

III. EMPRESARIO

Sumario:

- 1. Consideración preliminar. 2. Empresario.** A) No procede la extensión de la condena por levantamiento del velo en la fase de ejecución por actos anteriores al juicio.
- 3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo. B) Necesidad de acreditar la situación económica negativa respecto de todas las empresas en las que el trabajador despedido económicamente ha prestado servicios.
- 4. Contratas.** A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa. B) La fijación de condiciones económicas en pliego de condiciones no vulnera el derecho de igualdad retributiva.
- 5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Alcance objetivo del principio de igualdad retributiva.
- 6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios. B) Alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración de cesión ilegal.
- 7. Sucesión de empresas.** A) Sucesión de empresa por cambio de titularidad del negocio. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo. C) No procede responsabilidad empresarial por el pago de prestaciones causadas con posterioridad a la subrogación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 733) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala

Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) No procede la extensión de la condena por levantamiento del velo en la fase de ejecución por actos anteriores al juicio

La legislación laboral española atribuye la condición de empresario a los receptores de la prestación de servicios realizada por los trabajadores por cuenta ajena, circunstancia que permite, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, extender la responsabilidad a quienes sin detentar la condición de empresarios desde la perspectiva formal, disfrutan materialmente de dicha posición en la relación laboral. Aunque resulta jurisprudencialmente pacífica la posibilidad de hacer uso de dicha técnica para extender la responsabilidad a los sujetos que forman parte de los diversos órganos de administración integrantes de la estructura societaria frente a las reclamaciones por despido improcedente de que es objeto la sociedad administrada, siempre que quede suficientemente acreditada la motivación o finalidad fraudulenta, la discusión sobre el momento procesal en que dicha extensión de la responsabilidad ha de instarse no desemboca en conclusiones unánimes. En concreto, el TS ha debido pronunciarse sobre la posibilidad de dirigir la acción ejecutoria de una sentencia por despido contra la persona del administrador de la sociedad condenada, a pesar de que éste no había sido demandado inicialmente y, por tanto, excluido de la sentencia condenatoria cuya ejecución se pretende. De un lado, la parte recurrente sostiene la imposibilidad de ejecutar en la persona de quien no fue condenado por la sentencia en la fase declarativa, consecuencia que deriva directamente de un principio de defensa procesal básico rector del proceso judicial, que impide efectuar pronunciamientos de condena a quien no ha tenido la posibilidad de ser oído en la fase de condena. De otro lado, debe traerse a colación la doctrina jurisprudencial (STS de 24 de febrero de 1997) que, con el objetivo de asegurar la ejecución en los supuestos en que hechos posteriores a la celebración del juicio hacen imposible la finalización adecuada del procedimiento, permite la sucesión en la posición de sujeto ejecutado, posibilidad que encuentra apoyo legal en el artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La STS de 25 de enero de 2007, u.d., I.L. J 80, vuelve sobre la cuestión debatida para negar la posibilidad de aplicar dicha doctrina cuando los hechos que determinan la extensión de la responsabilidad empresarial se derivan de conductas anteriores a la fecha de celebración del acto del juicio. El fallo reitera la vigencia de la doctrina jurisprudencial que inspirada en el principio *pro actione*, contenido en el artículo 24 CE, permite reaccionar a los órganos judiciales en el procedimiento incidental de ejecución frente a actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, sin que para ello sea preciso iniciar un nuevo proceso. De este modo, aunque el TS mantiene la idoneidad del trámite incidental previsto en el artículo 236 LPL para declarar la existencia y el

alcance de la subrogación de un tercero en el lugar del condenado en la sentencia, dicha posibilidad queda limitada únicamente a los supuestos en que los hechos constitutivos de la sucesión empresarial tienen lugar con posterioridad a la fase de alegaciones del juicio.

“Pero no puede llegarse a la misma solución cuando la extensión de la condena pretenda llevarse, por la vía de la denominada teoría del levantamiento del velo, en supuestos en los que los hechos determinantes de la pretendida responsabilidad, de tercero no incluido en la ejecutoria, deba derivarse de actos y conductas anteriores al juicio y que en él debieron ventilarse. La admisión de esa tesis equivaldría a la posibilidad de una cadena indefinida de intentos de ejecución, cuando el condenado en la sentencia deviene incapaz de hacer frente a las obligaciones que le fueron impuestas. No puede estimarse, por otra parte, que un hecho es nuevo por la mera afirmación del ejecutante de no haberlo conocido antes del juicio. En resumen, como norma general, una sentencia únicamente puede ejecutarse frente a la persona o personas que figuran condenados en ella. Excepcionalmente, se admite la posibilidad de ejecutar frente a terceros, en determinados supuestos de sucesión empresarial no discutida, posterior a la sentencia que se ejecuta. Mas, cuando se trata de hechos anteriores a la demanda, debieron hacerse constar en ella, según lo dispuesto en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria” (STS de 25 de enero de 2007, u.d., I.L. J 80).

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo

Como ya hemos comentado en números anteriores, la vinculación entre empresas pertenecientes a un mismo grupo no ha de tener, en principio, trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales. La extensión de responsabilidades laborales al conjunto de las empresas que componen el grupo exige la paralela concurrencia de adicionales circunstancias. Ello permite desestimar dicha posibilidad cuando no queda suficientemente acreditado un elemento intencional, esto es, que la creación del grupo ha sido “predeterminado a perjudicar a los trabajadores (...), pues conforme a la doctrina de aquél no es posible dar un tratamiento único a los diferentes casos de agrupación o vinculación de las empresas que existen en la vida económica actual, y el que diversas empresas realicen una, llamémosla así, política económica de colaboración no supone de manera inexorable la pérdida de su independencia; concluyendo, sólo puede declararse la existencia de tales unidades de empresa cuando aparece una configuración meramente artificiosa de empresas aparentes, sin sustrato real, para eludir responsabilidades con sus trabajadores” (STSJ de Valencia de 16 de enero de 2007, I.L. J 570).

La decisión del Tribunal no se comparte en todos sus términos de manera absoluta, pues en nuestra opinión, el TS no exige la existencia de empresas aparentes, pudiéndose declarar la responsabilidad solidaria de empresas reales, siempre que entre ellas se produzca unidad de dirección, unidad patrimonial o circulación de plantillas. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007, I.L. J 630, condena solidariamente a las empresas que forman parte del grupo de empresas, en un supuesto en el que el trabajador

suscribió sucesivos contratos por obra o servicio determinado con dos empresas que comparten domicilio social, actividad productiva, administrador solidario, vehículos, plantilla y cartera de clientes. En opinión del Tribunal,

“y concretando como elementos esenciales de la existencia de un grupo ilegítimo de empresas, determinante de la procedencia del levantamiento del velo, a fin de destruir la mera apariencia de diferenciación jurídica empresarial, dejando ver la realidad ilegítima que se esconde en el substrato de las mismas, las consistentes en: a) Prestaciones laborales indiferenciadas y simultáneas a las sociedades del grupo, b) Confusión patrimonial entre las diversas entidades, c) Apariencia exterior de una sola empresa, d) Dirección única y e) Abuso ilegítimo de las diversas personalidades jurídicas ofrecidas por cada empresa; deberá concluirse ratificando el pronunciamiento de instancia, ya que, en atención a los datos que resultan probados, anteriormente especificados, concurren todos y cada uno de los indicados presupuestos evidenciadores de la existencia de un grupo o unidad empresarial indiferenciada, pese al aspecto exterior dado al mismo, que legitima la responsabilidad solidaria de sus componentes en la forma decidida en la instancia” (STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007, I.L. J 630).

B) Necesidad de acreditar la situación económica negativa respecto de todas las empresas en las que el trabajador despedido objetivamente ha prestado servicios

La STS de 31 de enero de 2007, u.d., I.L. J 90, aborda la resolución de un recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre la calificación de dos despidos por causas económicas. En concreto, el TS debe pronunciarse sobre si la acreditación de la situación económica negativa de la empresa debe extenderse al conjunto de las empresas en las que los trabajadores prestaron servicio indiferenciadamente y que conforman un grupo laboral de empresas según ha declarado la sentencia de instancia; o, si por el contrario, la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo por la vía del artículo 52.c) ET queda suficientemente justificada por la acreditación de las dificultades económicas de la sociedad que acuerda dicho despido.

Como en anteriores pronunciamientos, el TS entiende que las causas empresariales aducidas por la empresa “probablemente serían suficientes para justificar los despidos de las demandantes, si hubiera sido la única entidad empleadora de la misma. Están acreditadas pérdidas cuantiosas en ejercicios sucesivos en su cuenta de pérdidas y ganancias, y, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tales números rojos constituyen el supuesto más típico de ‘situaciones económicas negativas’ que enuncia el artículo 52.c) ET al referirse a las causas económicas (en sentido estricto) de los despidos objetivos por necesidades de la empresa. La incidencia desfavorable de esta causa económica se ve agravada en el caso por la concurrencia simultánea de una causa productiva, que es la terminación de un contrato de concesión (...).

Pero en el supuesto concreto examinado, la acreditación de los hechos anteriores no basta, teniendo en cuenta no ya sólo las relaciones de grupo existentes (...) plenamente

demostradas en la narración fáctica que figura en la sentencia recurrida, sino también, y sobre todo, el hecho de que las actoras prestaron servicios indistintamente para una y otra sociedad. En estos supuestos de prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos, como ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo (STS de 31 de diciembre de 1991, recurso 688/1990), ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad. A estas situaciones apunta lo dispuesto en el artículo 1.2 ET, que califica como empresarios a las personas físicas y jurídicas y también a las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados. La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador” (STS de 23 de enero de 2007, u.d., I.L. J 90).

4. CONTRATAS

A) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata administrativa

El TS, en SSTs de 5 y 6 de marzo y 2 y 3 de abril de 2007, u.d., I.L. J 361, 396, 499, 458 y 516, se ha visto obligado a solventar en unificación de doctrina una serie de recursos relativos a la validez de una pluralidad de contratos de obra o servicio determinado realizado por la empresa TRAGSA, a la sazón adjudicataria del servicio de prevención y extinción de incendios de la Generalidad Valenciana, con diversos trabajadores cuyo objeto era la prevención y extinción de incendios forestales. Los contratos de trabajo, concertados por períodos sucesivos de un año de duración, se suscribían el 1 de enero y terminaban el 31 de diciembre de cada año con la firma del correspondiente finiquito y la percepción de las pertinentes indemnizaciones por terminación del contrato. Los trabajadores demandantes, quienes sostienen la naturaleza habitual y permanente de la actividad de prevención de incendios forestales, solicitan que el Tribunal declare fraudulentos los contratos realizados por aplicación indebida del artículo 15.1.a) ET. La pluralidad y extensión de los pronunciamientos permite fijar con claridad la línea jurisprudencial adoptada en la materia, expresada en torno a los siguientes argumentos:

“1) el contrato para obra o servicio determinado tiene por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta (STS de 22 de octubre de 2003, recurso 107/2003); 2) esta modalidad contractual puede ser utilizada tanto en el supuesto de una obra “entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin o de un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización como en el supuesto de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, como es el caso de una actividad que se presta por encargo de

un tercero y mientras se mantenga dicho encargo (STS de 22 de octubre de 2003, recurso 107/2003); 3) a lo anterior no cabe objetar el que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa o que dicha actividad constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, ya que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en el contrato de trabajo cuya calificación se discute (SSTS de 18 de diciembre de 1998, recurso 1767/1998; 28 de diciembre de 1998, recurso 1766/1998; 8 de junio de 1999, recurso 3009/1998), y 4) en el presente caso, al igual que en el de la Sentencia de 6 de octubre de 2006 (citada) existe para TRAGSA una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Generalidad mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollando (STS de 6 de octubre de 2006, citada)” (STS de 6 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 396).

La validez de los contratos temporales realizados por la empresa contratista no puede justificarse en la inexistencia de una obra a ejecutar, entendida ésta como la elaboración de un producto determinado mediante la ejecución de un proceso de trabajo que se inicia y finaliza en sendos momentos determinados, o en la ausencia de prestación de un servicio determinado, entendido éste como una obligación de hacer que concluye con su materialización. Si bien éstos son los supuestos típicos amparados por el artículo 15.1.a) ET, el contrato de trabajo por obra o servicio determinado en dicha letra normado posee un mayor ámbito objetivo de regulación, que se extiende también a la cobertura de las necesidades de empresarios contratistas caracterizadas por su naturaleza temporal, siempre que dicha situación pueda definirse mediante elementos objetivos y sea conocida por las partes en el momento de la contratación. La vinculación de la duración del contrato de trabajo a la duración de la relación contractual que obliga a una empresa a realizar un servicio para otra empresa o para una Administración Pública cumple con ambos requisitos, en la medida en que la finalización de dicha relación funciona como límite temporal previsible. De esta forma, el contrato de trabajo por obra o servicio determinado celebrado entre trabajador y empresario permanecerá vigente mientras se mantenga la vigencia del encargo realizado por un tercero. A tales efectos, resulta indiferente que los trabajos en cuestión constituyan o no la actividad normal de la empresa principal o tengan carácter permanente, porque ni la naturaleza normal ni su cualidad de permanente inciden en el carácter temporal de la necesidad de trabajo para el empresario contratista, “pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato” (STS de 3 de abril de 2007, u.d., I.L. J 516).

“Pero la cuestión que se suscita en el presente recurso ha sido ya resuelta por la Sentencia de 6 de octubre de 2006, que se pronuncia sobre un recurso, en el que con cita de la misma sentencia de contraste se plantea un supuesto muy similar en relación con una pretensión de fijeza de otro trabajador de la misma empresa. El recurso del demandante se desestima, porque, aunque efectivamente la actividad de prevención y extinción de

incendios se configure como una actividad normal y permanente de la Administración, no sucede lo mismo desde la perspectiva de la empresa TRAGSA, pues para ella la prestación del servicio viene determinada por la vigencia de la concesión o la contrata con la Administración competente, lo que crea para la empresa concesionaria o contratista una necesidad de trabajo temporalmente limitada y es ésta además una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible, en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste. En este sentido se destaca también que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato” (STS de 5 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 361).

B) La fijación de condiciones económicas en pliego de condiciones no vulnera el derecho de igualdad retributiva

La STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548, no observa vulneración de los derechos de igualdad retributiva de los trabajadores en la aceptación por la empresa contratista de las condiciones de trabajo establecidas en un pliego de condiciones, aunque tal circunstancia suponga la aplicación de condiciones de trabajo diferentes en la empresa contratista: superiores para los trabajadores afectados por la contratación vinculada al pliego de condiciones de referencia e inferiores para el resto de los trabajadores de la empresa contratista cuyas relaciones de trabajo se seguirán rigiendo por lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. Como es conocido, la determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por supuestos de transmisión de empresa es regulada por el artículo 44.4 ET, que determina la continuidad del convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión a los trabajadores afectados por ésta, situación que deberá mantenerse hasta la expiración de dicho convenio o, en su caso, la entrada en vigor de otro convenio aplicable a la entidad económica transmitida. La aplicación del artículo 44 ET a supuestos de sucesión de contratas es generalmente admitida, siempre que la transmisión, efectivamente, afecte a “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (artículo 44.2 ET). En el supuesto analizado, la sentencia de instancia negaba la posibilidad de aplicar dicho precepto a un supuesto de contrata administrativa. El TSJ de Andalucía, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia del TS (STS de 27 de octubre de 2004) y del TJCE (Sentencia Hernández Vidal y otros), recuerda, no sin mostrar sus dudas, la obligación de aplicar el artículo 44 ET a supuestos de sucesión de contratas en actividades intensivas en mano de obra, siempre y cuando “la empresa cesionaria aportaba iguales elementos que la precedente, dirección del servicio y trabajadores, produciéndose por la vía de sucesión de contratos un cambio de titularidad de la organización” (STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548). Pero la aplicabilidad del artículo 44 ET al supuesto no resuelve la controversia principal en este caso, cual es la posibilidad de aplicar las condiciones de trabajo previstas en el pliego de condiciones. Para ello el Tribunal se ve obligado a comparar estas condiciones con las establecidas en el convenio colectivo aplicable, pues la aplicación de las primeras no puede ir en detrimento de los derechos de los trabajadores. Conviene no pasar por

alto el hecho de que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por la transmisión es el objetivo principal de la intervención legislativa comunitaria en la materia. Así parece desprenderse de los razonamientos realizados en los párrafos que siguen, aunque en ellos primen los aspectos civiles sobre los laborales:

“En este caso contemplado, si en el pliego de condiciones se hace referencia a la aplicación de un convenio colectivo distinto y su retribución y así se acepta y se estipula en el contrato que se firma, tal estipulación no deviene contraria a la ley, ni con relación al convenio aplicable, ni con relación a la retribución, pues en los pactos y condiciones contractuales suscritos entre el Excmo. Ayuntamiento y la recurrente, nada obsta a que se establezca como condición, en este caso por razones históricas de procedencia de las trabajadoras, la aplicación de un convenio determinado y su retribución, cuando como es el caso se establecen distintos cánones económicos para retribuir a estas trabajadoras fundado en condiciones especiales ya que, aceptadas tales condiciones por la recurrente, hacen que el cumplimiento devenga obligatorio para la empresa que expresamente las acepta, al adjudicarse el contrato de prestación de ayuda a domicilio que suscribió con el Excmo. Ayuntamiento del Puerto de Santa María, siempre que mejore las condiciones de trabajo y retribución respecto a las normas legales o convencionales de aplicación, pero no por la vía del artículo 44 ET, sino conforme establece el artículo 3 del ET en relación con el artículo 1257.2 del CC, resolver de otra manera implicaría un enriquecimiento injusto para la empresa que licitando sobre unas condiciones y retribuciones pactadas superiores, satisface cantidades inferiores” (STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548).

Si, como puede deducirse de los hechos probados, las condiciones de trabajo mejoran las que derivan de la aplicación del convenio colectivo, la norma laboral no debe impedir al empresario el estricto cumplimiento de sus compromisos contractuales; tampoco, en este supuesto, cabe la invocación de un supuesto derecho a la igualdad retributiva con respecto al resto de los trabajadores de la empresa adjudicataria del servicio:

“Una última precisión, aunque no discutida que aparece en el tema debatido, como es respecto de la igualdad en la retribución de los trabajadores en general de la contrata, declarando la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 34/2004 (Sala Primera), de 8 de marzo, recurso de amparo núm. 813/2001 y las que en ella se citan, que “el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad aunque esta autonomía venga mediatizada por el cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato” (STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2007, I.L. J 548).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Alcance objetivo del principio de igualdad retributiva

El TS se pronuncia sobre el ámbito objetivo de la obligación de las ETT de igualar las retribuciones de los trabajadores puestos a disposición a las percibidas por los trabajadores de la empresa usuaria. En concreto, se trata de determinar si los trabajadores de la empresa de trabajo temporal que han prestado servicio en una entidad bancaria tienen derecho a percibir la compensación por ayuda alimentaria en la cuantía que dicha empresa, por decisión colectiva, aceptó abonar a sus trabajadores. Conviene recordar, como con acierto hace el fallo comentado, que la letra del artículo 11.1 LETT hace referencia “a la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable”. Nuestra jurisprudencia (STS de 25 de septiembre), siguiendo un criterio finalista, extiende la garantía prevista en dicho precepto a las cantidades acordadas en convenios colectivos extraestatutarios, cuando sean de aplicación generalizada en la empresa usuaria. A pesar de lo dicho, si, como no ha sido discutido en la instancia, el complemento en cuestión tiene origen en una decisión unilateral del empresario de carácter colectivo, parece preciso analizar también lo, a estos efectos, previsto en el convenio colectivo aplicable, en concreto, el contenido del artículo 32 del Convenio:

“En cuanto a la alegación del artículo 32 del Convenio, hay que tener en cuenta que éste establece que, a efectos de la equiparación de retribuciones con la empresa usuaria y con el fin de clarificar el concepto legal de Convenio Colectivo aplicable, serán de aplicación las retribuciones establecidas en los Convenios Colectivos de carácter estatutario o extraestatutario, así como pactos o acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa usuaria. Es cierto que la garantía queda referida a los convenios colectivos en sentido amplio, sin comprender las decisiones unilaterales del empresario, que como condiciones más beneficiosas, pueden determinar el contenido de la relación de trabajo, pero si la función del precepto es garantizar la igualdad de retribuciones entre el personal de la empresa usuaria y el de la empresa de trabajo temporal que presta servicios en aquella, la asimilación debe comprender también las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo. Así se desprende claramente del párrafo tercero del propio artículo 32.1 del Convenio, que sólo excluye de la asimilación retributiva los pactos individuales y los complementos *ad personam*, no vinculados al puesto de trabajo, con lo que la condición más beneficiosa de carácter colectivo o mejora voluntaria colectiva queda incluida en la garantía, aunque no derive de acuerdo, sino de decisión unilateral del empresario” (STS de 7 de febrero de 2007, I.L. J 193).

Por otra parte, el recurso alude a un nuevo motivo, cual es la naturaleza extrasalarial del complemento litigioso, destinado únicamente a quienes realizan una jornada partida, y, por este motivo, en opinión del recurrente, al margen del ámbito de protección del artículo 11 LETT. Se da la circunstancia de que el criterio jurisprudencial, STS de 18 de marzo de 2004, en relación con un complemento de incapacidad temporal, no aceptó la equiparación de aquél por tratarse de una percepción que se produce cuando el contrato

de trabajo está suspendido, entendiéndose que el artículo 11 de la LETT no se aplica a un complemento no salarial no vinculado al puesto de trabajo.

En esta ocasión, el TS se ve obligado a matizar tan amplia exclusión, que pudiera conducir a resultados indeseados que limitaran el impacto material de las garantías establecidas en la norma legal o en los convenios colectivos, dejando al margen del paraguas protector ofrecido por aquéllas un buen número de conceptos económicos. Para el órgano juzgador, insistiendo en el criterio finalista, lo importante no es la discusión sobre la naturaleza, salarial o extrasalarial del concepto, sino la relación existente entre dicho complemento y la realización de trabajo, al objeto de satisfacer el cumplimiento del objetivo, a su juicio, perseguido por el legislador: “que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo”. Dicha interpretación obliga a considerar incluidos en el ámbito de aplicación de la garantía retributiva objeto de litigio, los gastos realizados por el trabajador con motivo de la ejecución de la prestación laboral, es decir, las indemnizaciones y suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral. En palabras del Tribunal Supremo:

“En cualquier caso, aunque, por hipótesis, se aceptara su carácter no salarial, lo cierto es que la percepción que aquí se analiza presenta características distintas de las propias de un complemento de incapacidad temporal, pues se abona en función de la realización efectiva del trabajo y está vinculada a un puesto de trabajo que ha de desempeñarse en jornada partida. Pero, por una parte, hay que observar que tanto el artículo 11 LETT como el Convenio Colectivo de empresas de trabajo temporal se refieren a las retribuciones y no al salario, y la noción de retribución –recompensa o pago de una cosa, según el Diccionario de la Lengua– es más amplia que la noción salario –remuneración de la prestación de trabajo–. Es necesario tener además en cuenta que dentro de la noción genérica de los conceptos no salariales hay una amplia gama de percepciones cuya función es distinta. Así, en una enumeración no exhaustiva habría que distinguir 1º) las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, 2º) las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial y 3º) las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Pues bien, lo que se ha querido lograr mediante la reforma realizada por la Ley 29/1999 en el artículo 11 de la LETT es que el resultado económico obtenido por el trabajador de la empresa de trabajo temporal mientras presta servicios en la empresa usuaria no sea inferior al que obtiene el de la empresa usuaria por el mismo trabajo. Ello determina que la equiparación no puede detenerse en el salario, sino que tenga que comprender, para ser efectiva, la compensación de los gastos realizados precisamente en función de la prestación de trabajo, es decir, los comprendidos en el grupo 1º de la anterior enumeración, aunque no se extienda a los otros dos grupos, en la medida en que ya no se trata de percepciones vinculadas directamente con el trabajo. Por todo ello, hay que concluir que la ayuda alimentaria está comprendida en la garantía de la equiparación” (STS de 7 de febrero de 2007, I.L. J 193).

Por el contrario, y a pesar de conocer la doctrina sobre la materia mantenida por el TS (STS de 18 de marzo de 2004), la STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 645, parece alejarse de la línea marcada por ésta, reconociendo el derecho de un trabajador en misión a percibir el complemento correspondiente al subsidio por incapacidad temporal previsto en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria. En nuestra opinión, el argumento de mayor peso, únicamente aplicable al caso resuelto, es el que sostiene que “el propio convenio colectivo para las empresas de trabajo temporal establezca un complemento por incapacidad temporal que únicamente alcanza al personal de estructura de esas empresas (...), y no a los contratados para ser cedidos a empresas usuarias, puesto que esa diferencia de trato sólo se justifica adecuadamente si tenemos en cuenta que estos últimos disponían ya de ese complemento, en términos incluso más beneficiosos para ellos, como fruto de la garantía legal que examinamos” (STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 645).

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad en cambio abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. La complejidad se incrementa si se trata de comparar la doctrina de los órganos jurisdiccionales, a los efectos de viabilidad de un recurso de casación para la unificación de la doctrina, como se ve obligado a señalar expresamente el Tribunal Supremo, circunstancia que impulsa al Tribunal a analizar el fondo de la discusión, más allá de lo que es habitual en estos supuestos, para dilucidar si con los hechos probados puede afirmarse o no que entre las empresas afectadas por el litigio existe independencia funcional, organizativa y material, para finalizar rechazando la existencia de contradicción entre la sentencia aportada y la recurrida:

“La comparación de supuestos de las sentencias cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores, para establecer el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones substancialmente iguales, ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico y, ello ocurre en el caso de autos. Sin embargo, en el presente recurso mientras la sentencia combatida parte de que la empresa que aparece como arrendataria de servicios no es titular ni propietaria de ningún bien o instrumento productivo relativo a la prestación de tales servicios por los actores, perteneciendo aquéllos a la empresa arrendadora, en cambio la sentencia de constaste afirma y, ello es trascendental, que la empresa arrendataria, es una organización independiente

de cualquiera otra empresa externa y que tiene un amplio objetivo estatutario como el de (...) montaje, instalación, mantenimiento, explotación y reparación de (...) telecomunicación, megafonía, telefonía, sistemas dirigidos por ordenador, *software* y programas o bases de datos para la gestión empresarial e industrial así como sus piezas, elementos o accesorios y cuya actividad no coincide en su totalidad con la de la empresa arrendadora sino sólo en una parte, que es precisamente la que utilizó esta última como apoyo al contratar una parcela de su actividad. Además también destaca esta sentencia, la independencia funcional, organizativa y material que presenta también en el aspecto humano.

Todas estas circunstancias de independencia funcional, organizativa y material que presenta también en el aspecto humano, que recoge la sentencia de contraste y, que fueron determinantes para rechazar la existencia de cesión ilegal, son ajenas a la sentencia combatida, que llega a la conclusión de que la empresa que aparece como adjudicataria de los servicios de la contrata se limitaba a una simple aportación de mano de obra" (STS de 17 enero de 2007, u.d., I.L. J 18).

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 18 y 24 de abril de 2007, u.d., I.L. J 454 y 611:

"De las anteriores particularidades de la prestación de servicios por parte de los trabajadores en el caso de la sentencia de contraste y las relaciones existentes entre las empresas principal y contratista se desprende que la intensidad o la implicación directa en la gestión, o el control empresarial por parte de la contratista era significativa en la sentencia recurrida y en absoluto en la de contraste, lo que llevó a las resoluciones comparadas a decisiones distintas, pero en absoluto contradictorias, puesto que analizaron y valoraron jurídicamente hechos totalmente diferentes, que condujeron en el caso de la primera a entender que no se había producido la cesión ilícita de mano de obra a que se refiere el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y a lo contrario en la segunda" (STS de 18 de abril de 2007, u.d., I.L. J 454).

Por el contrario, cuando bajo la cobertura formal que ofrece la contrata de obras y servicios, se produce la cesión de un trabajador que se inserta en la organización de la empresa principal, participando de las labores de ésta como un trabajador más de la propia plantilla, puede considerarse que el fenómeno interpositorio prohibido se ha producido y procede la declaración de responsabilidad solidaria prevista en el artículo 43 ET, sin que la aportación de los elementos materiales para la realización del trabajo por la empresa auxiliar impida por sí solo la aplicación de dicho precepto. En este sentido, se pronuncia la STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007, I.L. J 579, en un supuesto en que queda probado que "la empresa que formalmente contrató al trabajador demandante, Desmontes, Infraestructuras y Transportes, SL, cuenta con una actividad empresarial propia, que es titular de un patrimonio y de una organización estables y que puso a disposición de Cemex España, SA una pala y un camión, pero ello, como ha quedado dicho, no excluye por sí solo la posibilidad de que se produzca el supuesto de hecho contemplado en el artículo 43 ET. En efecto, el resto de los hechos declarados probados en la sentencia nos

conducen a entender que se ha producido el fenómeno interpositorio prohibido por el citado precepto y además con una finalidad claramente defraudatoria de los derechos del trabajador. En efecto, se cuenta en ella que el actor desde el mismo momento en que fue contratado por Desmontes, Infraestructuras y Transportes, SL se insertó en la organización empresarial de Cemex España, SA, de tal manera que se le encomendó una tarea que poco tiene que ver con el objeto social de aquélla —que se centra, fundamentalmente, en la excavación y movimientos de tierras y en la ejecución de obras de urbanización—, y que, sin embargo, es una parte integrante del proceso productivo de Cemex España, SA, como es la de cargar materiales desde el vertedero y transportarlos a la tolva donde son descargados. También se relata algo que es de suma importancia, y es que el demandante en la ejecución de la referida tarea participaba como un trabajador más de Cemex España, SA, en el sistema de turnos rotatorios que esta empresa tenía establecido, pues se trata de una actividad que se desarrolla durante las veinticuatro horas del día (hecho probado 9º) y que las órdenes que recibía eran las emanadas del jefe de turno de Cemex España, SA (hecho probado 6º) hasta el punto de que no había ningún responsable ni encargado de Desmontes, Infraestructuras y Transportes, SL (hecho probado 7º) pues sólo de vez en cuando acudía alguien de esta última empresa a recoger los partes de trabajo del actor. Por último debemos hacer hincapié en el hecho de que en el presente caso aparece una clara finalidad defraudatoria en la actuación de ambas empresas, pues es evidente que el salario que percibía el actor por su trabajo de 1.312,60 euros, era muy inferior al establecido en el convenio colectivo de Cemex España, SA para un trabajador de su misma categoría profesional de palista de 1ª que ascendía a 2.298,23 euros, en definitiva pues y como ya se adelantó, la sentencia de instancia lejos de infringir los preceptos citados por las empresas recurrentes, realizó una correcta aplicación de ellos al supuesto controvertido, por lo que debe ser confirmada con la lógica desestimación de aquellos recursos" (STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007, I.L. J 578).

B) Alcance temporal de los efectos económicos derivados de la declaración de cesión ilegal

Declarada judicialmente la existencia de una cesión ilegal entre dos empresas, y ejercitada por el trabajador la opción de permanecer en la plantilla de la empresa cesionaria, el TS debe pronunciarse sobre el alcance temporal de los efectos económicos derivados de dicha declaración y, en concreto, sobre si el derecho a los salarios establecidos en la cesionaria opera desde el momento en que se ejerce la opción prevista en el artículo 43.3 ET, o si, por el contrario, dicho derecho puede extenderse a todo el tiempo que duró la expresada cesión ilegal. La sentencia se inclina por esta última posibilidad, si bien se reconoce que a dicho resultado se llega tras un proceso de evolución de la doctrina jurisprudencial española. En un primer momento, el TS distinguía entre empresario real y ficticio, señalando que el derecho de opción del trabajador únicamente era previsto en supuestos de cesión ilegal entre empresas reales, careciendo de sentido cuando la empresa cedente es ficticia (SSTS de 18 de marzo de 1994 y 21 de marzo de 1997); posteriormente, la más reciente jurisprudencia viene a sentar el criterio de que, desde el punto de vista de sus efectos, la unidad del fenómeno jurídico de la interposición convierte en irrelevante el hecho de que ambas empresas sean o no reales (SSTS de 14 de septiembre de 2001 y 17 de enero de 2002).

En el caso que nos ocupa, esta línea jurisprudencial se refuerza con el siguiente argumento:

“habida cuenta de que durante la cesión ilegal la vinculación laboral de las hoy trabajadoras demandantes recurrentes se produjo con la empresa cesionaria es lógico que la retribución de salarios a percibir por aquéllas se ajuste a la propia del Convenio Colectivo que rige en dicha empresa cesionaria, dado que el texto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, por más que pueda guardar silencio sobre este concreto extremo, no se opone a ello” (STS de 17 de abril de 2007, u.d., I.L. J 543).

Similar controversia puede observarse en otro supuesto, sólo que en esta ocasión el Tribunal Supremo se abstiene de entrar en el fondo del asunto, no apreciando la contradicción planteada en el recurso:

“La contradicción es inexistente porque la sentencia recurrida toma en consideración la Sentencia firme de 30 de enero de 2004 que declaró la existencia de cesión ilegal y determinó que los efectos de tal declaración se retrotrajeran al 30 de octubre de 2003 desplegando dicho pronunciamiento los efectos propios de la cosa juzgada y sin que la sentencia de contraste contemple un precedente igual” (STS de 22 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 401).

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Sucesión empresarial por cambio de titularidad del negocio

La regulación jurídico-laboral que ordena la transmisión de empresa fundamentalmente persigue garantizar el mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores afectados, no en vano ésa es precisamente la denominación que recibe la normativa comunitaria en la materia, de la que es deudora la regulación prevista en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de dicho precepto queda determinado por lo dispuesto en su apartado segundo, donde a tales efectos se considera que la transmisión se ha producido 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”. La posibilidad de aplicar dicho precepto en un supuesto de cambio de arrendatario de un local de negocio es analizada por la STSJ de Valencia de 9 de enero de 2006, I.L. J 580. El supuesto enjuiciado analiza el caso de una trabajadora que durante varios años prestó servicios como cocinera en un negocio de restauración, dándose el caso que el local en el que se ejercía dicha actividad había sido arrendado como local de negocio por el empresario. Posteriormente, el empresario decide finalizar la actividad correspondiente, mientras que otra persona suscribe con los propietarios del local un nuevo contrato de arrendamiento, que incluye el mobiliario necesario para realizar la actividad empresarial de restauración. Además de lo dicho, conviene tener

presente que entre la finalización de la actividad del primer empresario y la apertura del nuevo negocio, dedicado a la misma actividad, transcurrió únicamente el plazo de una semana. Los anteriores datos resultan suficientes para afirmar que la extinción del contrato de arrendamiento no debió producir la extinción del contrato de trabajo, pues si el nuevo inquilino, tras recibir los elementos materiales precisos, ha continuado la actividad empresarial, debió también mantener la relación laboral hasta entonces vigente, sin que la suspensión de la actividad empresarial durante un escaso período de tiempo permita alegar la inexistencia de relaciones laborales vivas. En palabras de la sentencia:

“En definitiva que en el supuesto que nos ocupa sí existió una clara sucesión empresarial pese a la extinción de un contrato de arrendamiento mantenido con un anterior arrendatario y la entrada de otro arrendatario nuevo y diferente al anterior, pues, junto al local, donde se desarrollaba la actividad de bar-cervecería, se han cedido también todas las instalaciones y elementos, tal y como se desprende del Anexo 1 al contrato suscrito y en el que se detallan todos los objetos traspasados para el funcionamiento inmediato del negocio, de ahí que se da la coincidencia en el desarrollo de la misma actividad comercial o industrial que se llevaba a cabo, antes y después de la cesión o traspaso del negocio, al proseguir, el nuevo empresario la misma actividad que se venía desarrollando en el bar, implicando ello la concurrencia de los dos elementos que para la transmisión o sucesión empresarial viene exigiendo la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno subjetivo, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo y, otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, que permite la continuidad de la actividad empresarial” (STSJ de Valencia de 9 de enero de 2006, I.L. J 580).

Por el contrario, cuando no se produce transmisión de elementos patrimoniales, entre los que, en contra de nuestra opinión, parece no incluirse la cesión de activos, o las relaciones de trabajo han sido extinguidas con anterioridad, no resulta aplicable el artículo 44 ET.

“La indicada cesión de activos por parte de INTEC, SL a ISI, SA que se acaba de exponer no basta para apreciar la existencia de sucesión empresarial entre ambas empresas por cuanto que aun admitiendo que ISI, SA asumió parte de la actividad desarrollada por INTEC, SL como lo evidencia que en el primer mes de actividad de ISI, SA el 96% de las ventas fueron efectuadas a clientes que con anterioridad lo fueron de INTEC, y que desde enero a mayo de 2001 el 97%, no se ha acreditado que la indicada cesión de activos implique la transmisión de una unidad productiva autónoma que es uno de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial (artículo 44 Estatuto de los Trabajadores). Por otra parte para que se produzca la sucesión empresarial entre ambas empresas es necesario que estén vigentes los contratos de trabajo de los trabajadores de INTEC, SL cuando los mismos pasan a prestar servicio para ISI, SA y en el presente caso dichos contratos de trabajo ya se habían extinguido mediante expediente de regulación de empleo, por lo que tampoco se da el segundo de los requisitos necesarios para apreciar la sucesión empresarial entre ambas mercantiles” (STS de Valencia de 16 de enero de 2007, I.L. J 570).

B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: la saliente incumplidora no puede imponer la subrogación

Cuando el cambio de titularidad de la contrata de servicios no es considerado sucesión de empresa, a los efectos previstos en el artículo 44 ET, los efectos subrogatorios en éste previstos pueden imponerse vía pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio, o bien por disposición del convenio colectivo aplicable. Ahora bien, cuando la subrogación empresarial se produce por aplicación del convenio colectivo habrá que estar a lo dispuesto en la correspondiente norma convencional para determinar los requisitos aplicativos y la extensión de la responsabilidad, no siendo aplicable, salvo expresa remisión, lo previsto en la norma legal. Los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento de la empresa entrante de cierta información sociolaboral relativa al personal afectado por la subrogación. El incumplimiento de alguna de estas obligaciones puede enervar la obligación de subrogación que en caso contrario pesaría sobre el empresario entrante, perdiendo la empresa saliente incumplidora la facultad de imponer en tal supuesto la subrogación. Por otra parte, el incumplimiento de la empresa saliente no debe perjudicar los intereses de los trabajadores afectados, cuyas relaciones laborales no han de quedar automáticamente extinguidas por causa de finalización de la contrata. Por último, la nueva adjudicataria tiene la obligación de hacerse cargo de los trabajadores afectados, claro está, siempre que concurren los supuestos convencionales de subrogación. A partir de dichas premisas, la resolución de cada caso en buena medida depende del estudio de la regulación convencional, cuyo contenido debe determinar la naturaleza de los requisitos formales, los efectos del incumplimiento de las obligaciones en el proceso de transmisión, o de la ausencia de pronunciamiento del trabajador. En el supuesto objeto de estudio:

“La primera conclusión que hay que establecer es que el cumplimiento de esa obligación no es un requisito constitutivo de la subrogación, porque no se concibe como tal en los apartados A) y B) del artículo 14, que son los que definen el supuesto de hecho de la norma. En este sentido es significativo que la obligación de información se contemple de forma independiente en el apartado C) del artículo y no en los apartados A) y B) del artículo 14, que son los que definen el supuesto de hecho de la norma. Se trata de una obligación relacionada con la aplicación del proceso de subrogación, que no es un proceso que opere de forma automática, pues el artículo 14.C).2 permite su neutralización por la empresa saliente. Por otra parte, la subrogación no crea sólo derechos para la empresa saliente (su facultad de extinguir su vínculo laboral con los trabajadores afectados), sino también para el trabajador (su derecho de incorporarse a la nueva adjudicataria). Por ello, hay que concluir que si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento de su deber de información por parte de la empresa saliente no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabajador, haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación. El trabajador podrá instar su incorporación a la nueva adjudicataria, aunque tendrá que acreditar los hechos que fundan su pretensión. Pero la empresa saliente no podrá por sí misma extinguir los contratos de trabajo de los

trabajadores y deberá responder de los perjuicios que su omisión haya producido tanto a la nueva adjudicataria, como a los trabajadores. De ahí que el incumplimiento del deber de información permita a los trabajadores afectados mantener su relación con la empresa saliente o instar su incorporación a la nueva adjudicataria.

Si se aplican estas consideraciones al presente caso, se llega a la conclusión de que el trabajador no ha optado claramente por la subrogación desde el momento en que la demanda por despido se dirige contra las dos empresas –adjudicataria saliente y nueva adjudicataria–, sin establecer ninguna prioridad sobre con cuál de ellas se quiere restablecer la relación laboral. Por otra parte, es decisivo que el demandante se haya conformado con la condena de Prosegur, consintiendo plenamente la absoluciónde Seguridad Integral Canaria. En esta circunstancias Prosegur, que ha incumplido su obligación de información, no puede imponer la subrogación y, en consecuencia, el recurso debe ser desestimado” (STS de 6 de marzo de 2007, u.d., I.L. J 278).

C) No procede responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones causadas con posterioridad al momento de la transmisión

La responsabilidad, en los supuestos de sucesión de empresa, aparece en el artículo 44, del Estatuto de los Trabajadores, que en la redacción anterior a la introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, establecía que “el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos ínter vivos, el cedente y, en su defecto, el cesionario, está obligado (...) respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, y que no hubieran sido satisfechas”. En la modificación introducida por la citada Ley 12/2001 se mantiene la redacción originaria del precepto, si bien se añade, a continuación de “obligaciones laborales” lo siguiente: “(...) y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones en los términos previstos en la normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”, añadiendo el nuevo apartado 3 que “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos ínter vivos responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”.

Tanto en la regulación actual como en la anterior a la introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, el límite de tres años en la responsabilidad solidaria se refiere exclusivamente a las obligaciones laborales. En efecto, en la primitiva redacción el precepto expresamente aludía a obligaciones laborales, sin contener referencia alguna a obligaciones de Seguridad Social y, en la redacción actual, si bien se refiere a obligaciones de Seguridad Social, en el apartado 1, en el nuevo apartado 3 aclara dicho extremo, al disponer expresamente “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario (...) responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales (...)”.

Se hace pues necesario acudir a la regulación contenida en la legislación de Seguridad Social para fijar el alcance de la responsabilidad del cesionario en esta materia. El artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que es el aplicable atendiendo a que el período de falta de cotización es anterior a 1994, de contenido idéntico al artículo 127.2 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que “en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”.

“Es cierto que el incumplimiento de la obligación de cotización por parte de la Ikastola Izarraizpe Iraskaskntza Cooperativa se produjo en un período anterior a que la misma se integrara en la red de Centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, lo que ocurrió por Decreto 54/1994, pero no es menos cierto que la pensión se causó con posterioridad a que se produjera dicha integración, pues su fecha de efectos es de 7 de noviembre de 2003, por lo que siguiendo la doctrina unificada contenida en la Sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2004, recurso núm. 58/2003, el Gobierno Vasco no debe responder del pago de ese mayor porcentaje de la pensión de jubilación que corresponde a la actora, por la falta de cotización durante un determinado período en el que prestó servicios a la precitada Ikastola” (STS de 23 de enero de 2007, u.d., I.L. J 69).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO