Android Industrias Zaragoza SL (Android), la nueva concesionaria de la contrata que se hizo cargo de toda la plantilla de Faurecia. Para la resolución de este proceso, en lo que afecta a la trabajadora (la devolución de la indemnización percibida por extinción contractual), resulta necesario determinar si existió o no sucesión empresarial entre las citadas mercantiles. Utilizando los argumentos que se recogen en litigios anteriores relacionados con las mismas empresas en los que se reconoció la sucesión empresarial entre ambas mercantiles la Sala expone que: «En el supuesto enjuiciado en la presente litis, la actividad realizada primero por Faurecia y luego por Android consiste en el premontaje de las puertas y el salpicadero de varios modelos de vehículos fabricados por General Motors. Esta empresa suscribió una contrata primero con Faurecia y luego con Android en virtud de la cual, mientras los trabajadores de general Motors montan los automóviles en la línea principal, los trabajadores de la contratista, en una línea distinta, realizan el premontaje de las puertas y el salpicadero. General Motors es la propietaria de la maquinaria con la que prestaban servicio los trabajadores de Faurecia y luego Android, encargándose del suministro de energía eléctrica y agua. Y General Motors también es propietaria del producto ensamblado: las puertas y el salpicadero. El sistema de trabajo es el denominado justo a tiempo («just in time»), de tal forma que las necesidades productivas de General Motors se facilitan por la contratista a través de señal «on line» lo que supone que la empresa contratista debía de trabajar en los mismos días, turnos y frecuencias de

suministro por referencia que aquélla: el calendario laboral de la contratista se ajustaba al de General Motors, trabajando y produciendo en las mismas fechas y con los mismos turnos de producción. En virtud de un acuerdo con los sindicatos, Android contrató para atender estos servicios a la práctica totalidad de los trabajadores que venían trabajando para Faurecia en la contrata. En dicho acuerdo no se incluyó reserva alguna que excluyese la existencia de sucesión empresarial. Ajuicio de esta Sala, los elementos materiales de esta actividad productiva son la propia línea de montaje de las puertas y el salpicadero, configurada como una línea accesoria de la línea principal, radicada en las instalaciones de General Motors, así como los productos ensamblados, todo lo cual es propiedad de General Motors, trabajando las contratistas en coordinación con la empresa principal: con idéntico horario y frecuencia de éste. En virtud del cambio de contratista, el día 2-1-2011^a las 12 horas dejaron de prestar servicios los trabajadores de Faurecia en dicha línea auxiliar y continuaron prestando servicio los mismos trabajadores al servicio de la nueva contratista Android, que asumió a la práctica totalidad de su plantilla, incluidos los trabajadores en situación de incapacidad temporal como la actora».

Las circunstancias expuestas evidencian para la Sala la sucesión empresarial entre las mercantiles citadas «puesto que atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, se ha transmitido una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. En efecto, la explotación ha continuado en el mismo local, por los mismos trabajadores, con la misma línea de montaje, sin solución de continuidad».

La STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2013, ILJ 864/2013, (comentada en el apartado 3.A de esta Crónica) también se pronuncia a favor de la sucesión de empresa entre las mercantiles Zaladia Consulting SL y Outsourcing Signo-Servicios Integrales Grupo Norte SL al acreditarse que «entre ambas empresas se transmite una unidad productiva definida por la ejecución del proyecto Espacios CyL que pasa de una empresa a otra y que constituye una entidad económica que mantiene su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, pues continúa la misma actividad que venía desarrollando la anterior, en el mismo local, con los mismos instrumentos y con el mismo personal».

B) Inexistencia de sucesión de empresa por adquisición de inmueble en subasta judicial

En los supuestos en los que se materializa la adquisición exclusiva de un inmueble en subasta judicial el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 ET deviene inaplicable, pues la solitaria transmisión de este elemento patrimonial en dicha sede, sin que vaya acompañado del mobiliario preciso para la continuidad de una explotación hotelera, no permite considerar que ha sido transmitida una actividad económica. En tales casos, la entidad adjudicataria del inmueble no se ve obligada a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa propietaria del complejo hotelero. Varios pronunciamientos del TS referidos a la posibilidad de que se materialice una subrogación empresarial entre la mercantil que venía explotando un hotel hacia la entidad financiera que mediante la ejecución de un título hipotecario se adjudica los inmuebles hasta entonces propiedad del establecimiento hotelero y en el que los trabajadores demandantes prestaban sus servicios han sido objeto de comentario en crónicas anteriores (véase por ejemplo los

núm. 53 y 54). Sobre esta cuestión existe en el período examinado dos sentencias del TS en unificación de doctrina, en las que intervienen las mismas empresas codemandadas en juicio sobre extinción de contrato y despido. Se trata de la STS de 27 de mayo de 2013 (u.d.) ILJ 763/2013 y de la STS de 5 de junio de 2013 (u.d.) ILJ 748/013. En ambas se reitera la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos que dan como correcto los argumentos contenidos en la STS de 23 de noviembre de 2004 (rcud 6432/2003) aportada de contraste en los correspondientes recursos de casación para la unificación de doctrina y que ahora se reproduce: «El razonamiento que conduce, en dichas sentencias, a la decisión adoptada puede exponerse en los siguientes pasos: 1) de acuerdo con la legislación comunitaria, seguida por la actual redacción del artículo 44 ET (Ley 12/2001), el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión “de una persona a otra” de “la titularidad de una empresa o centro de trabajo” entendiendo por tal “una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); 2) en el supuesto particular de la venta judicial, el artículo 55.11 ET (redacción anterior a la Ley 3/2012) precisa que la venta judicial de bienes productivos exige, para ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales, la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes “por sí mismos” para “seguir” con la “explotación empresarial” (STS/IV 23-noviembre-2004, citada); y 3) en el caso enjuiciado no cabe hablar en rigor de “continuidad” y de disponibilidad de la explotación empresarial puesto que, de un lado dicha explotación estaba interrumpida en el momento de la toma de posesión por parte del banco Pastor del inmueble adquirido, y de otro lado los elementos materiales vendidos no bastaban por sí solos para la actividad empresarial de hostelería al no disponerse de los enseres atribuidos a la Corporación Financiera Iberoamericana mencionados en los antecedentes de hecho... Así las cosas, no parece factible una interpretación laxa de los requisitos legales establecidos en el artículo 51.11 ET, cuyo fundamento último es el principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución. La referencia a “la totalidad de la empresa o parte de la misma” como objeto de la adjudicación, así como los requisitos de “suficiencia” de los elementos transmitidos y de continuidad o tracto inmediato, sin interrupciones significativas, entre la actividad del empresario anterior y del nuevo responden a esta lógica de libre iniciativa empresarial, según la cual solo se puede obligar a una entidad adquirente de bienes en venta forzosa a dedicar los bienes adquiridos a la misma actividad productiva anterior cuando se trata de una empresa en funcionamiento cuya continuación no encuentra obstáculo alguno; inexistencia de continuidad de actividad productiva que corresponde apreciar sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el objeto social de la empresa adquirente (finanzas) no es el mismo que el de la empresa anterior (hostelería)».

C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo

Como se ha comentado en crónicas anteriores (véase por ejemplo la núm. 54) en los supuestos en los que no resulta aplicable la normativa legal sobre la transmisión de empresa a la sucesión de contratas, la subrogación del empresario entrante puede también producirse por aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo. En tales casos, la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en dicha norma y las empresas afectadas formen parte del ámbito subjetivo de la norma convencional.

En la **STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2013 ILJ 865/2013** la Sala ha de pronunciarse sobre la existencia o no del fenómeno subrogatorio. En el caso de autos la empresa contratista Atlas Servicios Empresariales SA, que asumió por adjudicación la actividad que había venido prestando con anterioridad la Federación de Asociaciones de Personas Sordas de Catilla y León –FAPSCYL– (asistencia mediante intérpretes de lengua de signos al alumnado sordo en los centros docentes públicos de la Comunidad de Castilla y León), rechaza subrogarse en los contratos de los trabajadores de FAPSCYL que prestaban dichos servicios por entender que al ser una empresa multiservicios no le es de aplicación el convenio colectivo por el que se rige la empresa saliente (Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad) en cuyo artículo 27 dispone la aplicación obligatoria a la empresa entrante del mecanismo subrogatorio. Añade la mercantil citada que tampoco existió pacto alguno entre las referidas empresas para proceder a la referida subrogación.

A juicio de la Sala la ausencia de indicación alguna a la subrogación empresarial en el pliego de condiciones administrativas por la que quedó sujeta la contratación de la actividad realizada por Atlas no impide la aplicación del artículo 27 del convenio colectivo arriba referenciado. Y puesto que FAPSCYL, la empresa saliente, circunscribe su actividad al ámbito funcional de dicho convenio colectivo procede la subrogación prevista en la norma convencional. A juicio de la Sala la formalización del contrato entre la Comunidad de Castilla y León con la empresa Atlas para desarrollar el mismo servicio prestado anteriormente por la empresa saliente «constituye la premisa automática para la aplicación del deber subrogatorio previsto en el artículo 27 y ello con independencia de la actividad principal, preponderante o de carácter multidisciplinar que desarrolle la nueva adjudicataria».

D) Incumplimiento del deber de información previsto en Convenio Colectivo

Una cuestión que viene siendo particularmente discutible en los supuestos de sucesión de empresas es la relativa a los efectos que provoca la no entrega o entrega incompleta o parcial de la documentación relativa a los trabajadores afectados por el cambio de contrata, cuando dichas obligaciones de información han sido establecidas en la norma convencional como condición para que se produzca la subrogación empresarial. En concreto, las **SSTS de 10 de junio de 2013 (u.d.) ILJ 747/2013** y **15 de julio de 2013 (u.d.) ILJ 915/2013** resuelven el conflicto planteado en torno a la interpretación del contenido del artículo 55 del III Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. Conforme a lo dispuesto en el citado precepto, la empresa saliente debe entregar nueve documentos a la nueva adjudicataria. Sin embargo, en ambos casos, solo se entregó una relación nominal de los trabajadores afectados. El TS con arreglo a la doctrina unificada contenida en sentencias precedentes en supuestos sustancialmente idénticos a los aquí debatidos y promovidos por las mismas empresas rechaza la subrogación por parte de la empresa entrante en los contratos de los trabajadores. En palabras del Tribunal «El razonamiento que conduce a esta conclusión en dichas sentencias se puede resumir en los siguientes puntos: 1) una contrata o una concesión administrativa de un servicio público de aguas no es, en principio, una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura o de la organización de trabajo básica para la explotación; 2) no obstante, la subrogación en los contratos de

trabajo de la contratista o concesionaria saliente por parte de la contratista o concesionaria entrante puede ser establecida por vía de negociación colectiva, como ha ocurrido en Convenio Colectivo de la industria del agua (2007); 3) la aplicación de estas cláusulas convencionales de subrogación está condicionada al cumplimiento de los deberes instrumentales de comunicación y/o documentación establecidos en la negociación colectiva a cargo de la empresa saliente, de suerte que si no se remite tal documentación no se produce la transferencia de la relación de trabajo a la empresa entrante; y 4) en el caso enjuiciado ni se ha probado que el trabajador de Ghiasa estuviera adscrito al Ayuntamiento de Moguer, ni consta tampoco –pese a la afirmación en contrario que se efectúa en el escrito de impugnación al recurso– que esta empresa saliente hubiera entregado a Aqualia o a la corporación municipal toda la documentación prevista para el caso en el artículo 55 del convenio colectivo del sector (hasta nueve documentos), entre ella la relativa al cumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social» (STS 15-7-2013).

Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2013 ILJ 865/2013**, (comentada en el apartado 4.B de esta Crónica) sí se pronuncia a favor de la subrogación empresarial. En el caso de autos los trabajadores pertenecientes a la empresa saliente, la Federación de Asociaciones de Personas Sordas de Catilla y León –FAPSCYL– no fueron subrogados por parte de Atlas Servicios Empresariales SA (Atlas), la empresa que recibió la adjudicación de los servicios que anteriormente venía prestando la mercantil saliente. La negativa de la empresa Atlas se basa en el incumplimiento por parte de FAPSCYL de la entrega en plazo de la información documental preceptiva –tal y como se recoge en el art.27 del Convenio Colectivo que le es de aplicación– (Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad). Sin embargo, de los Hechos Probados la Sala deduce que Atlas obvió la finalidad que subyace en el artículo 27 del Convenio referido, puesto que no consta que comunicase a FAPSCYL el cambio de adjudicación, comunicación necesaria para que FAPSCYL procediera a la entrega de la documentación preceptiva. Y, en cambio, si consta que FAPSCYL comunicó por burofax a Atlas la ausencia de la previa comunicación, así como la puesta a su disposición de la documental necesaria para la subrogación en sus propias dependencias, lo que demuestra la intención de FAPSCYL de cumplimentar los requisitos exigidos para llevar a término y de forma ajustada la subrogación. Tampoco cumplió Atlas lo preceptuado en el artículo 27.8 del Convenio citado en el que la subrogación empresarial se desliga del trámite formal de entrega de la documentación. Expresamente dice el precepto que: «En ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirse a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear». A la vista de los hechos citados la Sala admite la subrogación empresarial al reconocer el incumplimiento por parte de Atlas de las previsiones que, en este ámbito, se contienen en el convenio colectivo de aplicación al caso en cuestión.

E) Inclusión de cláusulas de subrogación empresarial en los pliegos de licitación derivada de acuerdo colectivo

La **STS de 4 de junio de 2013 (u.d.) ILJ 750/2013** resuelve en unificación de doctrina un supuesto de incumplimiento de un acuerdo suscrito por la empresa Corporación de

Radio Televisión Española SA (RTVE) y los representantes de los trabajadores en el que se contemplaba la obligación –incumplida por la mercantil citada– de incorporar en los pliegos de licitación de los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas –en este caso el realizado con la empresa Intra– una cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata. Para el TS, a contrario de lo que sostiene la empresa recurrente (RTVE), el pliego de licitación puede contener una cláusula de subrogación ya que ésta forma parte del pliego de cláusulas administrativas, tal y como se deduce del art 99.2 de la L.30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público: «en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato». Dicha cláusula, al formar parte del acuerdo firmado por RTVE y la representación legal de los trabajadores, resulta de obligado cumplimiento. No obstante lo anterior, el TS aclara que «a las empresas de servicios no se les impone el clausulado del Acuerdo de 12 de julio de 2006, simplemente si acuden al concurso público que, en su caso convoque RTVE, han de respetar la totalidad de las cláusulas generales y particulares y entre estas últimas está la subrogación de los contratos de los trabajadores. La obligación de subrogación de las empresas de servicios que concurren al concurso no deriva del Acuerdo de 12 de julio de 2006, sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, al que libre y voluntariamente se ha presentado, sometándose a las cláusulas del mismo. Respecto a los trabajadores a los que, en su caso, subroga la nueva empresa de servicios en el caso de cambio de titularidad de contrata, la cláusula no impone obligación alguna de aceptar la subrogación ya que dicha obligación de subrogar se impone únicamente a la empresa».

F) Subrogación de los servicios de seguridad y vigilancia: los trabajadores afectados precisan del título habilitante

En el ámbito de las subrogaciones entre empresas de servicios una de las cuestiones que resulta particularmente litigiosa es la relativa al cumplimiento de las garantías legales y convencionales que se derivan para los trabajadores afectados por la subrogación, cuando dichos trabajadores carecen del título habilitante exigido por la normativa legal para desarrollar las específicas tareas de seguridad y vigilancia. En el caso de autos la **STS de 16 de julio de 2013 (u.d.) ILJ 911/2013** rechaza la subrogación del trabajador afectado por carecer de la habilitación del Ministerio del Interior para prestar servicios como vigilante de seguridad. Reconoce la Sala que «La carencia de esa autorización administrativa es aquí, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un modus operandi carente de acomodo legal».

G) Subrogación empresarial y convenio colectivo aplicable

Consumada la subrogación empresarial resulta particularmente litigiosa la cuestión relativa tanto a la determinación como al criterio temporal del convenio colectivo aplicable a los

trabajadores afectados por una subrogación. Para garantizar los derechos laborales de los trabajadores afectados ante un supuesto de subrogación empresarial, la normativa laboral dispone el mantenimiento del convenio colectivo que les viniese siendo de aplicación hasta su expiración o entrada en vigor de otro convenio nuevo que resulte de aplicación a la mercantil transmitida (artículo 44.4 ET). En el caso de autos la empresa Canal de Isabel II Gestión SA (Gestión), empresa de nueva creación sucedió a la empresa pública Canal de Isabel II (Canal) subrogándose en los contratos de los trabajadores, salvo veintiuno que permanecieron en Canal de Isabel II. A los trabajadores directamente contratados por la nueva empresa Gestión les aplica el III Convenio Colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, mientras que a los trabajadores subrogados les mantuvo la aplicación del XVIII Convenio Colectivo del Canal de Isabel II hasta la fecha de su expiración, pasando a partir de ese momento, por decisión de Gestión, a aplicársele el III Convenio Colectivo estatal como al resto de los trabajadores, si bien, a los trabajadores subrogados se les mantuvo las condiciones previamente pactadas por acuerdo con la empresa Canal en el que quedaron contractualizados, en lo esencial, los derechos reconocidos por el XVIII Convenio Colectivo. Las circunstancias descritas motivan la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la representación de los trabajadores de la empresa Gestión en la que se pide la común aplicación a todos los trabajadores de la empresa Gestión del XVIII Convenio Colectivo de Canal al haber expirado su duración y no haber sido denunciado en el plazo legalmente establecido para ello. La **SAN de 14 de junio de 2013 ILJ 894/2013**, se pronuncia a favor de la continuidad en la aplicación del XVIII Convenio Colectivo de Canal, por cuanto que no fue denunciado en el plazo fijado encontrándose, en consecuencia, prorrogado y no siendo obstáculo a ello el acuerdo firmado entre la cedente y el comité de empresa de Canal antes de la subrogación. Ahora bien, la Sala aclara que el ámbito subjetivo de aplicación del citado Convenio Colectivo queda restringido al personal subrogado no siendo, en consecuencia, de aplicación al personal de nueva contratación »por cuanto que estamos ante una sucesión real y no fraudulenta, que obliga a la empresa cesionaria a subrogarse en los derechos de los trabajadores de la cedente, pero no a aplicar el convenio de procedencia a sus nuevos trabajadores, por cuanto el artículo 44.4 ET deja perfectamente claro que el mantenimiento del convenio de procedencia se aplica exclusivamente a los trabajadores afectados por la sucesión».

Particularmente interesante en este ámbito material resulta la **Sentencia de 18 de julio de 2013 ILJ 880/2013**, asunto C-426/11, en la que el TJUE, una vez más, interpreta el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE de 12 marzo, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. En este caso, el pronunciamiento del TJUE tiene lugar con ocasión de deriva de tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido) que, en síntesis, vienen a preguntar al TJUE si el artículo 3 de la Directiva permite, exige o se opone a que la legislación nacional de un Estado miembro establezca que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión puedan hacerse valer frente al cesionario. En otros términos, se quiere determinar si puede o no impedirse que un Estado miembro confiera a los trabajadores objeto de una transmisión de empresa o de actividad, una protección «dinámica» –cuando así resulte de la aplicación del Derecho contractual nacional– que permita que puedan oponerse al cesionario no sólo los convenios colectivos

vigentes en el momento de la transmisión, sino también los posteriores. Las cuestiones prejudiciales planteadas tienen su causa en la legislación nacional inglesa que permite a las partes contractuales incorporar al contrato una cláusula que estipule que la remuneración del trabajador puede ser determinada entre el empresario y el sindicato o negociadas periódicamente por un tercero. En el caso de autos el distrito municipal de Lewisham London Borough Council (Lewisham) cedió el negocio de ocio a la empresa privada CCL Limites (CCL) la cual integró en su plantilla a los trabajadores de Lewisham los cuales tenían incorporados en sus contratos una cláusula de este tipo en la que se establecía que los términos y condiciones de empleo se regirían por lo dispuesto en los convenios colectivos negociados por el National Joint Council for Local Government Services (NJC). En fechas posteriores CCL cedió el negocio y los trabajadores a otra empresa privada, Parkwood. Se da la circunstancia de que con posterioridad a esta última transmisión el NJC llegó a un nuevo acuerdo cuyas condiciones pretenden los trabajadores transmitidos les sea de aplicación por ser éstas más favorable. Es la negativa de la empresa Parkwood a vincularse por dicho acuerdo la que motiva la demanda inicial de los trabajadores que da origen al litigio principal. Para la resolución de este litigio el TJUE recuerda que en la Sentencia Werhof declaró que «el artículo 3 apartado 1 de la Directiva 77/187 [posteriormente codificada por la Directiva 2001/23] debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión de la empresa...». «Ahora bien, la Directiva 77/187 no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos, por una parte, y los del cesionario, por otra. Más concretamente, la Directiva indica que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad». Teniendo en cuenta que la transmisión de empresa se produjo entre una persona jurídica de Derecho público y con otra de Derecho privado la continuación de la actividad del cesionario requería ajustes y adaptaciones importantes –por las diferencias existentes entre ambos sectores–, por lo que la aplicación de una cláusula dinámica a convenios colectivos negociados y aprobados con posterioridad a la transmisión y destinados a regular la evolución de las condiciones laborales en el sector público y en donde el cesionario no dispone de facultad de participación alguna podría limitar su capacidad de ajuste y afectar su libertad de empresa. Ante tales circunstancias el TJUE declara que «el artículo 3 de la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 8 de esa Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que autoriza a los estados miembros a adoptar medidas que, a pesar de que son más favorables para los trabajadores, pueden lesionar la propia esencia del derecho del cesionario a la libertad de empresa». En consecuencia, el TJUE resuelve que «El artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca, en el caso de una transmisión de empresa, que las cláusulas de remisión dinámica a los convenios colectivos negociados y aprobados después de la fecha de la transmisión podrán hacerse valer frente al cesionario cuando éste no tenga la posibilidad de participar en el proceso de negociación de dichos convenios colectivos celebrados después de la transmisión».

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos de delimitan el supuesto de hecho

En anteriores ocasiones ya hemos comentado que la doctrina jurisprudencial y de suplicación ha venido señalando que el artículo 43 del ET contempla un supuesto de interposición en el contrato de trabajo, en virtud del cual el empresario real aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. También se ha hecho referencia a la finalidad que el precepto persigue cual es la de hacer coincidir la relación laboral real con la formal. En otros términos, que quien sea el efectivo empresario asuma las obligaciones que como tal le corresponden impidiéndose la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías cuando aparecen empresarios ficticios insolventes. Pero lo anterior, según indica la **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2013 ILJ 726/2013** «no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí, la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los trabajadores. Así lo han reconocido las STS/IV de 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2612) y 3 marzo 2000 (RJ 2000, 1601) (rec.14430/1999) que señalan en el artículo 43 del estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios».

Recuerda la Sala la complejidad de deslindar el fenómeno de la descentralización productiva (artículo 42 ET) cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria y una cesión prohibida (artículo 43 ET), especialmente, en aquellos casos en los que se recurre a la contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio ilegal de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario siendo dificultoso establecer el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva. En estos casos, como señala la Sala, los Tribunales vienen recurriendo a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración complementarios que tienen un valor indicativo u orientador para el órgano juzgador, entre los que cabe citar los siguientes: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, la realidad empresarial del contratista (existencia de capital, patrimonio, estructura productiva, etc.). Sin embargo, en ocasiones, estos criterios no son suficientes, en aquellos casos en los que la cesión prohibida opera entre empresas reales cuando el trabajador vinculado contractualmente a una empresa presta servicios permanente para otra y bajo sus órdenes. Aplicando al caso enjuiciado los citados criterios doctrinales y jurisprudenciales la Sala no aprecia la cesión ilegal de mano de obra pretendida por el trabajador demandante, puesto que Atlas Servicios Empresariales, empresa para la que el actor prestó sus servicios es una empresa real, con organización y patrimonio propio, a la que pertenecían todos los medios materiales puestos a disposición del actor, siendo su personal el que impartía las órdenes de trabajo, datos todos ellos que evidencian la total vinculación del actor al ámbito rector y

organicista de la empresa referenciada y la ausencia de vinculación con la codemandada Zara Logística SA «En resumen, teniendo en cuenta que la gestión y la actividad realizada por el actor no se controla por la empresa codemandada Zara Logística SA, sino por la empresa para la que el actor vino prestando servicios desde el 15 de diciembre de 2010, que la codemandada Atlas Servicios Empresariales SA, es una empresa real, con organización y patrimonio propio, a la que pertenecían todos los medios materiales puestos a disposición del actor, siendo su personal quien le impartía las órdenes de trabajo, todos estos datos evidencian la plena sujeción u supeditación del demandante al ámbito rector y organicista de la referida empresa Atlas SA dándose la ausencia de toda vinculación real del trabajador con la codemandada Zara Logística, lo que pone de manifiesto la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra».

B) Efectos de la cesión ilegal: extensión a las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de la empresa cesionaria y los percibidos por la empresa cedente

Declarada judicialmente la cesión ilegal el artículo 43.4 ET determina que los derechos y obligaciones del trabajador incorporado a la empresa cesionaria «serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal». Sin embargo, la norma no se pronuncia acerca del alcance retroactivo de los derechos retributivos del trabajador incorporado planteándose ésta como una cuestión controvertida.

En el caso de autos la **STS de 4 de julio de 2013 (u.d.) ILJ 827/2013** ha de determinar si los efectos de la cesión ilegal reconocida entre las empresas Universidad de La Coruña y la Delegación Provincial de Orense de la Vicepresidencia Da Igualdad E Do Benestar se extienden al derecho de los trabajadores afectados por la cesión a percibir, con efecto retroactivo a la declaración judicial que reconoce la cesión ilegal, las diferencias salariales no prescritas entre los salarios de la empresa cesionaria (Vicepresidencia Da Igualdad E Do Benestar) y los percibidos en la empresa cedente (Universidad de La Coruña).

El TS estima la pretensión de los trabajadores aplicando al caso la doctrina contenida en la sentencia de contraste (STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2012, rec. 4225/2008). En ella, como aclara la Sala del TS, se describe perfectamente la línea evolutiva seguida en la interpretación jurisprudencial del artículo 43 ET. «Dicha evolución comienza en la Sentencia de 15/11/1993 (RCUD 1294/1993), que niega el derecho impetrado porque “las consecuencias económicas pedidas no están acogidas en tal disposición” (artículo 43 ET); dicha doctrina se matiza ya en la Sentencia de 21/03/1997 (RCUD 3211, 1996) que sí concede las diferencias salariales reclamadas pero con el argumento de que no todas las cesiones ilegales son iguales sino que deben distinguirse los casos en que se está ante empresas reales o ante una empresa real (la cesionaria) y otra interpuesta ficticia (la cedente), en cuyo caso “la ruptura de la simulación debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal, salvo las que puedan derivar de las normas sobre prescripción”. Un giro importante es el que da la sentencia de 14/09/2001 (RCUD 2142, 2000) en la que, reconociendo que existen esos dos tipos de cesiones ilegales –por empresa real o por empresa aparente– concluye que ambos son mecanismos interpositivos

contemplados en el artículo 43 del ET, con los efectos correspondientes. Dice así en su FD Cuarto: “El fenómeno interpositivo puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios”. Sin embargo, dicha sentencia no se pronuncia sobre el tema que estamos debatiendo, pues no era objeto de consideración, lo que sí hace ya –y éste es el último paso de la evolución– la sentencia de 30/11/2005 (RCUD 3630, 2004), que es la de contraste, en la que, aplicando ya esa última doctrina a un caso de reclamación salarial idéntico al que ahora debatimos y en el que la cesión ilegal se había producido por una empresa real, estima que dicha reclamación es procedente, integrando así el silencio del artículo 43 al respecto.

Quinto.–Dicha doctrina contenida en la sentencia de contraste ha sido posteriormente refrendada en la de 05/12/2006 (RCUD 4927, 2005), cuyo Fundamento de Derecho Segundo dice así: “... la doctrina anterior de la Sala se había centrado en la opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores –en la versión vigente a efectos de la presente reclamación que es anterior a la reforma del Real Decreto-Ley 5/2006– señalando que esta opción sólo tiene sentido ‘cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva’. Pero con las sentencias de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositiva que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción –como lo será normalmente– por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aún en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión”».

JESÚS CRUZ VILLALÓN
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ