

### III. EMPRESARIO

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Centro de trabajo.** A) Noción de centro de trabajo a efectos de determinación de la unidad electoral. **3. Grupo de empresas.** A) Elementos configuradores. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Concepto de propia actividad. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) Ejercicio del derecho de opción, readmisión o indemnización, en supuestos de cesión ilegal C) No procede el reconocimiento genérico de la antigüedad del trabajador en proceso por despido. **6. Sucesión de empresas.** A) No existe sucesión de empresa en supuestos de cambio de dependencias de la empresa principal. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: obligaciones de información. C) Subrogación empresarial protagonizada por una Sociedad Anónima Laboral. D) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio colectivo de la empresa cedente.

### 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 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 581) 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 aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. CENTRO DE TRABAJO

### A) Noción de centro de trabajo a efectos de determinación de la unidad electoral

La intención de realizar elecciones sindicales en unas instalaciones pertenecientes a una empresa de telecomunicaciones no reconocidas como centro de trabajo permite a la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008**, I.L. J 177, repasar la doctrina judicial sobre el concepto de centro de trabajo que, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 1.5, 62 y 63 ET, debe ser interpretado en sentido amplio para responder a la realidad social y empresarial, debiendo en todo caso descartarse la opción de dejar en manos empresariales, o en el supuesto que nos ocupa en manos sindicales, la decisión de aplicar de manera arbitraria el mandato legal. Si, conforme establece el artículo 1.5 ET, a efectos de dicha norma, y con carácter general, “se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”, la aplicación de dicha norma al caso objeto de litigio obliga a interpretar el alcance de cada uno de los elementos que componen la definición legal, tanto los considerados como requisitos materiales, autonomía técnica y autonomía organizativa, como el menos relevante por su naturaleza formal, alta ante la autoridad laboral. La sentencia comentada hace uso del contenido de la STSJ de Galicia de 29 de diciembre de 2006 y de algunos otros pronunciamientos judiciales, en los siguientes términos:

“Partiendo de esa definición legal, dicha STSJ de Galicia enuncia e interpreta los elementos del concepto de centro de trabajo así:

1º. Una unidad productiva. Tal elemento, que es de carácter material, alude a una autonomía técnica, que se da tanto en la unidad productiva donde se producen de manera acabada los bienes o servicios objeto de la actividad empresarial –organización vertical: cada unidad productiva comprende toda la producción–, como en la unidad productiva dedicada a una parte de la actividad empresarial –organización horizontal: cada unidad productiva asume una fase de la producción, o una parte del trabajo en que se divide la actividad empresarial–.

Las SSTs de 6 de abril de 1973 y de 26 de enero de 1988, han definido –a los efectos de lo dispuesto en el artículo 44 del ET– la unidad productiva autónoma como la unidad de explotación claramente diferenciada que constituye una unidad socio-económica de producción. Una definición que incluye las organizaciones empresariales verticales, horizontales o mixtas.

2º. Con organización específica. Tal elemento, que es de carácter material, alude a una autonomía organizativa superpuesta a la autonomía técnica. De esta manera, si concurren varias unidades productivas con una única organización específica, hay un único centro de trabajo, y no tantos como unidades productivas. Para concluir si una unidad productiva ostenta una organización específica se atiende a indicios: separación geográfica del resto de la empresa; distribución de funciones entre unidades productivas;

## III. Empresario

organigrama de personal de la unidad productiva –incluyendo, por ejemplo, a un responsable general–.

3º. Que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. Tal elemento, a diferencia de los anteriores de carácter material, es de carácter formal, en cierta manera ajeno a la realidad del centro de trabajo. Por ello, se considera su eficacia no constitutiva, sin perjuicio de eventuales infracciones administrativas a causa de la ausencia del alta –STS de Cataluña de 3 de octubre de 1997; STSJ de Madrid de 2 de abril de 1998–. Pero, aunque el alta no ostenta eficacia constitutiva, sí ostenta eficacia probatoria. De este modo, si el empresario no ha dado de alta el centro de trabajo, se puede acreditar su existencia si concurren los otros dos elementos materiales. Y si el empresario ha dado de alta el centro de trabajo, se presume *iuris tantum* su existencia, aunque se pueda probar en contrario la ausencia de los otros dos elementos materiales” (STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008, I.L. J 177).

Desde nuestro punto de vista, la mayor dificultad de la actividad judicial en estos supuestos radica en la diferenciación, a partir de los hechos probados, de los supuestos en los que se materializa una real autonomía organizativa y técnica, de aquellos otros en los que dichos elementos no están presentes. En otras palabras, puesto que no es posible determinar de manera apriorística cuándo una determinada organización empresarial actúa con la autonomía requerida, el juez deberá decidir caso por caso y a partir de determinados indicios si esta autonomía se produce de manera suficiente, sin perder de vista que toda organización empresarial presupone un cierto grado de subordinación técnica y organizativa entre las unidades que la componen. Es por ello que la aproximación al concepto debe realizarse siempre de manera flexible, sin que puedan establecerse requisitos de rígida aplicación. Así las cosas, en el supuesto de autos, el Tribunal adopta su decisión teniendo particularmente en cuenta datos como la separación material de la instalación objeto de litigio, el elevado número de trabajadores adscritos a ésta, la presencia de un responsable y de personal particularmente cualificado y la realización de determinados proyectos en parte o en su totalidad; por el contrario, no se consideran indicios decisivos la cercanía al centro de trabajo del cual depende formalmente o la ausencia de servicios propios de dirección técnica y recursos humanos.

“Así las cosas, centrados los términos del debate, de los hechos probados se infiere que en el Edificio Triángulo prestan sus servicios un número importante de trabajadores, 179, estando separado, aun cuando sea por una distancia pequeña de dos kilómetros, del centro de Arroyo de la Vega, estando destinado en dicho Edificio Triángulo un gerente o responsable perteneciente al Departamento de Desarrollo de Proyectos, además de personal técnico cualificado, realizando en totalidad, al menos en parte, determinados proyectos, como el denominado Banco Espíritu Santo, de donde se infiere concurren indicios para presuponer funciona como unidad productiva independiente, y con autonomía organizativa, aun cuando los servicios de dirección técnica y recursos humanos están centralizados en la sede de Arroyo de la Vega, y como el concepto de centro de trabajo no puede interpretarse de manera rígida, sino que ha de ser flexible y abierto, adecuándose a las nuevas técnicas que constituyen el proceso productivo, sin que, por lo demás, el alta administrativa tenga un carácter constitutivo, llegamos a la conclusión contraria de la sentencia de instancia, al tener el Edificio Triángulo de la calle San Julián 1 de Alcobendas la consideración de centro

de trabajo constituyendo una unidad electoral, por lo que, con estimación del recurso, desestimando la demanda, revocamos la sentencia” (STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008, I.L. J 177).

### 3. GRUPO DE EMPRESAS

#### A) Elementos configuradores

Aunque el ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático del grupo empresarial, sí es objeto de consideración por la jurisprudencia laboral en determinados supuestos. La constatación de que una pluralidad de empresas forman parte de un grupo de empresas no ha de producir efectos sobre las relaciones laborales que se desarrollan en su seno; si dichas empresas poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas, por más que entre las empresas que componen el grupo puedan establecerse vínculos accionariales relevantes a otros efectos. Únicamente cuando a tales lazos económicos 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 **STSJ de La Rioja de 8 de enero de 2008**, I.L. J 194, aborda dicha problemática en un supuesto en el que la sentencia de instancia estima las demandas presentadas por dos trabajadores que habiendo prestado servicios sucesivamente para varias empresas pertenecientes a un grupo de empresas solicitan la condena solidaria de todas ellas al pago de las correspondientes indemnizaciones por despido, al tiempo que estima la excepción de falta de legitimación planteada por la única empresa que mantiene actividad. Contra dicha sentencia el FOGASA interpone recurso de suplicación, solicitando la extensión de la responsabilidad solidaria a esta última empresa. La sentencia recoge la orientación doctrinal más arriba resumida en los siguientes términos:

“Este criterio de la independencia jurídica y patrimonial de las empresas agrupadas sólo se excepciona cuando, además de las notas típicas configuradoras del grupo (vínculos económico-financieros, gestión centralizada), concurren ciertos elementos adicionales que llevan a los tribunales a declarar la responsabilidad solidaria entre todas las sociedades integrantes del grupo, recurriendo para ello al levantamiento del velo de la personalidad jurídico-societaria, como instrumento eficaz para lograr decisiones justas cimentadas sobre una reconstrucción de la auténtica dimensión fáctica subyacente, más allá de los formalismos y apariencias jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociales que suelen ser difíciles de descubrir, así como la constitución de empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad. (...) Por ello, lo primero que debe resolverse es si existe o no grupo, para, sólo después, decidir si, además, ha de producirse el contagio o transmisión de la responsabilidad hasta poder hablar

de solidaridad en la misma. Es en este sentido que numerosas sentencias del Tribunal Supremo han aquilatado la doctrina de que la responsabilidad solidaria entre las sociedades pertenecientes a un grupo en orden al cumplimiento de las obligaciones laborales surge cuando existe: a) confusión de patrimonios sociales (principio de caja única) entre todas o algunas empresas aglutinadas; b) funcionamiento integrado o unitario del grupo de empresas, bajo unos mismos dictados y coordinadas, en el sentido de que es predicable de todas o algunas empresas aglutinadas el concepto de empleador, en cuanto ejerciente del poder de dirección; c) confusión de plantillas, que se revela en la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a varias sociedades del grupo, con independencia de cual sea la sociedad a la que estén formalmente adscritos los trabajadores; d) apariencia externa de unidad empresarial, que vincula frente a terceros a las sociedades que la provocan, y e) utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores” (STSJ de La Rioja de 8 de enero de 2008, I.L. J 194).

Pues bien, si bien la comunicación de responsabilidades únicamente se produce cuando pueda acreditarse un abuso del instituto de la personalidad jurídica, es claro que únicamente será posible si se acredita la existencia de dicho grupo, nunca en caso contrario. La posibilidad de condenar solidariamente a las empresas que forman parte de un grupo requiere un intenso esfuerzo probatorio, que no siempre queda al alcance de los trabajadores demandantes. En concreto, en el caso de autos se pretende la condena de una nueva empresa que continúa la actividad de las empresas del grupo, manteniendo a los mismos proveedores, haciendo uso del mismo logotipo y denominación comercial y del mismo pabellón comercial. A juicio del Tribunal, quizás podría haberse estimado la existencia de una supuesta sucesión empresarial, pero en ningún caso la gestión patológica de un agrupamiento empresarial, determinante de un abuso de derecho:

“de los hechos probados no se desprende que concurren en la codemandada New Truck Soluciones, SL las mismas circunstancias que en las restantes empresas ni que haya actuado en su actividad en conjunción con ellas, pues no hay dato alguno de que exista una confusión patrimonial o coincidencia de socios titulares entre dicha empresa con algunas de las empresas del grupo, ni funcionamiento unitario, ni que los trabajadores de ésta hayan realizado también su actividad, de modo indistinto, para las empresas del grupo (a lo que no puede equipararse que una trabajadora contratada por New Truck Soluciones, SL, hubiese prestado servicios anteriormente para las empresas del grupo) ni que los titulares o directivos realicen una confusa dirección de una y otras empresas, aunque haya coincidencia de identidad en la persona de uno de ellos. No hay, en definitiva, constancia alguna de una actividad simultánea de New Truck Soluciones, SL con las empresas del grupo en la que concurren de un modo suficiente los elementos que determinan la inclusión de dicha empresa en el grupo empresarial condenado que haga imponer a la misma la responsabilidad solidaria en el pago de las deudas laborales contraídas por las empresas del grupo, pues en definitiva lo que se acredita es la constitución de una nueva sociedad, sin que aparezca una transferencia patrimonial de las empresas del grupo a New Truck Soluciones, SL u otra actividad defraudatoria que permita deducir que la nueva empresa ha tenido por objeto eludir o hacer ineficaces las responsabilidades de las empresas del grupo” (STSJ de La Rioja de 8 de enero de 2008, I.L. J 194).

#### 4. CONTRATAS

##### A) Diferencias con la cesión ilegal

La complejidad práctica que implica la aplicación del régimen jurídico laboral previsto para contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET) tiene su origen en la paralela dificultad de diferenciar este fenómeno de las cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral, salvo cuando la empresa cedente es una Empresa de Trabajo Temporal (artículo 43 ET). Con toda probabilidad, en esta materia, el problema más importante se produce cuando la contrata tiene por objeto la prestación de servicios en el marco de la empresa principal, situación en la que en la práctica resulta tremendamente complejo diferenciar entre el mero suministro de mano de obra y una descentralización de servicios plenamente lícita. La actuación del empresario en la ejecución de la obra o servicio objeto de la contrata cobra a tales efectos una importancia decisoria, negándose la licitud del supuesto cuando la empresa contratista aporta la mano de obra sin ejercer los poderes de dirección propios del empleador, pero también cuando lo hace de manera meramente formal, ejerciendo como delegado de la empresa principal. La **STS de 4 de marzo de 2008**, u.d., I.L. J 109, aborda nuevamente dicha problemática en un supuesto en el que la TGSS contrata sus servicios de atención telefónica con una empresa del sector del telemarketing. Entre los hechos probados consta que los trabajadores de la empresa contratista atienden consultas de carácter general y llamadas de carácter informativo, cuyo exceso revierte al personal propio de la TGSS, teniendo código de usuario de personal externo y correo electrónico interno diferente a los funcionarios, aunque los ordenadores que utilizan pertenecen a la TGSS. Por su parte, la empresa contratista tiene un coordinador y una supervisora que está en contacto directo con un funcionario de la TGSS, para solventar cualquier incidencia que pueda surgir; coordinador y supervisora controlan el horario, los trabajos, fijan vacaciones y gestionan las bajas de los trabajadores de la contratista, empresa que también imparte la formación necesaria. El Tribunal, antes de entrar a estudiar si existe o no contradicción entre la sentencia recurrida y la presentada de contraste, realiza un extenso repaso de la jurisprudencia sobre la materia, cuyos aspectos más relevantes resumimos en los siguientes apartados:

1. La descentralización de servicios es plenamente lícita en el ordenamiento laboral español, siempre que la empresa contratista emplee sus medios personales y materiales, no en caso contrario.

“Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (así lo pone de manifiesto el artículo 42.1 ET) lo que supone —con carácter general— que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (STS de 27 de octubre de 1994, recurso 3724/1993); y habida cuenta de que los artículos 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina juris-

### III. Empresario

prudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas (STS de 17 de diciembre de 2001, recurso 244/2001). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa. Pero en la válida “externalización de la producción, la empresa principal se limita a recibir —con el lógico control— el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación es inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores” (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

2. La cesión ilegal de trabajadores puede producirse tanto entre empresas reales como entre una empresa real y una empresa ficticia.

“En la significación de la cesión ilegal, la Sala ha destacado en múltiples ocasiones que el artículo 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador, y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Y que la finalidad que persigue el artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio” (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

3. El hecho de que el personal haya sido contratado inicialmente para su cesión o ésta se produzca con posterioridad es irrelevante, a pesar de la redacción del artículo 43 ET.

“De igual manera se ha recordado en numerosas ocasiones que como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial [SSTS de 3 de octubre de 2005, recurso 3911/2004; 30 de noviembre de 2005, recurso 3630/2004; 17 de abril de 2007, recurso 504/2006, y 20 de julio de 2007, recurso 76/2006]; y que pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del

empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque ese lugar está ocupado por un titular ficticio (STS de 20 de julio de 2007, recurso 76/2006)” (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

4. La esencia de la cesión ilegal no reside en la inexistencia de la organización empresarial de la contratista, sino en que dicha organización, existente o no, no se ha puesto en juego en la ejecución de la obra o servicio objeto de contrata:

“Sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar —en el argumento sobre la falta de contradicción— que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante —a efectos de la cesión— consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales” (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

5. A efectos de prueba, resulta clave la actuación empresarial en el marco de la contrata; la empresa contratista debe ejercer materialmente su poder de dirección, no siendo suficiente un ejercicio formal de las facultades reservadas al empresario, pues esto le convertiría en mero delegado del empresario comitente:

“Asimismo ha puesto de manifiesto la Sala que en la apreciación de la figura, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque —excepcionalmente— el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTs de 14 de septiembre de 2001, recurso 2142/2000; 17 de enero de 2002, recurso 2863/2000; 16 de junio de 2003, recurso de casación para la unificación de doctrina 3054/2001, y 14 de marzo de 2006, recurso de casación para la unificación de doctrina 66/2005)” (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

6. Con todo, resulta obligado considerar en cada caso el contrato que vincula a los empresarios, las circunstancias en las que se desarrolla la ejecución de la contrata, la participación real de los empresarios implicados y la relación entre el empresario principal y los trabajadores de la empresa contratista:

“para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como

comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (STS de 30 de mayo de 2002, recurso 1945/2001)” (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

A partir de lo anterior, el Tribunal considera que entre la sentencia recurrida y la de contraste existen dos diferencias fundamentales: en primer lugar, el hecho de que en la sentencia recurrida el trabajo se desarrolle en dos plataformas, una propiedad de la contratista y otra que pertenece a la comitente, mientras que en la sentencia de contraste toda la actividad se desarrolla en el centro de trabajo de la comitente; en segundo lugar, la manera de retribución de la contrata, una cantidad fija por toda la campaña en el caso de la sentencia recurrida, mientras que en el caso de la sentencia referencial el pago se realiza por unidad de tiempo. Estas diferencias determinan el fallo, pues, en palabras de la sentencia:

“La primera de las diferencias no es intrascendente, pues aunque la prestación de servicios en locales de la principal consta en ambas sentencias, en el caso de la recurrida también se desarrolla parte del trabajo en un centro de la contratista, lo que pone de manifiesto la clara existencia de soporte empresarial. Y la segunda desigualdad tiene una relevancia aun mayor, puesto que representa un claro indicio —en la decisión de contraste— de que la aportación de la contratista se limitaba a la mano de obra, desde el punto y hora en que evidenciaba que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la facilitación de trabajo y su interposición aparece como una vía para degradar artificialmente la condición laboral de los trabajadores cedidos; lo que no ocurre en el caso ahora examinado, puesto que la existencia de un precio fijo por campaña —junto con el desarrollo de la actividad en plataforma propia de la contratista y la utilización de medios telefónicos también de su propiedad— evidencia la realidad empresarial del contratista y la puesta en juego de la organización empresarial” (STS de 4 de marzo de 2008, I.L. J 109).

### B) Concepto de propia actividad

El artículo 42 ET vincula la imputación de responsabilidad solidaria entre empresario principal y contratista a los supuestos en que los primeros contratan con éste la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad. A partir de aquí, la fijación del alcance de dicho concepto cobra un valor fundamental a efectos aplicativos. La **STS de 23 de enero de 2008**, u.d., I.L. J 276, aborda la resolución de un procedimiento en el que se dilucida si el transporte urgente sanitario, realizado por una empresa contratista, entra dentro del concepto de propia actividad del Servicio Navarro de Salud para la que ésta trabaja. La sentencia de instancia absolvió a la Administración Navarra, al considerar que el transporte sanitario urgente de enfermos mediante ambulancias no forma parte del núcleo esencial de las competencias sanitarias forales. El concepto restringido de propia actividad ha sido desarrollado por la jurisprudencia laboral, considerando como propia actividad la inherente o absolutamente indispensable para la actividad de la empresa comitente, en palabras del Tribunal:

“que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a

la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas complementarias o no nucleares y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (tesis del ciclo productivo o de las actividades inherentes aplicada al sector público); esta jurisprudencia es la que han manejado tanto las partes como la sentencia recurrida y la de contraste citando las sentencias en las que se ha recogido tal definición como son entre otras las SSTS de 18 de enero de 1995 (recurso 150/1994), 29 de octubre de 1998 (recurso 1213/1998), 24 de noviembre de 1998 (recurso 517/1998), 22 de noviembre de 2002 (recurso 3904/2001) y 20 de julio de 2005 (recurso 2160/2004)” (STS de 23 de enero de 2008, I.L. J 276).

La sentencia considera que la actividad objeto de litigio forma parte de la propia actividad de la administración sanitaria; a dicha conclusión llega tras estudiar las normas que regulan las prestaciones sanitarias cubiertas por ésta, y en concreto “la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud dentro de los servicios a su cargo –artículo 3.3– dispone que las prestaciones sanitario-asistenciales ofertadas serán como mínimo las fijadas en cada momento para los servicios sanitarios de la Seguridad Social, atribuyendo al Servicio Navarro de Salud la gestión de tales servicios –artículo 45–, y el Decreto Foral 214/1997, de 1 de septiembre, al regular las actuaciones de los centros, servicios y establecimientos sanitarios incluye dentro de los mismos a los servicios de transporte sanitario y los equipos móviles sanitarios, de todo lo cual se desprende que el transporte sanitario de urgencia forma parte del núcleo de los servicios que el departamento de sanidad debe prestar necesariamente” (STS de 23 de enero de 2008, I.L. J 276).

## 5. CESIÓN ILEGAL

### A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente permitida a las 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 debe realizarse aplicando la doctrina del empresario efectivo, resultando decisivo el hecho de que la contrata ponga o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la obra o servicio contratado, con relación al trabajador afectado. Aplicando dicha doctrina, la **STSJ de Asturias de 25 de enero de 2008**, I.L. J 165, aborda un supuesto en el que el trabajador de la contratista desarrolla su trabajo en centros de la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima, bajo la instrucción y supervisión de un responsable adscrito a dicha entidad pública, produciéndose la confusión entre las actividades desarrolladas por los trabajadores de la contrata y los de la comitente, sin que conste que la contratista ejerciese poder de dirección alguno.

Todo ello sirve al Tribunal para declarar la existencia de cesión ilegal, en los siguientes términos:

“En el supuesto litigioso, conforme se relata en la incombata declaración de probanza, la empresa prestataria del servicio carece de poder de organización, de materiales o instrumentos que le son facilitados a los trabajadores por la empresa principal, respondiendo la movilidad no a razones técnicas y organizativas, sino a prestamismo laboral” (STSJ de Asturias de 25 de enero de 2008, I.L. J 165).

Similar doctrina y fallo puede leerse en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008**, I.L. J 170, en un supuesto en el que nuevamente se considera determinante la renuncia de la empresa contratista a ejercer su poder de dirección y a poner en juego su organización empresarial, conclusión que a juicio del Tribunal se desprende de los siguientes hechos probados:

“pese a todos los elementos a favor de la existencia de una empresa formal que presta servicios de transporte y manipulación de material para otra empresa a través de un contrato de arrendamiento de servicios, y que, como afirma la recurrente en su escrito de recurso, constituye una empresa familiar que viene desarrollando una actividad propia y diferenciada de la empresa principal de forma pacífica durante treinta años, es lo cierto, según muestran los hechos probados, que la empresa empleadora del trabajador (...) no tiene infraestructura propia, pues carece de oficina, sucursal y personal administrativo en Puertollano en las instalaciones de Encasur; la gestión administrativa se efectúa a través de los servicios de una asesoría en Puertollano, y el control de la facturación se hace por cuenta de los servicios propios de Encasur en Madrid; la gestión administrativa se efectúa a través de los servicios de una asesoría en Puertollano, y el control de la facturación se hace por cuenta de los servicios propios de Encasur en Madrid; los nueve trabajadores con los que cuenta son los mismos que prestan servicios en las instalaciones de ENCASUR en Puertollano, lo que demuestra que la actividad de aquella empresa depende exclusivamente de ésta; y, como pudo constatar la Magistrada de Instancia, las máquinas y camiones necesarios para el transporte objeto de la contrata entre las empresas, los mismos se depositaban en las instalaciones de ENCASUR, sin estipulación alguna por alquiler de nave” (STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008, I.L. J 170).

Similar situación fáctica hay sido acreditada en juicio por una trabajadora de una empresa contratista que contrata con la administración autonómica gallega la asistencia técnica denominada “Análisis de los planes de defensa contra incendios forestales”, pues en palabras del Tribunal:

“la demandante prestaba servicios continuados en la Consellería de Medio Rural (Medio ambiente) de Galicia, utilizando los medios y materiales tales como locales, soporte informático, etc., sin ninguna distinción que lo diferenciase de los demás funcionarios del departamento. Presta sus servicios junto con los funcionarios, con su mismo horario de trabajo y fue seleccionada y entrevistada antes de su contratación por el responsable de la Consellería. Las vacaciones y permisos, su control y autorización dependen del Jefe del Departamento del Servicio si bien las comunicaba a la empresa contratista de que

depende el trabajador. El trabajo se realiza bajo la organización y dependencia técnica del Jefe de Departamento del citado Servicio. No se ha acreditado que ningún mando superior o intermedio de la empresa Tragsa a la que pertenece le impartiese instrucciones técnicas o incluso organizativas. Está inmerso en el círculo organizativo de la Consellería. Y en la ejecución de esos servicios no se han puesto en juego la organización y los medios propios de la empresa a la que está ligado por sus contratos de trabajo, limitándose ésta a la puesta a disposición de la trabajadora a la Xunta de Galicia; y la empresa co-demandada se limita a gestionar la nómina del actor, todo lo que nos lleva a entender concurrente la figura de la cesión ilegal de trabajadores” (STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2008, I.L. J 496).

El mismo Tribunal resuelve un supuesto particularmente interesante, en el que la cesión de trabajadores se realiza para tres empresas comitentes diferentes; en los tres supuestos, la sentencia confirma la existencia de cesión ilegal atendiendo a la aplicación ponderada y no excluyente de una serie de criterios de valoración, como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial de la contratista. En palabras de la sentencia:

“en la situación fáctica sometida aquí a debate, debe partirse de la evidencia (que reitamos por tercera vez) de que la empresa cedente ha resultado ser una empresa real (no se ha acreditado en el pleito que la empresa cedente presente ausencia de infraestructura empresarial), con centro de trabajo y oficinas, aunque sigue resultando paradójico que con un capital social de 21.035 euros presente un objeto social amplísimo, llegando incluso a proporcionar servicios a las tres empresas demandadas en número superior a 37 trabajadores. Y siendo ello así, lo que debe determinarse ahora es cómo actúan aquí los distintos elementos clave (de los que habla el Tribunal Supremo) necesario para determinar la existencia o no de una cesión ilegal de trabajadores.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la aportación de medios propios, el juzgador de instancia afirma (con valor de hecho probado) que tanto el material de trabajo como las instalaciones pertenecen a ‘Ignacio González Montes, SA’ (y Norsalnés sólo facilita a su personal ropa de trabajo y algunos utensilios), existiendo así una mínima transferencia de medios materiales. En segundo lugar, tanto la justificación técnica de la contrata (sobre la que no consta que venga determinada por necesidades de la producción, o exceso de pedidos) como la autonomía de su objeto son inexistentes. En fin, por lo que respecta al ejercicio de los poderes empresariales, la resultancia fáctica de la resolución de instancia pone de manifiesto que ‘Norsalnés, SL’ no ejercía un poder de dirección efectivo sobre sus trabajadores, puesto que es el encargado de ‘Ignacio González Montes, SA’ el que controla el trabajo del personal de la contratista, así como sus faltas de asistencia, controlando igualmente las medidas de prevención de riesgos, impidiendo a los trabajadores entrar en el lugar de trabajo si no las cumplen” (STSJ de Galicia de 2 de abril de 2008, I.L. J 502).

Similares argumentos sirven para declarar la existencia de cesión ilegal en un supuesto de contratación por la administración autonómica aragonesa “de los servicios necesarios, con empresas ajenas, para proporcionar los recursos humanos y materiales necesarios para permitir el funcionamiento del área de educación ambiental y los trabajos de recuperación y mantenimiento agropecuario incluidos en dicho programa de recuperación” (STSJ de Aragón de 28 de enero de 2008, I.L. J 509); y en otro supuesto en el que la empresa contratista retiene “algunas funciones como la ordenación de vacaciones, la organización de turnos, cierta actividad formativa o la prevención de riesgos laborales. Pero el ejercicio de las funciones empresariales básicas y esenciales se desarrollaba por AENA quien llevaba a cabo la gestión plena del servicio. Esta empresa no sólo daba las instrucciones de trabajo, sino que mantenía una conexión permanente y directa con las trabajadoras, recibía información diaria del trabajo realizado, resolvía las incidencias y, en definitiva, desarrollaba plenamente, por medio del personal formalmente adscrito a EULEN, el servicio de atención al cliente” (STSJ de Valencia de 10 de marzo de 2008, I.L. J 514).

### B) Ejercicio del derecho de opción, readmisión o indemnización, en supuestos de cesión ilegal

El artículo 43.3 ET reconoce el derecho de los trabajadores sometidos a tráfico prohibido a elegir la empresa, cedente o cesionaria, en la que desean adquirir la condición de trabajadores fijos. De la lectura de dicho precepto no se desprende conexión alguna con lo dispuesto en el artículo 56 del mismo texto legal en materia de despido. Siendo así, parece claro que en supuestos de despidos improcedentes de trabajadores sometidos a cesión ilegal, las reglas que permiten al empresario optar por la readmisión o la indemnización conforme a dicho precepto no quedan alteradas, es decir, corresponderá al empresario decidir en cada caso qué alternativa le parece más adecuada, salvo en los supuestos especiales en que el ejercicio de dicho derecho de opción corresponde al trabajador, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56 ET. Así al menos lo cree la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, ha resuelto:

“Por consiguiente, la norma contenida en el artículo 43 acerca de la cesión ilegal de trabajadores, concediendo a los ilegalmente cedidos la facultad de optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) prefiere que siga siendo su empleadora, es totalmente independiente (y, por ello, irrelevante) en materia de quien sea el sujeto (empresa o trabajador) al que el artículo 56 confiera la opción entre la readmisión o la resolución contractual mediante la oportuna indemnización.

En definitiva, como en el supuesto aquí enjuiciado el trabajador despedido de manera improcedente no era representante de los trabajadores ni delegado sindical, la opción entre la readmisión o la indemnización no le correspondía a él, sino a aquella de las dos empresas –cedente o cesionaria– con la que dicho trabajador eligiera mantener la relación laboral” (STS de 5 de febrero de 2008, u.d., I.L. J 37).

### C) No procede el reconocimiento genérico de la antigüedad del trabajador en proceso por despido

La STS de 12 de febrero de 2008, u.d., I.L. J 400, se pronuncia sobre la posibilidad de que en un proceso de despido se alegue la existencia de una cesión ilegal del trabajador

despedido o si, por el contrario, ello constituiría una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por aplicación del artículo 27.2 LPL, y en caso afirmativo, si el Tribunal puede pronunciarse sobre el reconocimiento de la antigüedad del trabajador despedido. La primera de las cuestiones ha sido ya resuelta por los tribunales; en concreto, el Tribunal Supremo “lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad algunos recursos de casación unificadora en procesos de despido (Sentencias de 16 de febrero de 1989, 13 de diciembre de 1990, 19 de enero de 1994 (recurso 3400/1992) y 21 de marzo de 1997 (recurso 3211/1996), entre otras, en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quién era el empleador real y efectivo del despido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa –o prejudicial interna como la denominaron las Sentencias de 19 de noviembre de 2002 (recurso 909/2002) y 27 de diciembre de 2002 (recurso 1259/2002). Sobre la que es necesario decidir, por mandato del artículo 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET” (STS de 12 de febrero de 2008, u.d., I.L. J 400).

Aunque las afirmaciones previas permiten afirmar con rotundidad que en los procesos de despido puede examinarse la existencia de cesión ilegal entre las empresas demandadas, no cabe realizar interpretaciones extensivas que superen el ámbito de las cuestiones que inciden directamente en el pleito por despido, en caso contrario, no cabe el pronunciamiento del Tribunal. En el supuesto objeto de litigio, se discute también sobre la posibilidad de que el tribunal, reconocida la cesión ilegal y la improcedencia del despido, se manifieste sobre la antigüedad del trabajador, a efectos de reconocimientos de trienios, cuestión que la sentencia rechaza por no tratarse de una cuestión integrante del posible pronunciamiento sobre los efectos del despido, tras argumentar:

“Tal y como ha quedado anteriormente consignado, la hoy recurrente en su demanda solicita que se le reconozca el tiempo de servicios prestados, a efectos de antigüedad, y que se le reconozca la consolidación de un trienio por el tiempo de servicios prestados. Dicha cuestión ninguna incidencia representa en el proceso por despido, ya que el reconocimiento de un trienio tiene unos concretos efectos respecto a los derechos que al trabajador le acarrea el reconocimiento de determinada antigüedad en la empresa. Cuestión diferente hubiera sido que la solicitud del reconocimiento de antigüedad se hubiera solicitado a los solos efectos del cálculo de la indemnización, en cuyo caso habría de haberse examinado la misma, como cuestión integrante del posible pronunciamiento de los efectos de la improcedencia del despido, pero al no haber sido así, no cabe un pronunciamiento genérico reconociendo la antigüedad del trabajador a todos los efectos” (STS de 12 de febrero de 2008, u.d., I.L. J 400).

## 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) No existe sucesión de empresa en supuestos de cambio de dependencias de la empresa principal

La STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008, I.L. J 171, resuelve un litigio planteado en torno al traslado de las dependencias de una empresa; en concreto, la cuestión central radica en determinar si existe subrogación, por aplicación del artículo 44 ET, entre dos empresas contratistas, cuando una de ellas asume la limpieza de los locales que anteriormente realizaba la otra tras el traslado de la empresa principal a una nueva ubicación. Como puede leerse en la sentencia:

“Los datos a considerar para evaluar si estamos ante la figura regulada por el artículo 44 ET y en su caso del artículo 65.2 del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña son los siguientes:

1. La empresa ISS realizaba el servicio de limpieza para el Instituto IMIM-Hospital del Mar en sus dependencias sitas en el recinto hospitalario del Hospital del Mar (planta baja del mismo y parte de la planta tercera, en la Calle Dr. Aiguader 88), además de en otras dependencias del Hospital del Mar y otras dependencias hospitalarias.

Dentro de tales dependencias, concretamente las del IMIM eran atendidas por cinco trabajadoras, entre las que se encontraba la actora.

2. Las dependencias del IMIM (pero no del resto del hospital objeto de la contrata de limpieza) son trasladadas, con fecha de octubre de 2006, a las dependencias del Parc de Recerca Biomédica de Barcelona, sito en calle Dr. Aiguadé, 88.

3. En el citado edificio del Parc de Recerca el servicio de limpieza ya venía prestándose con anterioridad por la empresa Clece, SA, para todo el edificio y dependencias del mismo. Las dependencias que van a ser ocupadas por el IMIM, en la primera planta, estuvieron desocupadas hasta octubre de 2006, pero eran limpiadas desde marzo del mismo año.

4. La empresa ISS pretende la subrogación de Clece, SA, respecto de tres de las trabajadoras que realizaban la limpieza de las dependencias del IMIM, al trasladarse éstas a las del edificio del PRBB, subrogación que es negada por Clece, SA.

5. IMIM adjudica en febrero de 2007 el servicio de limpieza del material de laboratorio a la empresa ISS Facility Service, para lo cual se emplea a cinco personas, dos de las cuales realizaban los servicios de limpieza del IMIM en las antiguas dependencias del hospital del Mar” (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008, I.L. J 171).

El texto de la sentencia hace un recorrido amplio por el conjunto de la jurisprudencia española y comunitaria en la materia, para concluir que en el supuesto estudiado no se ha producido sucesión de empresa, a los efectos del artículo 44 ET. En opinión del Tribunal, se entiende que no habiéndose producido la extinción de la contrata, sólo cabe entender que se ha producido la reducción del servicio que afecta a varios trabajadores; por otra



parte, tampoco se ha producido nueva adjudicación del servicio correspondiente, por el contrario, las funciones en litigio han sido absorbidas por la empresa de limpieza que realizaba los servicios de limpieza en el nuevo edificio. No verificándose el supuesto de hecho previsto en la normativa laboral sobre transmisión de empresa, no cabe aplicar las consecuencias previstas en el artículo 44 ET para tales supuestos.

Similar razonamiento también impide, a juicio del Tribunal, la aplicación de lo previsto en el artículo 65.2 del Convenio Colectivo aplicable. En este apartado, la sentencia sostiene la inaplicabilidad del precepto al caso enjuiciado, por tratarse de un supuesto distinto al previsto en la norma convencional. Como hemos reflejado más arriba, el Tribunal sostiene que el litigio versa sobre un supuesto de traslado de una empresa a un edificio ya ocupado por otras empresas, motivo por el cual dicho edificio ya posee servicio de limpieza, a la sazón contratado con una contratista diversa. Siendo así, tampoco cabe la aplicación de la norma convencional, únicamente aplicable a supuestos de adjudicación de las labores de limpieza a una nueva contrata.

“La diferencia entre uno y otro caso es sustancial y absolutamente determinante, porque en esta segunda situación la empresa principal no hace adjudicación de la contrata de limpieza a ninguna otra nueva empresa, sino que simplemente pasa a beneficiarse de los servicios de limpieza que ya se prestaban en el nuevo edificio, en virtud de una distinta contrata anterior concertada por una diferente empresa principal y que no guarda relación jurídica alguna con la contrata del centro de trabajo que se ha clausurado” (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008, I.L. J 171).

### B) Sucesión de empresa prevista en convenio colectivo: obligaciones de información

La STSJ de La Rioja de 15 de enero de 2008, I.L. J 195, aborda la posible subrogación en los derechos y obligaciones de una contratista saliente, que implica la asunción de la trabajadora demandante, en un supuesto en que la contratista de limpieza entrante ha incumplido los deberes de información impuestos por el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, aplicable a ambas empresas. En concreto, se trata de interpretar la Disposición Adicional Cuarta de dicha norma convencional, precepto en el cual se establece que “con el fin de conservar los puestos de trabajo y ver así reducidos al máximo los expedientes de regulación de empleo se aplicará la subrogación del personal, teniendo en cuenta para ello lo regulado en el artículo 10 del Acuerdo Marco del Sector (...)”. El referido artículo 10 del Acuerdo Marco establece “en ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la Subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirle a aquélla la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear”. A partir de lo dicho, el fallo discurre en la línea marcada por anteriores sentencias (STS de 6 de marzo de 2007):

“Por todo lo expuesto y habiendo sucedido la recurrente en la prestación de servicios a la mercantil Eulen, SA, desarrollando aquélla la misma actividad que ésta y en el mismo centro de trabajo, no puede sino afirmarse la obligación de la empresa entrante de asumir los servicios de la trabajadora demandante y ello aunque la empresa saliente no cumpliera los requisitos de información a la empresa entrante que legalmente tiene atribuidos, por establecerlo así la norma convencional, y sin perjuicio del derecho que le asiste a deducir las acciones correspondientes en reclamación de los daños y perjuicios sufridos” (STSJ de La Rioja de 15 de enero de 2008, I.L. J 195).

### C) Subrogación empresarial protagonizada por una Sociedad Anónima Laboral

La posible aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando la empresa cesionaria resulta ser una Sociedad Anónima Laboral, formada por los trabajadores de la empresa cedente tras la aplicación de un expediente de regulación de empleo, requiere una valoración especial, si bien la letra del artículo 44 ET no establece regla especial al respecto. A pesar de lo dicho, los tribunales suelen tener en cuenta las peculiaridades que concurren en los fenómenos de crisis empresarial y, en concreto, el interés general en favorecer los intentos de los trabajadores instrumentalizados a través de la constitución de empresas de economía social, con el objetivo de continuar las actividades de la empresa afectada por un proceso de crisis, aportando sus conocimientos y, en ocasiones, los fondos económicos procedentes de prestaciones públicas. La liquidación de la empresa anterior suele posibilitar la adquisición de elementos patrimoniales, lo que unido a la continuidad de todos o alguno de los trabajadores asemeja tales fenómenos a los descritos en el artículo 44 ET. A tales efectos, conviene tener presente que la aplicación sin matices del régimen jurídico laboral previsto en éste podría frustrar toda iniciativa que, por su contenido fundamentalmente social, requiere un tratamiento diverso. A pesar de lo dicho, no siempre puede excluirse la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 44 ET, que en algunos supuestos puede entenderse adecuada. Es el caso de la STS de 23 de enero de 2008, u.d., I.L. J 283, donde el Tribunal reconoce el derecho de un trabajador a percibir la paga de antigüedad reclamada, entendiendo que existe continuidad en su relación laboral. En concreto, se trata del celador de un colegio que participó junto a otros trabajadores en la constitución de una sociedad anónima laboral con el objetivo de continuar la explotación de dicha actividad, una vez que la empresa inicialmente propietaria tramitó el correspondiente expediente de regulación de empleo que posibilitó la extinción del conjunto de los contratos de los trabajadores que empleaba dicha empresa. Pues bien, en palabras de la sentencia:

“La pretensión que el actor ejercita en la demanda origen de autos tiene como base o punto de partida el que se le reconozca al mismo en la empresa actual la antigüedad que tenía en la anterior o cedente; y es obvio que, a tal respecto, no es lo mismo que el actor y sus compañeros cesados en virtud de ERE no tengan nada que ver con la titularidad de la empresa entrante, que aquella situación en que esa empresa entrante o cesionaria es una sociedad constituida por el demandante y otros compañeros con el objetivo de que continúe la actividad de la empresa anterior y continúen la actividad de la empresa anterior y continúen también los vínculos laborales de estos trabajadores. Existe, por consiguiente,

en este último caso en los trabajadores cesados a consecuencia del ERE que fundaron la sociedad laboral, una voluntad e intención de continuidad de los vínculos laborales anteriormente existentes, que no puede apreciarse en cambio en el caso examinado en la sentencia referencial; y esta voluntad de continuidad en los fundadores de la nueva compañía puede ser razón relevante para estimar que ésta ha quedado subrogada en los derechos y obligaciones laborales de la anterior” (STS de 23 de enero de 2008, u.d., I.L. J 283).

#### **D) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio colectivo de la empresa cedente**

Entre los objetivos de la normativa estatal y comunitaria en materia de sucesión de empresa destaca el mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la cesión, circunstancia que encuentra reconocimiento legal en el artículo 44.4 ET donde, salvo pacto en contrario, se impone el mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transmitida. Dicha previsión únicamente despliega efectos hasta la expiración del convenio colectivo de origen o, en su caso, hasta la entrada en vigor de otro convenio nuevo que resulte aplicable a la entidad económica objeto de transmisión.

La **STS de 11 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 576, aborda el problema planteado por un colectivo de trabajadores, afectados por un proceso de transmisión de empresas y encuadrados en el grupo de profesionales de taller, que reclaman la misma categoría y retribución que tenían en la empresa cedente, aunque dicho encuadramiento profesional no existe en el convenio colectivo aplicable en la empresa cesionaria. El Tribunal no entra a valorar el fondo de la cuestión por verse limitado por el tenor de la demanda y las peculiaridades del recurso de casación; a pesar de lo dicho, el texto de la sentencia realiza algunas consideraciones al respecto del derecho de los trabajadores afectados por la cesión a mantener el nivel retributivo precedente:

“En cuanto al mantenimiento del mismo nivel retributivo que tenían en la anterior empresa es cierto que el artículo 44.4 ET en relación a la sucesión de empresas establece que una vez reconocida la sucesión, los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el Convenio Colectivo que en el momento de la transmisión fue de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, lo que implica que en cuanto al salario no pueden verse perjudicados lo que en el caso de autos, puede suceder, de ahí la reclamación de diferencias salariales, pero para que ello pudiera aquí examinarse tendrá que haberse denunciado como vulnerado el referido artículo y concordantes del ET y ello no se ha efectuado, lo que es necesario, dados los límites de la casación, para que la Sala entra a examinarlo” (STS de 11 de junio de 2008, u.d., I.L. J 576).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO