

III. EMPRESARIO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. EMPRESARIO.

A) **Concepto de empresario a efectos laborales.**

2. GRUPO DE EMPRESAS.

A) **Responsabilidad solidaria: criterios para declarar su existencia.**

3. CONTRATAS.

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

B) **Responsabilidad solidaria de la empresa principal.**

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

A) **Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal**

5. CESIÓN ILEGAL.

A) **Diferencias con la contrata.**

B) **Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza.**

C) **Cómputo del plazo para reclamaciones salariales en supuestos de cesión ilegal.**

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.

A) **Concepto de transmisión.**

B) **Subrogación prevista en Convenio Colectivo.**

C) **Subrogación del empresario por acuerdo entre empresas y representantes de los trabajadores.**

D) **Cómputo de antigüedad en supuestos de subrogación empresarial.**

E) **Un convenio colectivo extraestatutario no puede sustituir al convenio colectivo de la empresa cedente.**

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 5 a 8 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 620 a J 1224) 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, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada Sala, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

1. EMPRESARIO

A) Concepto de empresario a efectos laborales

Como motivo de sendas reclamaciones por despido realizadas por dos trabajadores que prestaron servicios alternativamente para dos empresas que forman parte de un grupo de empresas, se reclama la extensión de la responsabilidad en el pago de las indemnizaciones correspondientes, a un empresario individual que adquirió las participaciones de una de las sociedades condenadas, con anterioridad al momento en que se produjeron las extinciones contractuales, calificadas como improcedentes por la sentencia de instancia. En opinión de los recurrentes, la conjunción en una misma persona del cargo de administrador social y propietario de las mencionadas participaciones en el capital de la empresa, le convertiría en verdadero empresario de los trabajadores despedidos, a los efectos de aplicación del art. 1.2 ET. Por tal motivo, la sentencia de instancia, en opinión de los trabajadores, debió haber hecho uso de la doctrina del levantamiento del velo, para extender la responsabilidad por despido a dicha persona. La STSJ de Andalucía de 23 de marzo, *IL J 936*, niega dicha posibilidad por entender insuficientes los motivos alegados, pues para el Tribunal:

«[...] no procede extender la responsabilidad al empresario individual D. Serafín, porque el mero hecho de que adquiriera las participaciones de Fotosherry, SLU con anterioridad a las extinciones contractuales ejercitadas y sea administrador social de la misma no le otorga personalidad jurídica autónoma independiente, por lo que no puede ser considerado empleador conforme al art. 1.2 del ET» **STSJ de Andalucía de 23 de marzo, IL J 936.**

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, a pesar de lo cual la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicio-

nalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no produce efectos jurídicos sobre las relaciones laborales de quienes prestan servicio en alguna de las empresas del grupo. Las empresas que componen un grupo empresarial poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos y, por ello, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Únicamente cuando se trata de grupos ficticios y, por tanto, a los lazos económicos que vinculan a las sociedades del grupo se adicionan otros elementos organizativos, como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo. La mayor dificultad para quienes aspiran a que se reconozca la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo estriba en la acreditación de estas circunstancias. La **STSJ de Andalucía de 23 de marzo, IL J 936**, se ve obligada a abordar esta cuestión ante la reclamación de dos trabajadores, que habiendo prestado servicio alternativamente en dos empresas que forman parte de un grupo, una de ellas ya cerrada por decisión empresarial, solicitan se extienda la responsabilidad hacia las otras empresas del grupo en el pago de sendas indemnizaciones por despido. En opinión del Tribunal, el hecho de que ambos trabajadores prestaran servicios alternativamente en las empresas codemandadas, no es suficiente para determinar que entre las empresas afectadas se produce confusión de plantillas y, por tanto, no puede considerarse la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales:

«Pues bien, aplicando estos criterios jurisprudenciales al caso que nos ocupa fue certera en parte la sentencia combatida en la solución que adoptó, pues de los inalterados datos que constan en la sentencia, tanto en los hechos como en los fundamentos de derecho, no se desprende que las empresas demandadas formen ningún grupo de empresas, pues no existe un funcionamiento organizativo común, ni confusión de patrimonios, ni de plantillas, ni que los trabajadores actores hayan prestado servicios en todas ellas, sino que siempre lo hicieron para Fotosherry, SLU» **STSJ de Andalucía de 23 de marzo, IL J 936.**

En el mismo sentido, desestimatorio de la pretensión de aplicación de un mismo convenio colectivo al conjunto de los trabajadores que prestan servicios en distintas empresas que forman un grupo de empresas, se pronuncia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la resolución de un conflicto colectivo presentado contra un grupo editorial, por no concurrir las notas exigidas por la jurisprudencia en la materia.

«Identificadas las líneas de fuerza, exigidas por la jurisprudencia, para que concurra un grupo de empresas, al que deba considerarse propiamente empresario real de los trabajadores, debe descartarse que concurran en el supuesto debatido, aunque se haya acreditado pacíficamente que las empresas demandadas constituyen un grupo de empresas, cuyo liderazgo corresponde a Diario *El País*, SL, lo que constituye un aspecto irrelevante, porque la unidad de dirección del grupo de empresas, así como la coincidencia de accionistas, carece de incidencia para la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales (por todas, STS 21-12-2000, rec. 4383/1999; STS 26-12-2001, rec. 139/2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4-1999, rec. 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí (SSTS 20-1-2003, rec. 1524/2002 y 3-11-2005) puesto que se ha demostrado claramente que cada una de las empresas codemandadas tiene su propia dirección y su propia estructura organizativa, disponiendo, además, de los medios materiales y personales precisos para eje-

cutar eficiente y autónomamente sus funciones empresariales, no habiéndose demostrado tampoco, que haya movilidad generalizada dentro de las empresas del grupo, probándose únicamente que algunos prejubilados se mantuvieron inicialmente en Diario *El País*, SL, aunque la actividad, en la que prestaban servicios se hubiera segregado, puesto que se trata de una incidencia menor, causada con toda probabilidad por una simple confusión, que se subsanó inmediatamente después de la actuación de la Inspección de Trabajo, quien no levantó siquiera Acta de infracción, limitándose a anotarlo en el Libro de Visitas, no habiéndose probado finalmente la nota de confusión patrimonial, debiendo concluirse, por tanto, que no estamos ante un grupo de empresas, al que corresponda realmente la condición de empleador» SAN de 16 de junio de 2010, IL J 1215.

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

El TS desestima la existencia de cesión ilegal en un supuesto de externalización de servicios de informática en una empresa del sector financiero. El contrato entre la empresa principal y la contratista informática preveía el desarrollo de diversos proyectos, entre los que se encontraba el servicio de mantenimiento de las aplicaciones de sistemas de información de gestión al que fue destinado el trabajador demandante, que realizó dichas labores durante un período de seis años, hasta que la entidad financiera decidió sustituir a la empresa contratista. El demandante formaba parte de un grupo de diez trabajadores que realizaba estas tareas en el centro de trabajo de la empresa financiera, ajustándose al horario del convenio colectivo de la empresa informática, utilizando los equipos informáticos del banco, cuyo alquiler era pagado por la empresa de informática. El demandante, en ocasiones, participaba de cursos de formación junto al personal del banco, tomaba las vacaciones en los períodos en que ambas empresas acordaban y poseía códigos de acceso y correo electrónico distintos a los de los empleados del banco. A pesar de que la sentencia recurrida calificó la prestación de trabajo del demandante como cesión ilegal, entendiendo que las cláusulas del acuerdo de externalización pretendían eludir los mecanismos de protección de trabajadores, que no constaba que el pago del arrendamiento del material informático se hubiese realizado jamás y que el servicio de mantenimiento que realizaba el actor formaba parte de la gestión del sistema operativo de la empresa que le obligaba a tener un conocimiento de la dinámica empresarial de la entidad bancaria. En definitiva, la tesis de la sentencia recurrida es que se daban suficientes elementos indiciarios para considerar probado un nivel de integración del trabajador en la empresa de tal intensidad, que su prestación de trabajo debía ser considerada cesión ilegal. Ninguno de estos argumentos convenció al Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, considera que la solución ajustada a derecho de la cuestión sometida a controversia es la que se ofrece en la sentencia de contraste. Para el Tribunal Supremo, el supuesto enjuiciado es un caso típico de externalización de actividades que corresponden a la propia actividad de la empresa, negocio lícito expresamente previsto en el art. 42 ET.

En concreto, para el Tribunal Supremo:

«Aunque expresada en términos en los que abundan los tecnicismos que dificultan la comprensión, es claro, y así lo viene a reconocer la propia sentencia recurrida, que la actividad

del actor en el centro de trabajo de BBVA no es ficticia sino que corresponde a una labor de comunicación informática con los empleados que pertenece a la gestión normal y habitual del propio sistema operativo de la empresa, dando servicio a la multiplicidad de sucursales y operarios de ella. Esta pertenencia a la propia actividad de la empresa comitente no es jurídicamente anómala o ilegal, como entiende la sentencia impugnada, sino que integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la dinámica empresarial de ésta, introduciéndose a veces en toda la gama de comunicaciones que existen dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse, como parece entender la sentencia recurrida, a un objeto residual o accesorio, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Por lo demás, es patente en el caso, a la vista de los hechos probados resumidos en el fundamento segundo, que, como viene exigiendo la jurisprudencia y acoge ahora el art. 43.2 ET, la empresa contratista tiene entidad y actividad propias; que en la relación de trabajo con el actor, entablada antes de la contrata con BBVA, se mantienen los lazos del poder de dirección habituales en los supuestos de subcontratación; y que INDRA ha puesto en juego sus medios personales y materiales en el desempeño de la actividad contratada por encargo del BBVA, sin que sea relevante a tal efecto el que el equipo informático utilizado para dicha labor fuese alquilado a la propia entidad bancaria. En este contexto, la falta de constancia en los hechos de los recibos del abono de tal alquiler de maquinaria consentiría tal vez una sospecha o suspicacia más o menos fundada, pero no constituye un indicio ni de inexistencia de dicho contrato de arrendamiento, ni tampoco, con mayor razón, de inconsistencia de la labor contratada. Lo mismo puede decirse de la falta de constancia de penalizaciones por incumplimiento, las cuales presuponen como es obvio que el incumplimiento haya tenido lugar, lo que no tiene por qué haber ocurrido» STS de 15 de abril de 2010, u.d., IL J 910.

B) Responsabilidad solidaria de la empresa principal

La STSJ de Murcia de 23 de marzo de 2009, IL J 814, resuelve la cuestión litigiosa en torno a si cabe imponer la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2 ET por las reclamaciones salariales realizadas por una administrativa que trabajaba para una empresa que tiene como objeto social las excavaciones y movimientos de tierra. Esta empresa fue contratada por otra empresa, con objeto social similar, para la realización de zanjas y pozos de bombeo de registro de aguas para una tercera empresa cuyo objeto social es el estudio, concesión, construcción y explotación de toda clase de obras. Debe tenerse presente que, aunque expresamente la regulación legal no lo contempla así, viene siendo opinión generalizada que la responsabilidad en caso de subcontratación se limita a los trabajadores que participan en la realización de la contrata, quedando por tanto al margen de esta garantía aquellos otros que, perteneciendo a la plantilla de la empresa subcontratista, se dedican a otras tareas. Precisamente en esta línea se pronuncia la sentencia que traemos aquí a comentario. La cuestión puede tener interés en la medida en que en estas empresas los empleados administrativos pueden realizar labores de soporte para distintas contratas, sin quedar plenamente vinculadas a ninguna de ellas, quedando por tanto al margen de las garantías previstas en el art. 42 ET.

En esta ocasión el Tribunal entiende que no corresponde condenar a las empresas demandadas, por haber quedado acreditado que la trabajadora nunca estuvo adscrita a la contrata:

«Al amparo del apartado c) del art. 191 LPL se argumenta por la parte recurrente infracción del art. 42 ET. Motivo que debe ser estimado habida cuenta que el recurso se centra exclusivamente en la trabajadora doña Andrea, que efectivamente su labor fue exclusivamente administrativa, concretamente auxiliar administrativa, y por tanto nunca estuvo desempeñando funciones en la obra en sí. Lo que significa que no pudo estar adscrita a la obra que la empresa recurrente tenía subcontratada, que precisaba exclusivamente trabajadores de obra pero no personal administrativo» **STSJ de Murcia de 23 de marzo de 2009, IL J 814.**

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal

La **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704**, resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, por un accidente sufrido por un trabajador en misión contratado como mozo de almacén, que desempeñaba funciones de carretillero sin haber recibido la formación necesaria. El Tribunal exime de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal por entender que no incurrió en irregularidad alguna; en opinión del Tribunal, el trabajador accidentado no había sido contratado para realizar las labores de carretillero, si la empresa usuaria encomendó estas labores al trabajador en misión, lo hizo incumpliendo el contrato de puesta a disposición. A mayor abundamiento, las facultades de dirección y control de la actividad laboral corresponden a la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios (art. 15 LETT) y, por ello, es responsable de la protección en materia de prevención de riesgos laborales y, por tanto, del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo (art. 16). Por su parte, a la empresa de trabajo temporal le corresponde la obligación de formar al trabajador según las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar, especialmente en lo referente a los riesgos profesionales (arts. 11 y 12 LETT); pero, es evidente, que la formación requerida debe ser la correspondiente al puesto de trabajo que consta en el contrato de puesta a disposición, no pudiendo exigirse una formación para puestos de trabajo para los que no ha sido contratado dicho trabajador.

«Pues bien, a la vista de la anterior regulación y lo que dispone el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, no cabe sino concluir que la empresa de trabajo temporal recurrente, tal y como han quedado configurados los hechos probados, en donde no se viene a discutir por ninguna de las partes el contenido de la actividad propia de un mozo de almacén y la de un carretillero con formación en el uso y manejo de carretillas elevadoras (la sentencia afirma con rotundidad que no era la actividad para la que fue contratado el trabajador, lo que implica que se asume la distinta categoría profesional) no ha incurrido en una infracción o norma de seguridad que le sea imputable y que haya podido contribuir al siniestro sufrido por el trabajador accidentado. Basta con destacar que la contratación del trabajador lo fue como mozo de almacén y que el accidente de trabajo tuvo lugar cuando

desempeñaba funciones de carretillero, manejando una carretilla elevadora. Esta alteración de funciones es relevante en orden a determinar la condición de empresario infractor, a los efectos que aquí nos ocupan. Esto es, la empresa de trabajo temporal no puso a disposición de la empresa usuaria un trabajador para desempeñar la actividad de manejo de una carretilla elevadora, con lo cual la falta de formación que en esa actividad pudiera tener no era debida a un incumplimiento por parte de la empresa recurrente quien en ningún momento tenía obligación de formar al trabajador en ese ámbito de actividad laboral, al no ser el que motivó el contrato de puesta a disposición.

Como se ha dicho anteriormente, es la empresa usuaria la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y, a falta de incumplimiento por parte de la recurrente en orden a sus obligaciones frente a los trabajadores puestos a disposición de aquella que, además, haya contribuido a la producción del siniestro, no es posible declararle responsable del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social» **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704.**

5. CESIÓN ILEGAL

A) Diferencias con la contrata

La prohibición legal de la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa solamente queda exceptuada para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas (art. 43.1 ET). Cuando el tráfico prohibido se materializa a través de una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la demostración de la concurrencia de la cesión ilícita se hace más compleja, resultando decisivo, a efectos de delimitación, determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. Siguiendo esta técnica, la **STSJ de Justicia de Galicia de 12 de marzo de 2010, IL J 800**, declara la existencia de cesión ilegal en un supuesto de prestación de servicios de una trabajadora como técnica especialista de informática, por medio de sucesivos contratos de duración determinada celebrados con distintas empresas de servicios, para realizar dichas funciones en la consellería de pesca, marisqueo y acuicultura de la Xunta de Galicia. El Tribunal determina la existencia de cesión ilegal, asumiendo que las empresas contratistas se limitaron a ceder mano de obra sin poner en juego su organización, partiendo de hechos probados como que recibía las órdenes sobre su trabajo directamente del personal de la Xunta, que utilizaba los ordenadores y demás medios de trabajo de la Xunta, que solicitaba permisos y vacaciones a los responsables de la Xunta, que fichaba las horas de entrada y salida como los trabajadores de la Xunta y mantenía su mismo horario e incluso figuraba en el listín telefónico de la Consellería.

Similar condena se produce en otro supuesto, que afecta también a la Administración Autonómica Gallega. En concreto, se trata de un supuesto en el que el Tribunal, como hechos particularmente relevantes, considera probado que:

«el actor realizaba funciones propias de la administración, proporcionándole ésta los medios para su desempeño. Además, el demandante tenía a su disposición a dos administrativos proporcionados por la Xunta de Galicia;

que el poder de dirección ejercido por la Xunta de Galicia sobre la demandante es bastante más amplio que el de “coordinación de las actividades”, ya que su centro de trabajo radica en el edificio administrativo San Caetano, en el Servicio de Ayudas Estructurales; recibía órdenes de trabajo e instrucciones del Sr. Bruno, funcionario de la Xunta y Jefe de Servicio, quien autorizaba las vacaciones del actor y las coordinaba para que el servicio no quedase sin cubrir. Siendo el horario del actor el mismo que el del resto del personal del departamento;

que era la Xunta quien le proporcionaba los medios materiales, ordenador, programas, correo electrónico de la Consellería do Medio Rural, disponiendo incluso de una tarjeta identificativa expedida por la Xunta de Galicia con el título de autorización oficina técnica» **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2010, IL J 858.**

B) Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza

El Tribunal Supremo resuelve, en unificación de doctrina, sobre la posibilidad de que los trabajadores sometidos a cesión ilegal ejerciten la acción reclamando la naturaleza indefinida de la relación laboral en alguna de las empresas que intervienen en el tráfico ilegal, cuando en el momento del juicio oral prestan servicios para una nueva contrata que se ha subrogado en la actividad y respecto de los contratos de los trabajadores sometidos a cesión ilegal por la anterior contrata. La sentencia recurrida había negado dicha posibilidad, recogiendo la doctrina que sostiene que el art. 43.3 ET obliga a ejercitar la acción de fijeza que el precepto reconoce al trabajador cedido ilegalmente, mientras subsista la cesión (STS de 14 de septiembre de 2009, rec. 4232/08). En esta ocasión, el Tribunal Supremo, manteniendo la doctrina anterior, matiza algunos aspectos de ésta para declarar que el momento en el que este requisito debe cumplirse no es la fecha del juicio oral, sino la de la demanda en el juzgado de lo social, por aplicación de los arts. 410, 411 y 413.1 LEC.

«Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1.ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio *perpetuatio jurisdictionis*, artículo 411 LEC, los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC, desde la interposición de la demanda si luego es admitida —SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008—.

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia —art. 411 LEC— de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el art. 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquel precepto, no cabe que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas. Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que

habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto del juicio oral o el momento en que se dicta sentencia» **STS de 7 de mayo de 2010, u.d., IL J 1078.**

C) Cómputo del plazo para reclamaciones salariales en supuestos de cesión ilegal

El Tribunal Supremo se pronuncia nuevamente sobre esta materia, en unificación de doctrina, respecto de varias trabajadoras que, contratadas por una empresa de servicios mediante contrato de obra y servicio determinado, prestaban servicios en las dependencias de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Declarada por sentencia la cesión ilegal de estas trabajadoras y estimados improcedentes los despidos realizados por la empresa de servicios, las trabajadoras proceden a reclamar las diferencias salariales entre lo percibido y lo establecido en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía. La cuestión central a determinar es si la prescripción de la acción para reclamar dichas cantidades comienza a computarse desde la sentencia declarativa de la cesión ilegal o, por el contrario, debe computarse desde la fecha en que la retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para su pago. La sentencia se decanta por la segunda de las opciones que, manteniendo el efecto *ex tunc* de la resolución judicial, procede a ajustar su alcance económico a los efectos de la prescripción.

Con arreglo a la doctrina ya unificada (por todas STS de 24 de noviembre de 2004, rec. 6369/2003), «la tramitación de un procedimiento anterior en el que se postulaba un pronunciamiento declarativo no afecta a la obligación del actor a reaccionar en evitación de la prescripción porque ésta no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el momento efectivo para el pago.

La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva consigo desestimar el objeto de la pretensión que en el recurso se mantiene, pues como señala la STS de 1 de diciembre de 1993 para que opere la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 1973 del Código Civil, ambas acciones han de coincidir en objeto y causa de pedir pues no basta que ambas acciones tengan una indudable conexión causal si son inequívocamente diferenciadas en cuanto a su objeto, recordando también lo dicho en la STS de 17 de septiembre de 1990, debieron pedir no ya que se declarara sin más el derecho sino las consecuencias económicas que la aplicación de los preceptos legales correspondientes generaban, pues el ejercicio de aquella acción declarativa y de mera constatación del derecho no pudo interrumpir la prescripción de la otra acción de contenido económico que derivaba de ella» **SSTS de 15 de marzo y de 27 de abril de 2010, u.d., IL J 759 y J 1165.**

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El objetivo central que persigue la normativa laboral que regula las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. Se produce la transmisión cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, «entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (art. 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de las modificaciones en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2010, IL J 1075**, aborda un supuesto de cese de un auxiliar de notaría, que se produce por la negativa del nuevo titular de la Notaría a subrogarse como empresario. El Tribunal, reiterando un criterio que se encuentra ya sobradamente asentado en nuestros Tribunales laborales, considera no aplicable el art. 44 ET a las oficinas de notaría, sosteniendo que el notario no es titular de una organización de medios personales y materiales que pueda ser transmitida. La tesis del Tribunal se apoya en la especialidad de una relación, la del notario y los trabajadores de la notaría, condicionada por la función pública que desarrollan, aunque no aclara suficientemente en qué medida las particularidades que de ella se desprenden, conducen a la inaplicación del mencionado precepto:

«El Notario no es el titular de una organización de medios personales y materiales que, al traspasar la Oficina correspondiente en la que vino prestando la función pública que le corresponde, pueda generar un fenómeno de sucesión empresarial, puesto que sus sucesivos nombramientos y consiguientes traslados dependen del Gobierno del Estado y, tampoco él, se convierte, por el hecho de su nombramiento para una concreta Notaría, en titular del conglomerado organizativo que caracteriza a la misma, sino en mero depositario de su Protocolo y simple cabeza visible y directora de la función pública —que no servicio público en estricto sentido— que en dicha Oficina se desarrolla» **STSJ Castilla-La Mancha de 26 de mayo, IL J 1075**.

B) Subrogación prevista en Convenio Colectivo

Cuando la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 44 ET no es posible por ausencia de transmisión de los elementos que determinan la cesión de una entidad económica que mantiene su identidad, tal como exige el mencionado precepto, es posible establecer obligaciones de subrogación en el convenio colectivo aplicable. Es el caso típico de la negociación colectiva de actividades que habitualmente se producen mediante contrata de obras o servicios, aunque en algunos de estos supuestos sí cabe transmisión de empresa en el sentido legal del término y, por tanto, subrogación por imperativo legal. En estos supuestos de contratas en los que no resulta aplicable el art. 44 ET, la subrogación sólo cabe por vía de acuerdo, sea éste individual o colectivo. Cuando ésta se produce por vía colectiva, la subrogación se dará en las condiciones y con los efectos expresamente previstos en el convenio colectivo que la recoja y sea de aplicación. A modo de ejemplo, resulta frecuente que la subrogación no opere para el conjunto de los trabajadores, exigiéndose requisitos

de antigüedad, o que se exija a la empresa saliente que haga entrega de la documentación relativa a los trabajadores empleados en la contrata.

La **STSJ de Castilla y León de 17 de junio, IL J 796**, aborda un supuesto de sucesión de contratas de limpieza de edificios y locales, en el que no se produce la subrogación de una trabajadora por encontrarse en situación de incapacidad temporal, incumpliendo con la obligación establecida en el convenio colectivo vigente. En el mismo sector de actividad, la **STSJ de Madrid de 21 de mayo, IL J 1444**, aborda un supuesto en el que la negativa de subrogación empresarial se justifica en el incumplimiento de los requisitos de antigüedad previstos en el convenio. Por su parte, la **STSJ de La Rioja de 25 de mayo de 2010, IL J 1116**, determina que la contrata entrante debió subrogarse parcialmente en el contrato del trabajador demandante, que prestaba servicios de limpieza en distintos centros de trabajo. Por su parte, la empresa saliente no debió extinguir el contrato del trabajador, en la medida en que alguno de los centros de trabajo donde prestaba servicio ha permanecido bajo su gestión:

«Eulen, S.A. en su condición de empresa entrante debió cumplir con las obligaciones que en materia de subrogación de personal se describen en las normas mencionadas, normas que le resultan de aplicación al ser una empresa de limpieza sometida a su ámbito, y la negativa a asumir al trabajador, no es sino una manifestación expresa de su voluntad de no mantener una relación de trabajo, lo que es tanto como afirmar que es la expresión de una decisión de despido cuya calificación sólo puede ser la de improcedente al no existir tampoco causa alguna para ello.

Así las cosas, la empresa Soldene SA debió mantener la relación de trabajo con el demandante en aquellos centros ahora adjudicados en los que el actor trabajaba, y la nueva adjudicataria Eulen SA debió subrogarse en la posición de la anterior adjudicataria respecto del trabajador, en aquellos centros en los que prestaba servicios y que ahora le habían sido adjudicados, y no habiendo cumplido con estas obligaciones, sus decisiones sólo pueden ser calificadas de despido improcedente, resultando ser ajustada a derecho la decisión adoptada por la sentencia de instancia, siendo evidente, porque así se desprende de la propia resolución recurrida, que pese a la responsabilidad solidaria de ambas empresas, en la relación interna de esa solidaridad, cada una responderá conforme al alcance de su incumplimiento» **STSJ La Rioja de 25 de mayo de 2010, IL J 1116**.

La condena por despido improcedente por negativa a la subrogación se repite en la **STSJ de Murcia, de 24 de mayo de 2010, IL J 1141**, en un supuesto de sucesión de contratas de gestión de instalaciones deportivas pertenecientes a una entidad local. La peculiaridad del caso resulta del hecho de que en esta ocasión también había sido demandada la entidad local. La inaplicación del art. 44 ET determina la absolución de la Administración Pública, pues no siendo tampoco aplicable el convenio colectivo, no existe obligación alguna de subrogación:

«En consecuencia: a) La desvinculación de la empresa AFS respecto del contrato del actor, comunicada mediante carta de fecha 30-11-2008, es constitutiva de despido improcedente y procede condenar a la misma a la readmisión del actor hasta la fecha del 02-03-2009 en la que, por adjudicación de la nueva contrata, la empresa Ferrovial Servicios SA estaba obligada a subrogarse en la titularidad de dicho contrato, la sentencia recurrida en cuanto exo-

nera de responsabilidad a dicha empresa vulnera el art. 25 del Convenio así como el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores b) La falta de subrogación en la titularidad del contrato del actor por parte de la empresa Ferrovial Servicios S.A. con fecha 30-11-2008 es constitutiva de despido improcedente, por lo que procede condenar a dicha empresa a que, a su opción o bien proceda a la readmisión del actor, o bien dé por extinguida la relación de servicios con el pago de la indemnización que prevé el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores. c) Procede absolver al Ayuntamiento de Cieza de las consecuencias derivadas del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia recurrida, en cuanto establece la responsabilidad del Ayuntamiento, vulnera los arts. 25 del Convenio de referencia y el 44 del Estatuto de los Trabajadores» **STSJ de Murcia de 24 de mayo de 2010, IL J 1141.**

C) Subrogación del empresario por acuerdo entre empresas y representantes de los trabajadores

El TSJ de Castilla y León estudia la posibilidad de aplicar el art. 44 ET en un supuesto de cesión de trabajadores por acuerdo entre las empresas y la representación de los trabajadores, con mantenimiento de la naturaleza de sus contratos, su antigüedad y categoría profesional. Uno de los trabajadores afectados solicita el mantenimiento de los salarios fijados en la empresa cedente, por aplicación de dicho precepto; por su parte, la empresa entiende que dicha norma no resulta aplicable y, por tanto, cumplió con todas sus obligaciones en esta materia, al limitarse a respetar lo establecido en el acuerdo de cesión. El Tribunal desestima la aplicación de la norma estatutaria por considerar que no se cumplen los elementos objetivos establecidos en el precepto, sin detenerse a considerar que no es necesario que se transmita la empresa con todos sus elementos, que es posible la transmisión de una parte de la empresa, o que en actividades intensivas en mano de obra la transmisión puede producirse sin presencia de elementos materiales, con la cesión de un número relevante de trabajadores.

«En aplicación de dicha doctrina, al caso presente, estando en presencia de una subrogación empresarial, con determinados efectos pactados al momento de producirse la misma, lo que ha existido es un traspaso o cesión de los trabajadores de una empresa a otra, pero no una sucesión empresarial, al no producirse una transmisión de todos sus elementos como lo demuestra el hecho probado de que Fico Traspar SA sigue existiendo como empresa independiente, pues mantiene su patrimonio, maquinaria e instalaciones» **STSJ de Castilla y León de 22 de abril de 2010, IL J 1067.**

D) Cómputo de antigüedad en supuestos de subrogación empresarial

El art. 44.4 ET establece la obligación de la empresa cesionaria de mantener las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de la empresa cedente. Esta obligación no tiene carácter indefinido en el tiempo, pues los trabajadores afectados por la transmisión deberán acomodarse a las condiciones establecidas en el convenio colectivo que con posterioridad a la cesión haya sido acordado y les sea aplicable. Ahora bien, una cosa es que se aplique el complemento de antigüedad establecido en el nuevo convenio, y otra cosa bien distinta es que el cómputo de la antigüedad se inicie a partir del momento en que se produce la transmisión, eliminando los años que el trabajador prestó servicios en la empresa

cedente. Esta cuestión ha sido resuelta a favor de la primera de las opciones, a partir de los argumentos que siguen:

«El cambio de convenio colectivo como consecuencia de la sucesión empresarial determina que haya de aplicarse el nuevo convenio colectivo, con abandono de la regulación precedente, pues el artículo 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador (...).

Por ello, una vez que se aplica el nuevo convenio colectivo respecto del cual se ha producido una adhesión expresa, el complemento de antigüedad ha de reconocerse en los términos que se establezcan en ese nuevo convenio, computándose la antigüedad desde el inicio de la relación laboral, que es única, aunque haya habido subrogación empresarial, y por esto, la empresa no puede excluir la antigüedad adquirida en las anteriores empresas o establecer alguna diferencia en su abono, ni siquiera sobre la base de afirmar que conforme a los anteriores convenios de aplicación a la trabajadora se haya mantenido otro método de cálculo del complemento» **STSJ La Rioja de 15 de abril 2010, IL J 982.**

E) Un convenio colectivo extraestatutario no puede sustituir al convenio colectivo de la empresa cedente

Conforme a lo establecido en el art. 44.4 ET, la empresa cesionaria está obligada a mantener las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente respecto de los trabajadores afectados por la cesión, hasta que se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa. Esta obligación se mantiene incluso cuando vencido el convenio se encuentra en fase de ultraactividad. La cuestión resuelta en el caso comentado es si un convenio extraestatutario, aplicable en la empresa cesionaria, puede realizar esta función de sustitución del convenio colectivo de la empresa cedente o si dicha operación únicamente puede ser llevada a cabo mediante convenio colectivo estatutario. El Tribunal Supremo se inclina por la segunda de las posiciones, negando la naturaleza de fuente de la relación laboral de estos acuerdos:

«[...] estos pactos no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y, finalmente, dado que de estimarse lo contrario prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo que quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios *ex art. 37.1 CE*» **STS de 12 de abril de 2010, IL J 906.**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO