

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Concepto de empleador. **3. Contratas.**

A) Alcance de la responsabilidad en la cadena de contratistas de una misma obra.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. C) Responsabilidad por salarios de tramitación. **4. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de

hecho. B) Efectos de la cesión ilegal cuando el cedente es una Administración Pública.

5. Sucesión de empresas. A) Mantenimiento del convenio colectivo de la empresa

cedente. B) Sucesión de empresas de economía social. C) Subrogación empresarial

prevista en convenio colectivo. D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1619 a J 2463) 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 empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta 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) Concepto de empleador**

Los procesos de descentralización productiva suelen generar señalados efectos sobre las condiciones laborales de los asalariados que prestan sus servicios en las empresas impli-

cadadas. A pesar de ello, desde la perspectiva jurídica los desplazamientos de la actividad económica inicialmente se manifiestan como un fenómeno puramente mercantil o de organización administrativa. Al empresario corresponde decidir sobre la forma de organizar la actividad económica dentro del mercado de productos y servicios, aspecto incluido en su libertad de iniciativa económica. La libertad de empresa, reconocida en el art. 38 de la Constitución, permite al empresario elegir entre la realización directa, mediante trabajadores contratados en régimen laboral, de una concreta actividad empresarial o, con la misma libertad, optar por un sistema de contratación civil o mercantil con terceros para la realización de parcelas de dicha actividad. Por ello, puede afirmarse que el empresario posee libertad para dimensionar y estructurar la organización productiva. El ordenamiento jurídico no impone a éste el deber de organizar la actividad de forma autosuficiente; dicho de otra manera, no cabe forzar a las empresas a contratar laboralmente la ejecución directa de todo su ciclo productivo.

Conviene recordar que la utilización de mecanismos de descentralización económica no debe permitir al empresario eludir las garantías mínimas establecidas a favor de los trabajadores por la legislación laboral, sea ésta de origen estatal o convencional. Ello es lo que sucede en los supuestos en los que el negocio jurídico que soporta el desplazamiento productivo pretende ocultar lo que no es más que una mera actividad de tráfico ilegal de mano de obra. En la medida en que las actuaciones realizadas al amparo del texto de una norma que persiguen un resultado prohibido por el propio ordenamiento jurídico deberán ser consideradas fraude de ley, resultará interesante distinguir las contrataciones auténticas de los negocios jurídicos simulados que encubren interposición. Pero la realización de esta operación implica también y, con carácter previo, la identificación del verdadero empleador. Así lo hace la STSJ de La Rioja de 6 de junio de 2002, I.L. J 1690, que se detiene a recordar los rasgos que caracterizan la figura del empresario a efectos laborales, que como la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado difieren de las delimitaciones conceptuales realizadas por otras disciplinas jurídicas:

“(…) pese a tener el concepto de empresa un carácter unitario en la esfera de lo económico, la inmersión de la empresa, como tal, en el mundo jurídico, da lugar a que cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener el citado núcleo esencial de identidad, y así como en el Derecho mercantil se centra o fija en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia, en el campo del Derecho laboral lo que interesa es la condición de empleadora que la empresa tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización, pudiendo considerarse empresario, conforme a las normas de los números 1 y 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores a toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma”.

Más adelante volveremos sobre esta sentencia, para analizar las consecuencias que ello tiene a los efectos de calificar una situación concreta como cesión ilegal de mano de obra.

3. CONTRATAS

A) Alcance de la responsabilidad en la cadena de contratistas de una misma obra

Una de las dificultades principales que presenta la aplicación del art. 42.2 ET está relacionada con la extensión subjetiva de la responsabilidad prevista en el mismo en los supuestos en que el proceso de descentralización productiva se presenta encadenado. Nos referimos a los casos coloquialmente denominados de encadenamiento de contratistas, en los que una empresa contrata una parcela de su actividad empresarial con una empresa auxiliar, mientras que ésta a su vez subcontrata con una segunda auxiliar una subparcela de lo contratado y así sucesivamente. La discusión se centra en discernir si también en estos casos la exigencia de responsabilidad se impone de manera encadenada o si bien, por el contrario, la cadena de responsabilidades es discontinua, afectando exclusivamente a las empresas vinculadas directamente en uno de los eslabones del fenómeno descentralizador, es decir, únicamente al subcontratista empleador del trabajador demandante y a su inmediato antecesor.

En principio, tres hipótesis son imaginables: en la primera, de aceptación plena del encadenamiento, todas las empresas responden solidariamente respecto de las empresas auxiliares situadas en eslabones inferiores respecto de cada una de ellas; es decir, la empresa principal respondería respecto de los trabajadores de todas las auxiliares sucesivas, al propio tiempo que la primera auxiliar respondería respecto de los trabajadores de la segunda y sucesivas, etc. En la segunda hipótesis, de encadenamiento parcial, la empresa principal respondería respecto de todas las empresas auxiliares sucesivas, pero la responsabilidad solidaria no se impondría a las empresas auxiliares situadas en los eslabones intermedios de la cadena descentralizadora. En la tercera hipótesis, de negación del encadenamiento, la empresa principal respondería exclusivamente respecto de los trabajadores de la primera auxiliar, mientras que la primera auxiliar actuaría como empresa principal frente a la segunda auxiliar, respondiendo sólo respecto de los trabajadores de esta última y así sucesivamente.

La mera literalidad del precepto a interpretar, en su versión previa a la reforma operada por Ley 12/2001, dificultaba en buena medida la adopción de conclusiones firmes sobre el particular, los términos utilizados por la norma estatutaria resultaban tremendamente imprecisos. Debe tenerse en cuenta que hasta la mencionada reforma, que introdujo dentro de los posibles responsables también a los contratistas, el precepto estatutario no abordaba directamente esta cuestión. Un estudio comparativo de los diversos apartados del originario art. 42 ET no arrojaba resultados concluyentes. Más allá de la rúbrica del precepto, que hace referencia a la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios, la letra del apartado 2 fijaba con amplitud la responsabilidad del empresario principal con la de los subcontratistas, mientras que el apartado 1 parecía limitar el ámbito subjetivo de actuación de aquella responsabilidad a los empresarios que contraten o subcontraten con otros.

Si tomamos en consideración que toda previsión de responsabilidad solidaria resulta especialmente gravosa, únicamente justificable por circunstancias excepcionales, y que

habitualmente se interpreta que al respecto no caben interpretaciones analógicas o extensivas, tal responsabilidad únicamente habría de ser predicada de quienes se hallaran unidos por una relación directa de contrata o subcontrata. En su literalidad, esta interpretación dejaría sin resolver la posible responsabilidad de los diversos subcontratistas intermedios de una obra determinada. Estos empleadores, que pueden ser varios, se hallan de hecho relacionados por un mismo interés en la realización de la obra, aunque contractualmente sólo lo están de dos en dos, en cadena. En efecto, el art. 42 ET, a pesar de hacer constante mención a las contratas y subcontratas, se refería a una relación bipolar entre dos únicas empresas –la principal y la auxiliar–, sin referencia en momento alguno a la presencia de una tercera empresa que continúe la cadena de descentralización productiva. La petición del certificado negativo de descubierto se prevé entre dos empresas, sea la primera frente a la contratista o bien la contratista frente a la subcontratista; la imposición de responsabilidad solidaria parece venir igualmente referida a sólo dos empresas, la principal y la subcontratista. En todo caso, ello inclinaba a rechazar las dos primeras hipótesis planteadas. La responsabilidad impuesta a cada empresario lo sería respecto a los trabajadores de la empresa con la que éste contrata, lo que no dejaba de servir a la lógica desde el momento en que el empresario no puede controlar la celebración de las sucesivas subcontratas, por cuanto que no le corresponde celebrar esos posteriores negocios jurídicos.

Con base en la legislación precedente al ET, la STCT de 29 de noviembre de 1973 se pronunció a favor de la aceptación plena del encadenamiento, argumentando que la norma entonces vigente hablaba de subcontratas de obras y trabajo en términos generales, y razonando que en todos los empleadores afectados se daría el requisito exigidos para imponer tal grado de responsabilidad, a saber: la repercusión del provecho posible del trabajo en cada uno según su esfera de actuación. En caso contrario, se razonaba entonces, sería suficiente con establecer una segunda subcontrata para que la responsabilidad del contratista quedara sin efecto. Por su parte, las resoluciones judiciales que se han pronunciado en aplicación del originario art. 42 ET apuntan hacia una dirección finalista en la interpretación del precepto legal. Se estima que la finalidad del art. 42.2 ET es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las prestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan disponer vaya en perjuicio de la protección social del trabajador. Ello permite observar la obra o el servicio como una unidad de hecho en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común. Desde esta perspectiva, las sucesivas empresas actúan como auxiliares en la cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. Lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación, quien con toda probabilidad percibirá los mayores beneficios económicos de la actividad que realizan otros, pueda escapar a las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores.

Pero, es sobre todo la reforma de 2001 la que introduce un cambio significativo en la redacción del art. 42.2 ET, que en parte permite una lectura diferente y un régimen diverso en cuanto al alcance de la responsabilidad en el aspecto que venimos analizando.

En efecto, a partir de dicha reforma el art. 42.2 ET imputa al empresario principal una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas “por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”, mientras que anteriormente se refería exclusivamente a los “subcontratistas”. En buena medida, el Tribunal Supremo parece adelantar esta interpretación cuando, en un supuesto que precisaba resolver de conformidad con la normativa anterior, se detiene a señalar:

“(…) aunque no es excesivamente expresiva sobre el particular, sí que puede considerarse sintomática, como hecho coetáneo a tener en cuenta para la interpretación adecuada de dicho precepto, la nueva redacción dada al art. 42.2 ET por el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, al introducir como responsables solidarios no sólo a los subcontratistas sino también a los contratistas, lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos y que podría reforzar la tesis que aquí se defiende” STS de 9 de julio de 2002, u.d., J 1715.

Pero la solución adoptada no parece cerrar todas las dudas en la aplicación del precepto. En primer lugar, el planteamiento legal quizás resulte excesivamente simplificador pues se centra en el modelo de transferencia de actividad productiva tradicional, limitado a número muy concreto de sectores de la actividad económica. En particular, ello supone preguntarse cómo ha de jugar el requisito de la propia actividad en estos supuestos de encadenamiento de contratas, en el sentido de que ha de constatarse una relación de causalidad directa de la propia actividad de la empresa principal sólo con la empresa contratista, o también ha de constatarse entre la empresa principal y cada una de las subcontratistas de la cadena. En segundo lugar, cuál es la posición que asume la empresa contratista respecto de las obligaciones salariales de la empresa subcontratista; es decir, de aceptarse la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la subcontratista, ello se hace en lugar de la responsabilidad solidaria de la empresa contratista o, por el contrario ello se efectúa manteniendo la responsabilidad solidaria acumulada de la empresa contratista respecto de la subcontratista. En tercer lugar, qué alcance tiene el certificado negativo de descubierto respecto de las obligaciones de Seguridad Social: basta con que el empresario principal obtenga dicho certificado respecto de la empresa contratista para eximirse de toda la responsabilidad en cadena, o bien ésta le exime exclusivamente respecto de los trabajadores de la contrata, de modo que también deberá solicitar otros tantos certificados de las empresas subcontratistas; caso de jugar este segundo criterio, hemos de preguntarnos cómo tiene constancia la empresa principal que la contratista ha efectuado una subcontratación en cadena que le obliga a solicitar un nuevo descubierto y hasta qué punto tiene la contratista la obligación de darle noticia a la principal de la subcontratación; sería posible pensar que si la contratista solicita el certificado negativo de descubierto éste alcanza no sólo a eximirle a ella de la responsabilidad solidaria sino que también tiene efectos reflejos sobre la correlativa responsabilidad solidaria de la empresa principal. Como puede vislumbrarse son muchos los interrogantes que abre la presente sentencia y sobre los que necesariamente tendrán que pronunciarse nuestros Tribunales laborales tarde o temprano.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

La determinación del sujeto responsable del pago del recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional prevista en el art. 123 LGSS continúa planteando problemas aplicativos. Vaya por delante que en esta ocasión se trata de una responsabilidad de carácter directo que deberá recaer únicamente sobre el empresario infractor según dispone el art. 123.2 LGSS. La medida, aunque responde a la ausencia de observancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, en ningún caso puede considerarse sanción administrativa, circunstancia que de producirse lesionaría el principio *non bis in idem*, puesto que el recargo de las prestaciones de Seguridad Social es independiente del paralelo procedimiento administrativo sancionador, que deberá desarrollarse en cumplimiento del régimen jurídico previsto en la LISOS. Por ello, el recargo de prestaciones cumple únicamente una función resarcitoria del daño causado en la persona del trabajador, pues será el trabajador afectado, o en su ausencia sus familiares, el destinatario de las cantidades económicas correspondientes.

El problema surge cuando empresario principal y contratista asumen simultáneamente deberes en materia de prevención de riesgos laborales, de manera que la infracción que desencadena la aplicación del art. 123 LGSS puede ser imputada a varios sujetos. En principio pueden presentarse varias situaciones: en primer lugar, las características del accidente o de la enfermedad profesional pueden deberse únicamente a la negligencia del empresario principal, sin que sea posible relacionar los hechos que motivaron la lesión con las obligaciones del contratista; en este supuesto, entre otras, estarían todas aquellas situaciones de riesgo derivadas de la falta de acondicionamiento del local de trabajo; en tales supuestos, del recargo de las prestaciones de Seguridad Social ha de responder únicamente el empresario principal; en segundo lugar, la situación de riesgo puede responder al incumplimiento de las obligaciones del empresario contratista, sin que en la intervención del empresario principal pueda observarse quebrantamiento del deber de vigilancia al que le obliga la LPRL; entre otras situaciones, en este apartado cabría introducir los accidentes o enfermedades profesionales ocasionados por materiales o herramientas aportados por el empresario contratista; en este caso la responsabilidad será del empresario contratista; finalmente, y probablemente así será en muchos de los supuestos en que ambos empresarios compartan lugar de trabajo, resultará de gran complejidad aislar la identidad del sujeto responsable de las infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales causante de la lesión del trabajador, en buena lógica cabe pensar que si ésta se produce será por la concurrencia de diversas circunstancias, en buena medida imputables a empresario principal y subcontratista; en estos supuestos, con apoyo en los arts. 123 LGSS y 42.2 de la LPRL, se abre la puerta a la exigencia de responsabilidad directa en el pago del recargo sobre las prestaciones por accidente de trabajo a ambos empresarios.

En el segundo de los supuestos citados podríamos integrar el litigio resuelto por la **STSJ de Murcia de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1640, en el que la infracción de las normas de

seguridad que provocaron el accidente sufrido por un trabajador de una empresa subcontratista fue cometida únicamente por los responsables de ésta:

“el accidente se produjo por no adoptarse las medidas de apuntalamiento y suspensión de las chapas metálicas para proteger al trabajador de la caída o proyección violenta de los materiales y demás elementos de trabajo, cuyas medidas debían haberse adoptado por la empresa para la que trabajaba el trabajador fallecido, por lo que la actitud o conducta imprudente o culposa sólo puede predicarse de dicha empresa, sin que las demás intervinientes, en la forma indicada en hechos probados, hubiesen generado algún tipo de riesgo que determinase una concurrencia de culpas”.

Por su parte, en este mismo apartado podría incluirse la **STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2002**, I.L. 2262, al revocar la sentencia de instancia que declaraba la responsabilidad de empresas contratista y principal en el abono del 40 por ciento de recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad, a un trabajador que con motivo de un accidente de trabajo ocurrido en el centro de trabajo de la segunda se encuentra en situación de Invalidez Permanente Absoluta. La sentencia afirma que no es adecuado que el empresario principal responda por esta vía porque:

“no puede hablarse en este caso de empresario infractor que contempla el art. 123.2 de la LGSS, pues tal concepto requiere la constancia de un acto negligente concreto de la empresa principal, al que no puede equipararse la genérica culpa *in vigilando*, pues las barandillas existían y la empresa principal no puede constituirse en un vigilante permanente de actuaciones imprudentes de los trabajadores (las quitaron para su comodidad) realizadas a su espalda y sin autorización de las mismas”.

C) Responsabilidad por salarios de tramitación

Se trata de resolver si los salarios de tramitación, que han de abonarse en un despido declarado improcedente por sentencia judicial firme, se encuentran incluidos en el concepto de obligaciones de naturaleza salarial a las que hace referencia el art. 42.2 ET. En otras palabras, si la responsabilidad del empresario principal derivada de la aplicación del anterior precepto alcanza a las cantidades adeudadas al trabajador por este concepto. La **STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2002**, I.L. J 1742, nuevamente niega esta posibilidad, en esta materia nos remitimos a los comentarios realizados en anteriores ocasiones.

4. CESIÓN ILEGAL**A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho**

La dificultad para diferenciar entre figuras tan próximas como la lícita contratación de una prestación de servicios entre dos empresas prevista en el art. 42 del ET y la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, actividad prohibida salvo a las empresas de trabajo temporal, se presenta nuevamente como fuente de litigios. La anterior tarea exige un cuidado especial en la revisión de los hechos probados cuan-

do las actividades objeto de descentralización forman parte del ciclo productivo de la empresa principal o han de ser acometidas en las instalaciones de esta empresa.

La jurisprudencia se ha visto obligada a fijar algunos criterios para diferenciar ambas figuras. Según esta línea jurisprudencial, se incurre en la prohibición del art. 43 ET siempre que los trabajadores hayan sido contratados para desarrollar su labor para la empresa principal bajo la dirección y formando parte de la estructura organizativa de ésta. Todo ello independientemente de que la empresa contratista ejerza una actividad empresarial propia y cuente con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, puesto que como se ha puesto de manifiesto anteriormente:

“la jurisprudencia unificadora ha fijado como línea de distinción no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente sino si actuaba como verdadero empresario, analizando en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como verdadero empresario”.

Tales sirven a la **STSJ de La Rioja de 6 de junio de 2002**, I.L. J 1690, para declarar la existencia de cesión ilegal en un supuesto en el que la empresa contratista siendo

“una empresa real que cuenta con organización e infraestructura propias, en las relaciones mantenidas con (...) se ha limitado a suministrar mano de obra sin poner en juego su organización ni sus medios propios, sin correr riesgos económicos de pérdidas o ganancias, ni ejercer auténtica actividad empresarial, prestando sus servicios las trabajadoras contratadas por la primera, junto a trabajadoras contratadas por la primera junto a trabajadores de la segunda, en el centro de trabajo de ésta, utilizando los medios materiales e instrumentales que ésta les proporciona, a las órdenes de los jefes y encargados de la segunda, sin que exista conexión organizativa alguna con la primera que carece de mínima organización en La Rioja”. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de La Rioja de 2 de septiembre de 2002**, I.L. J 2153.

Por el contrario, sin poner en duda la anterior doctrina, la **STSJ de Aragón de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2162, considera que no existe cesión de trabajadores en un supuesto en el que las empresas afectadas poseen “órbitas de negocio diversas, estructura y actividad propias; que el contrato entre ellas, para la prestación de los servicios es real y efectivo, en función de un específico proyecto, al que ha venido dedicándose la actora (junto a otros trabajadores de la empresa a la que pertenece), siendo esencialmente técnica e intelectual la actividad que comporta el proyecto al que está dedicada, que es actividad propia del objeto empresarial de ATOS; prevaleciendo en el entorno de la relación laboral de la actora (disciplinario, derechos y su efectividad, régimen de trabajo y representativo de los trabajadores, dato nada desdeñable) notas que permiten en este caso descartar una cesión encubierta”.

El Tribunal considera que no puede concluirse que hubo cesión aunque el trabajo se desarrollase en dependencias de la empresa principal, con sus instrumentos y “cierto control de resultados”, aspecto este último que considera propio de cualquier empresa receptora de servicios. En nuestra opinión no se tienen suficientemente en cuenta otros

indicios de interés, como que la trabajadora tenía asignado correo electrónico en la empresa principal o que participaba en cursos de formación sobre programas y sistemas informáticos junto a trabajadores de la primera.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2002**, I.L. J 2416, en un supuesto de una empresa dedicada al montaje de platós y decorados de televisión, utilizando las herramientas proporcionadas por la empresa subcontratista, pero haciendo uso también de grúas elevadoras y otros elementos propiedad de la empresa principal, se detiene a considerar el precio del servicio prestado, como dato fundamental para desestimar la existencia de cesión ilegal. En concreto, la sentencia afirma que:

“(...) en este caso decisivo es que la cantidad mensual a tanto alzado que abonaba (...), suma tan elevada que forzosamente ha de comprender no sólo honorarios correspondientes al servicio de montaje sino también los materiales empleados en el mismo”.

B) Efectos de la cesión ilegal cuando el cedente es una Administración Pública

El ordenamiento jurídico laboral responde al suministro ilegal de mano de obra concediendo a los trabajadores afectados el derecho a adquirir la condición de fijos, optando por una de las dos empresas, cedente y cesionaria, que participan en el tráfico ilegal. La especial posición jurídica de las Administraciones Públicas en el papel de empresario permite plantear dudas en la aplicación del art. 43.3 ET cuando el trabajador ejerce su derecho de opción a favor de la Administración implicada. El respeto al mandato constitucional impide sujetar la contratación de personal laboral por estas entidades a las mismas reglas que la contratación entre particulares, imponiéndose en los procesos de ingreso como personal laboral al servicio de la Administración las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad, como hemos comentado en otros números de esta revista. La unificación de doctrina desestima la posibilidad de aceptar el carácter indefinido de la relación laboral del trabajador con el organismo público, aplicando analógicamente su propia doctrina en supuestos de irregularidades en la contratación temporal por la Administración. Por tanto, los trabajadores cedidos ilegalmente serán considerados temporalmente como indefinidos pero nunca fijos; distinción que la propia sentencia razona aseverando que:

“(...) el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a que se ha hecho referencia (...) el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá causa lícita para extinguir el contrato” **STS de 19 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1973.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 17 de septiembre de 2002**, u.d., I.L. J 1978.

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Mantenimiento del convenio colectivo de la empresa cedente

La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de transmisión empresarial ha sido objeto de importantes precisiones jurisprudenciales que han debido solventar las lagunas de la regulación precedente, hasta la reforma operada en el art. 44 ET por Ley 12/2001. La **STS de 11 de octubre de 2002**, u.d., I.L. J 1991, aborda el problema de determinar el marco convencional por el que se rigen las relaciones de trabajo de los trabajadores que fueron objeto de una cesión por pertenecer al área de negocio afectada por un proceso de absorción entre empresas. En concreto, la discrepancia se limita a conocer si para el cálculo de las indemnizaciones por cambio de centro de trabajo y subvención por transporte, circunstancia en la que se vieron envueltos los trabajadores con posterioridad a la cesión, deben ser las previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente. En palabras del Tribunal, la cuestión “(...) consiste en determinar si como consecuencia de la subrogación producida, los trabajadores han tenido y conservan los discutidos derechos, o, por el contrario, como afirma la sentencia recurrida, al no disfrutar de los mismos en el momento del traspaso o cesión, octubre de 1997, no cabe invocar en octubre de 2000 como derecho lo que nunca pasó de ser una mera expectativa”. Dicho de otra manera, si como mantiene la sentencia de la instancia, en el momento en que se produce la decisión unilateral del empresario cesionario de trasladar a alguno de los trabajadores afectados por la transmisión de empresa, permanece vigente el derecho a percibir determinadas indemnizaciones previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente. La pervivencia de estos derechos a recibir indemnizaciones por traslado se sostiene en el hecho probado de que tales condiciones fijadas en convenio no han sido sustituidas por otras nuevas.

Por el contrario, el recurrente mantiene que tales condiciones convencionales quedan sometidas a plazo por mandato de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001. De conformidad con lo establecido en el art. 3.3 de la misma, la obligación del empresario cesionario únicamente se prolonga hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. En la medida en que el convenio colectivo de referencia pudiera considerarse vencido, las previsiones contenidas en éste no causarían efectos sobre las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión, quienes por tanto no podrían invocar los derechos indemnizatorios previstos para los supuestos de movilidad geográfica.

La jurisprudencia anterior permite sostener la aplicación del convenio de la empresa cedente que nunca se sustituyó por otro, por lo que debe entenderse prorrogado tácitamente, en tanto en cuanto no fuese denunciado por las partes. Por ello, “(...) el marco de las relaciones de trabajo de los actores en el momento de la cesión u consiguiente subrogación era el XV Convenio Colectivo, cuyo art. 28 contenía la expresión de un derecho cierto, que regulaba las cargas económicas que pesaban sobre la empresa en caso de que decidiese trasladar a los trabajadores desde el centro de Leganés a Madrid. Éste era el

instrumento que contenía el acervo de derechos que la empresa cesionaria estaba obligada a mantener a los trabajadores cedidos hasta que esas condiciones fuesen sustituidas, tal y como ha dicho la Jurisprudencia de esta Sala en las sentencias antes citadas, por otras de naturaleza convencional o legal, para evitar precisamente la petrificación de las relaciones de trabajo de determinados colectivos y permitir la necesaria homologación y uniformidad de situaciones laborales en una empresa” **STS de 11 de octubre de 2002**, u.d., I.L. J 1991.

En otro supuesto, en un proceso de transferencia de personal entre el Estado y una Comunidad Autónoma, el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la adecuación de la exigencia de un grupo de trabajadores que pretenden que se les abonen, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la nueva empleadora, los complementos de antigüedad perfeccionados al servicio de la anterior. La sentencia, recuerda cómo en el Convenio Colectivo aplicable, “se destaca la previsión de una cantidad en concepto de antigüedad que se percibirá al cumplir tres años o múltiplo de tres, quienes hubieren percibido anteriormente cantidades superiores las conservarán a título personal pero sin experimentar incrementos en el futuro” **STS de 4 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 2458.

El silencio del texto convencional con relación a los supuestos en que pudieran producirse percepciones inferiores permite al Tribunal recurrir al pacto que regulaba las condiciones de la transferencia. El mencionado pretendía la homologación de efectos retribuidos, “de suerte que la homologación sólo podrá consistir en aplicar al personal integrado las retribuciones del Convenio Colectivo si las de origen fueran iguales o inferiores y conservarlas en caso de ser superiores absorbiendo incrementos futuros”. La anterior circunstancia permite rechazar las pretensiones de los trabajadores.

B) Sucesión de empresas de economía social

La presencia de alguna de las modalidades de las conocidas como empresas de economía social en los procesos de transmisión y continuidad de actividades productivas requiere un tratamiento diferenciado al que ya hemos hecho referencia en crónicas anteriores. La **STS de 19 de julio de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 1765, reitera la doctrina unificadora de la Sala Cuarta, desestimando la oportunidad de exigir a una sociedad anónima laboral en la que se integran como titulares los trabajadores de una sociedad anónima en crisis, las deudas contraídas por esta última con la Tesorería General de la Seguridad Social. Desde una interpretación finalista, las previsiones en materia de subrogación empresarial pretenden defender la posición de los trabajadores frente a situaciones de cambio de empresario, manteniendo por esta vía los derechos de quienes se ven sometidos a un cambio de empresario. Por ello, el régimen jurídico previsto en el art. 44 ET no debe aplicarse en los supuestos estudiados por más que ambas sociedades poseen idéntica actividad, objeto social, domicilio, medios de producción, trabajadores y apoderado:

“cuando se aprecia un conjunto coordinado de acciones de los trabajadores afectados por el cese de la empresa para lanzar un nuevo proyecto empresarial utilizando algunos elementos patrimoniales y relaciones comerciales del anterior empleador, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capita-

lizado de las prestaciones de desempleo, esta actuación no sólo es en principio lícita, sino merece la protección del ordenamiento jurídico laboral”.

C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo

Cuando la ausencia de alguno de los requisitos previstos en el art. 44 ET impide la eficacia de los efectos subrogatorios contenidos en el mismo, la subrogación empresarial puede producirse en cumplimiento del convenio colectivo aplicable. Supuesto paradigmático, entre los convenios colectivos que prevén disposiciones en esta materia, es el de empresas de limpieza que, al término de la concesión de una contrata, prescribe el paso de los trabajadores de la empresa saliente con una nueva antigüedad mínima de tres meses a la nueva titular de la contrata de limpieza. La **STSJ de Andalucía de 4 de julio de 2002**, I.L. J 2267, defiende la aplicación de tales previsiones al conjunto de los trabajadores de la empresa sin que quepa distinguir en atención a la modalidad contractual. La sentencia argumenta que:

“(...) dicha obligación de la nueva adjudicataria del servicio le viene impuesta por el convenio colectivo provincial de aplicación, que por otro lado no establece más limitación que la de que el trabajador lleve más de tres meses en la empresa, sin efectuar distingo alguno en su condición de fijo o temporal (...)”.

Por otra parte, y aunque el tribunal no entra a discutir la licitud de una cláusula negocial que pudiera establecer tales diferencias entre trabajadores fijos y temporales, con toda probabilidad tales diferencias contravendrían el principio de igualdad de tratamiento previsto por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco sobre el contrato de duración determinada y en el art. 15.6 ET.

D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En tales supuestos, la jurisprudencia rechaza la aplicación del art. 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los arts. 1205 y 1257 del Código Civil, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En este sentido se pronuncian las **SSTS de 18 de septiembre y 7 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 1805 y 2026.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO