

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Grupo de empresas. A) Requisitos para la configuración de un grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales. B) Derecho de los trabajadores a elegir la empresa en la que integrarse. **3. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata. **4. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Responsabilidad solidaria de la empresa usuaria por fraude en la contratación temporal. B) Responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por obligaciones salariales. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios. **6. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo. C) Sucesión empresarial y extinción previa del contrato de trabajo. D) La subrogación no se extiende a derechos condicionados por la situación y naturaleza de la empresa. E) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual.

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 9 a 12 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1121 a J 1630) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS**A) Requisitos para la configuración de un grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales**

La STSJ de Madrid de 18 de abril de 2006, I.L. J 1573, trae a colación la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que hace depender la existencia de un grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales de la acreditación de que las empresas registran un funcionamiento integrado o unitario, reciben la prestación del trabajador simultánea o sucesivamente, la pretensión de eludir responsabilidades mediante la configuración artificial de empresas. Por ello, no cabe extender la responsabilidad al conjunto de las empresas del grupo cuando, como en el supuesto objeto de revisión, “no consta dato alguno del que poder colegir la existencia de un grupo de empresas, no constando ni la existencia de un entramado societario de participaciones en las sociedades demandadas, ni tampoco una administración común, ni tampoco la presencia de una dirección global, estando tan sólo acreditado que la marca Ernst & Young se utiliza por una serie de empresas locales en muchos países del mundo, entre ellas las codemandadas argentina y española, sin que conste que la norteamericana Ernst & Young LLP participe en éstas, dirija su gestión o intervenga en ellas de alguna forma, no habiéndose desvirtuado el contenido del hecho probado quinto y, por consiguiente, no puede tenerse en cuenta la pretendida antigüedad del actor, porque si bien es cierto que ha prestado sus servicios desde 1988 para tres empresas que utilizan la citada marca, no consta relación económica o laboral entre el pase de una a otra, sino que el mismo pudo deberse a las relaciones comerciales entre ellas”, STSJ de Madrid de 18 de abril de 2006, I.L. J 1573.

Por el contrario, debe condenarse solidariamente a las empresas que forman parte del grupo de empresas ante “la existencia de un mismo domicilio social; la constitución sucesiva de las demandadas por los mismos socios, habiendo idéntico accionariado; similar objeto social; tratarse de empresas familiares; participación de una empresa en el accionariado de otras dos empresas codemandadas; la contratación inicial del recurrente por EDAF Ediciones y Distribuciones, SA, que pasa a Editorial EDAF, SL, que surge de la escisión de la primera que traspaasa a esta empresa su activo y pasivo, con excepción de los inmuebles, y la existencia de una plantilla única. El requisito de plantilla única no se refiere a que sea sólo una de las empresas del grupo la que tenga trabajadores en su plantilla, como interpreta el recurrente, sino que se refiere a que los trabajadores son cambiados de una empresa a otra sin ningún interés o causa que no sea el de las propias empresas del grupo”, STSJ de Madrid de 4 de abril de 2006, I.L. J 1595.

B) Derecho de los trabajadores a elegir la empresa en la que integrarse

En números anteriores, [núm. 22, Crónica III.3.A)], se ha señalado la debilidad de los argumentos jurisprudenciales que conducen a la aceptación de la licitud de prácticas de circulación, entre las diversas empresas de un grupo, de los trabajadores contratados por alguna de éstas. En concreto, se critica la hipotética legalización de un claro supuesto de

cesión de trabajadores, es decir, una excepción a la aplicación de la prohibición prevista por el artículo 43 ET en determinados supuestos. La tesis jurisprudencial se sustenta en un dato teleológico, de compleja aprehensión y sin reflejo normativo, en la medida en que se presume que los fenómenos de circulación dentro del grupo, habitualmente, no persiguen la ocultación del empresario real, sino la atención de necesidades productivas. Por otra parte, la alusión a la garantía de los intereses de los trabajadores queda excesivamente difusa, especialmente cuando se hace referencia a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 43 ET, entre otras razones porque si nuestra hipótesis es acertada, la aplicación de dicho precepto no se ha de producir por vía analógica, pues el que las empresas afectadas formen parte de un mismo grupo no es obstáculo para proceder a aplicar directamente las consecuencias previstas en dicho precepto, cuando estas empresas incurran en el comportamiento prohibido definido como cesión ilegal de trabajadores, es decir, “cuando contraten trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”.

A nuestro juicio, la prohibición legal hace referencia a un comportamiento objetivo, a una determinada conducta descrita en términos fácticos, con independencia del móvil defraudatorio que se esconda tras el mismo. Más allá del ánimo perseguido por el empresario, el objetivo del legislador laboral es colocar al margen de la legalidad toda situación, cuyos efectos, perseguidos o no, sean la aparición como empleador formal de quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador. En sí misma, esa dislocación subjetiva en la persona del empleador provoca inseguridad jurídica al trabajador acerca de cuál es su situación contractual, y tal es la razón por la que el legislador pretende reprimirla con carácter general. Precisamente, el elemento de innovación legislativa que se incorpora en la legislación laboral, respecto de la prohibición civil del fraude de ley, con la prohibición de la cesión de trabajadores, es el de la objetivación del ilícito, lo que permite suprimir la exigencia de demostrar la existencia de un perjuicio singular o de una deliberada elusión de la normativa imperativa; de no ser así, se trataría de un precepto absolutamente innecesario, por aplicación directa de lo previsto en el artículo 6.4 del Código Civil.

En esta línea, la STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1364, reconoce el derecho de los trabajadores a integrarse en la empresa del grupo elegida, tras considerar probada la existencia de una situación abusiva en el uso de la forma societaria, en un supuesto en el que se concluye la existencia acumulativa de un buen número de los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia y, en concreto:

“1º Un régimen total de participación financiera por el que la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales es la única propietaria de Babcock Borsing España, SA y de Babcock Wilcox Española, SA, y ésta a su vez es la única propietaria de Babcock Montajes, SA. 2º Existe entre todas ellas una apariencia externa de unidad, a tal punto que todas ellas son identificadas con la denominación Babcock. 3º Las empresas se hallan dirigidas indistintamente por las mismas personas físicas. 4º Las empresas usan indistintamente los medios materiales e instalaciones de que disponen, al margen de la que figure como titular formal. 5º Las empresas participan conjuntamente en la ejecución de las obras que le son encargadas por los clientes. 6º Las empresas hacen uso indistinto de los servicios laborales

de los trabajadores, con independencia de la empresa a la que estén formalmente adscritos. 7º La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales no se limita a supervisar el uso de las ayudas económicas que aporta sino que interviene en la gestión directa de las actividades y de las relaciones laborales mediante actos propios de un empleador y responsable superior de las empresas codemandadas, a tal punto que en algunas situaciones alguna empresa desempeña una misión puramente formal, dando la apariencia de ser la parte empleadora”, STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1364.

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

La dificultad de aplicación práctica del régimen jurídico laboral previsto para contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET), en numerosas ocasiones, tiene su origen en la utilización de dicha fórmula como modalidad encubridora de cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral (artículo 43 ET), particularmente cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con organización e infraestructuras propias. La STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006, I.L. J 1363, aborda un supuesto identificable con la descripción previa, en el que el Tribunal niega la existencia de cesión ilegal al considerar que la contratista, junto a los trabajadores, puso a disposición de la empresa principal su propia organización e infraestructura.

“Aplicada la doctrina jurisprudencial anterior al presente supuesto, no puede accederse a la declaración de cesión ilegal de mano de obra interesada. Los demandantes fueron contratados por la empresa IME y durante muchos años han prestado sus servicios de mantenimiento eléctrico en la FIMB, en la actualidad BEC. Probado que desde 1964 IME prestaba servicios de mantenimiento eléctrico para la FIMB en virtud de contrato verbal, hasta que se rescindió esa relación el 18 de marzo de 2004, las labores desarrolladas por los demandantes en la FIMB han tenido las siguientes características: a) el Sr. Carlos Alberto ha trabajado en la FIMB durante determinadas épocas del año, haciéndolo durante las restantes en otras empresas y lugares a cargo de IME; b) el Sr. Everardo realizaba en la FIMB funciones de encargado para el empresa IME, organizando a los trabajadores de su plantilla que trabajaban allí, siendo quien rellenaba los partes de trabajo que entregaba tanto a los responsables de la FIMB como de IME; c) no disponiendo IME de locales en la FIMB, utilizaban los vestuarios de los trabajadores pertenecientes a la FIMB, portando ropa de trabajo con el anagrama de la FIMB al objeto de poder ser identificados, y disponiendo de tarjeta de fichaje perteneciente a la FIMB para el control de los trabajadores que ejercían su actividad laboral en ella; d) prestaban sus servicios junto con otros trabajadores contratados directamente por la FIMB y con otros pertenecientes a otras subcontratas relativas a distintas actividades, recibiendo órdenes del Director de Mantenimiento de la FIMB para coordinar los distintos servicios, pero con supervisión periódica de las labores de los actores por responsables de la empresa IME (formando las demandantes parte del equipo de mantenimiento de la FIMB en su calidad de electricistas, ponían sus teléfonos

a disposición del Departamento de Mantenimiento); e) las herramientas utilizadas en las labores ejecutadas eran facilitadas tanto por la FIMB como por IME; f) los elementos de seguridad eran entregados por la FIMB, existiendo un plan de prevención de riesgos laborales de los trabajadores de IME en la FIMB suscrito entre el representante de IME y el coordinador de la FIMB, recibiendo cursos de formación tanto a instancia de la FIMB (tal como se ha probado en la revisión del motivo tercero) como de IME (según se desprende de los documentos incorporados a los folios 274 a 298 invocados por dicha empresa en su escrito de impugnación al recurso); g) el calendario de trabajo, los horarios de entrada y salida, y las fechas de disfrute de vacaciones de los demandantes, no eran los mismos de los de los trabajadores de la FIMB; h) IME tramitaba las bajas y las vacaciones de los demandantes, y si se producía una situación de IT, el trabajador que lo sustituía era de la empresa IME.

Los datos anteriores nos permiten considerar que la empresa IME, con estructura organizativa, productiva y empresarial propia, no se limitó a ceder la mano de obra de los demandantes a las codemandadas FIMB-BEC, sino que, durante los largos años en los que les prestó sus servicios de mantenimiento eléctrico, puso a su disposición los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial y actuó como empresario real de los demandantes. En consecuencia, sin que pueda confundirse en este caso el tráfico prohibido de trabajadores contemplado en el artículo 43.3 del ET con la lícita figura de la subcontratación de obras o servicios regulada en el artículo 42 del ET, figura en la que queda amparada la actuación de IME respecto a las codemandadas (había actuaciones coordinadas entre ellas, tal como exige el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre), previa desestimación del recurso interpuesto, debemos confirmar la sentencia de instancia”, STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006, I.L. J 1363.

La lectura de los párrafos precedentes permite comprobar el amplio margen de decisión que obra en poder del Tribunal en la estimación de los indicios que permiten considerar cuándo la empresa contratista ha puesto a disposición de la principal su organización e infraestructura.

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

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de junio de 2006, I.L. J 1473, resuelve una reclamación efectuada por un trabajador, de profesión electricista, contratado por una empresa contratista, mediante un contrato de obras o servicio determinado cuyo objeto era la conservación y mantenimiento de diversos edificios de una universidad pública. Adjudicado con posterioridad dicho servicio a una nueva empresa contratista, el trabajador fue inmediatamente cesado por finalización de su contrato. En tales supuestos, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15 de enero de 1997) sostiene la licitud del proceder empresarial, pues aunque es claro que la prestación laboral no tiene por objeto la ejecución de una obra, entendida ésta como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida que opera como un límite temporal previsible. A tales efectos no resulta decisivo que la necesidad cubierta por la contrata de

servicios tenga carácter temporal o permanente, pues desde el punto de vista jurídico lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo.

“En el supuesto enjuiciado el recurrente aunque reconoce como cierta y aplicable la doctrina sobre la contrata y los contratos de obra y servicio determinado que anteriormente se ha expuesto, se alega que la circunstancia de la contrata y que la vigencia del contrato se hacía depender de la contrata no se consignó en el contrato, y además la obra objeto de contrato no había finalizado. No lleva razón el recurrente. Consta en el hecho probado primero que el objeto del contrato era la conservación y mantenimiento de diversos edificios de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y al hecho probado tercero consta el contrato administrativo de la empresa demandada con la Universidad.

La empresa mantuvo vivo el contrato durante todo el tiempo que dura el servicio de mantenimiento contratado con la Universidad, e incluso se presenta al nuevo concurso convocado por la Universidad para contratar el mantenimiento por otro período, pero no resulta adjudicada y sí otra empresa, por lo tanto la obra o servicio determinado se extinguió cuando acabó la contrata, pues si el objeto del contrato era la conservación y mantenimiento de diversos edificios de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, como consta en el contrato formalizado al trabajador, éste ya sabía desde ese momento que si la empresa no realizaba tal mantenimiento sus contrato de trabajo ya carecía de objeto, y por tanto a la extinción de la contrata se extinguió el servicio, (...)”, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de junio de 2006, I.L. J 1473.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Responsabilidad solidaria de la empresa usuaria por fraude en la contratación temporal

El TS se pronuncia, en unificación de doctrina, sobre la responsabilidad de la empresa usuaria en un supuesto en el que una trabajadora presta servicios ininterrumpidos para una determinada empresa en virtud de sucesivos contratos de puesta a disposición para realizar los mismos cometidos laborales. En concreto, se trata de dilucidar si cuando una Empresa de Trabajo Temporal y una empresa usuaria cubren con un mismo trabajador una necesidad de carácter no temporal, sirviéndose de sucesivos contratos de puesta a disposición, la aplicación del artículo 16.3 LETT limita la responsabilidad de ambas empresas únicamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, o si, por el contrario, tal responsabilidad alcanza a la indemnización por despido, de inexistente naturaleza remuneratoria.

El Alto Tribunal se decanta por la segunda de las opciones, conclusión a la que llega tras argumentar que bien “pudiera afirmarse que algunos supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la ETT, de manera que las consiguientes responsabilidades serían de injusta exigencia a esta última empleadora. Pero frente a tal consideración cabe argumentar: a) limitar las obligaciones

de la ETT – en este aspecto– a que el CPD obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad –por analogía– de las previsiones del antiguo artículo 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las ya citadas SSTs de 26 de noviembre de 1990, rec. 645/1990; 30 de junio de 1993, rec. 720/1992; 26 de enero de 1998, rec. 2365/1997; 21 de diciembre de 2000, rec. 4383/1999; 26 de septiembre de 2001, rec. 558/2001; 23 de enero de 2002, rec. 1759/2001, y 4 de abril de 2002, rec. 3045/2001); c) aun para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria –e infractora– respecto de las obligaciones de la ETT (artículo 12 LETT), y d) alguna otra garantía –también laboral– correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria (cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTs de 11 de septiembre de 1986, 17 de enero de 1991 –rec. 2858/1989– y 2008 de julio de 2003 –rec. 2885/2002–) en manera alguna excluye la reclamación –de todo orden– que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora.” STS de 4 de julio de 2006, u.d., I.L. J 1446.

Las anteriores consideraciones y similar fallo, referidas ahora a un supuesto de despido calificado judicialmente como nulo, son reiteradas por la STS de 28 de septiembre de 2006, u.d., I.L. J 1507, en la que la puede leerse:

“Lo que nos parece ya meridianamente claro es que la expresión legal examinada (‘los términos que legalmente se establezcan’) no comprendería –como integrante de cesión ilegal– determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el artículo 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del artículo 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las excusiones previstas por el artículo 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del artículo 6.4 CC”, STS de 28 de septiembre de 2006, u.d., I.L. J 1507.

B) Responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por obligaciones salariales

Las consecuencias comentadas en el apartado anterior son únicamente aplicables en supuestos de fraude en la contratación por incumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 6.2 y 8 LETT; es decir, cuando el contrato de puesta a disposición se haya celebrado para supuestos diversos a los fijados por el artículo 15 ET, para sustituir a trabajadores en huelga, para trabajos especialmente peligrosos, para cubrir puestos de trabajo amortizados en los doce meses anteriores o para cederlos a otras empresas de trabajo

temporal. Por el contrario, cuando no pueda acreditarse la contratación fraudulenta, “la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad será solidaria en el supuesto de que el referido contrato se haya hecho incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de esta Ley” (artículo 16.3 LETT). Haciendo uso de literalidad del precepto legal, la sentencia concluye que “únicamente la responsabilidad de la empresa sería solidaria en el supuesto en que la relación laboral de trabajadores se haya prolongado una vez finalizado el plazo de puesta a disposición o se trate de un supuesto en el que no esté permitida la celebración de un contrato de puesta a disposición, no habiéndose producido ninguna de esas circunstancias en el supuesto de autos ...”, STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006, I.L. J 1132.

5. CESIÓN ILEGAL

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

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. La constatación de indicios contrarios conducen en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de marzo de 2006, I.L. J 1383, a determinar la existencia de cesión ilegal en un supuesto en que, a juicio del Tribunal, la empresa principal ejercita el poder de dirección efectivo y ordinario sobre la actividad diaria del trabajador. En concreto, la sentencia considera suficiente el indiscutido hecho de que “el trabajador habiendo sido contratado por FORESMA, SA, vino en realidad prestando sus servicios como rescatador integrado entre los efectivos de los helicópteros que empleaba la recurrente en la realización de las actividades que tenía contratadas con la Administración de la Comunidad Autónoma, sin que FORESMA, SA –carente de presencia en Gran Canaria– se ocupase más que de cubrir la mínimas apariencias, entregando al actor un chaleco y abonándole su salario” STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de marzo de 2006, I.L. J 1383.

Paralelamente, cuando entre las empresas en presencia existe un vínculo que permite considerarlas partes de un grupo de empresas, la circulación de trabajadores es admitida por la jurisprudencia siempre que la movilidad del trabajador se deba a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las citadas empresas y siempre que se hayan establecido las garantías necesarias para el trabajador. Pero la existencia de tales requisitos no debe presumirse, de manera que en tales casos corresponderá a las empresas afectadas la correspondiente carga de la prueba sobre dichos extremos, por lo que en caso contrario, es decir, cuando “no consta debidamente acreditada que la movilidad del traba-

jador entre las empresas del Grupo obedezca a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las citadas empresas, ni que la misma se haya estructurado formalmente con las necesarias garantías para el trabajador”, deberá apreciarse cesión ilegal de trabajadores por infracción de lo previsto en el artículo 43 ET, y en su virtud, “el trabajador sometido al tráfico prohibido tendrá derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria”, STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2006, I.L. J 1615.

Por el contrario, cuando los indicios conducen a entender que la empresa contratista ha puesto a disposición de la principal su organización empresarial, debe negarse la existencia de cesión ilegal. Es el caso de un supuesto de recaudación municipal, en el “que los medios materiales (al menos los principales que eran los ordenadores) eran propiedad del Recaudador, que empleaba estos ordenadores exclusivamente en esta labor (con lo que se descarta que el empresario, aunque disponga de esta estructura material y patrimonio, no los aporte), las órdenes e instrucciones las impartía el Recaudador, éste era titular de una línea telefónica, que pagaba directamente a la empresa suministradora, todo ello al margen del cumplimiento de los requisitos formales (y aquí también materiales) propios de la relación laboral (contratos, salarios, alta y cotización en Seguridad Social, etc.) y sin que tenga relevancia que en el carné identificativo del personal del Recaudador (los actores) figurara un sello del Ayuntamiento, puesto que, efectivamente, en el dorso constaba que eran auxiliar recaudador agente ejecutivo del Ayuntamiento, lo que es cierto”, STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de mayo de 2006, I.L. J 1471.

En el mismo sentido, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de junio de 2006, I.L. J 1476, desestima la pretensión de calificación de cesión ilegal un supuesto de prestación de servicios de extinción de incendios por una Asociación para la Administración Autónoma. Para el Tribunal, resulta “obvio que de esta aportación de los medios de funcionamiento del servicio y un seguro de vida no son elementos suficientes para que exista cesión ilegal ya que, incluso independientemente de que no concurren la nota de apariencia externa o confusión entre cedente y cesionario (circunstancia en la que los recurrentes insisten olvidando que es una nota típica de la institución del grupo de empresas más que de la cesión ilegal) la clave reside en el incuestionado dato fáctico de que la citada Administración Pública no intervenía en la organización del servicio, en absoluto, sino que la Asociación Palmera de Bomberos Voluntarios era la que organizaba el trabajo dentro del Parque de bomberos, fijando los turnos de guardia, tareas a realizar, su distribución entre los bomberos voluntarios, vigilando su cumplimiento, ejerciendo la potestad disciplinaria hacia los miembros de la asociación y personal laboral, así como abonándoles las nóminas a su personal laboral y dietas por guardias al personal no laboral”, STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de junio de 2006, I.L. J 1476.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El artículo 44.2 ET considera que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un

conjunto de medios organizados para llevar a cabo una determinada actividad económica, sea ésta accesoria o esencial. Cuando el objeto del contrato entre una comunidad de propietarios y una empresa turística es el arrendamiento en régimen de explotación turística extrahotelera de los apartamentos propiedad de los miembros de la comunidad de propietarios no cabe apreciar reversión de empresa una vez finalizada la duración de dicho contrato, particularmente cuando queda acreditado que la Comunidad de propietarios no se ha hecho cargo de la explotación del complejo de apartamentos, el cual está sin actividad desde que cesó en la explotación la empresa turística. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 6 de abril de 2006**, I.L. J 1369, aborda dicho supuesto, para cuya resolución trae a colación una sentencia previa de dicha Sala, de 16 de julio de 2003, sobre similares hechos en los siguientes términos:

“Según la doctrina jurisprudencial española, para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es preciso la concurrencia de dos requisitos:

a) Autonomía, es decir, la unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional, y b) Continuidad, la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios.

De tales elementos se desprende la necesidad de que en los supuestos de sucesión de empresas exista una transmisión patrimonial entre los sucesivos empleadores, es decir, la transmisión de una unidad patrimonial con vida propia.

Pero tal interpretación no es ajustada a la que hace el Derecho Comunitario Europeo. Para la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 (hoy sustituida por la 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998) sobre aproximación de la legislación de los estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de centros de actividad y la jurisprudencia que la interpreta (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1987, asunto Ny Molle Kro, 10 de febrero de 1988, asunto Daddy's Dance Hall, 12 de noviembre de 1992, asunto Watson Rask y Christensen, 5 de diciembre de 1999, asunto Allen, 18 de marzo de 1996, asunto Spijkers y 11 de marzo de 1997, asunto Sützen) a los efectos de determinar si ha existido o no sucesión de empresas, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas (cedente y cesionaria), o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único, debiéndose tener en cuenta además todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate (tipo de empresa, valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, la transmisión o no de la clientela, grado de analogía de las actividades, etc.)

Al respecto resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998 que declara que ‘el artículo 1, apartado 1º, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la limpieza de sus locales o de una parte de éstos decide poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad que persigue un objetivo propio’. En tal sentido sostiene que en determinados sectores económicos, como el de limpieza, los elementos de activo material e inmaterial se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.

La entidad económica es algo más que la actividad y resulta de elementos tales como el personal que la integre, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación y, en su caso, los medios de explotación de que dispone. Aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios a considerar, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión. Y así, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad, independientemente de la operación de que es objeto, no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

En el supuesto cuya resolución nos ocupa existe transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una empresa dedicada a la explotación de un complejo turístico de apartamentos, es esto mismo, un complejo de apartamentos en funcionamiento, lo que se transmite. Pero nos encontramos con dos datos que nos llevan a la conclusión de que no ha existido sucesión de empresas, por una lado, que la contrata mercantil existente entre la comunidad de propietarios y la empresa que explotaba el complejo turístico se extingue a instancias de la empresa arrendataria y, en segundo lugar, que la extinción unilateral de la contrata obliga a la comunidad de propietarios a recibir el complejo de apartamentos como estaba, pero no consta que a continuación se dedicara directamente a poner en explotación el mismo, sino que ha comenzado a realizar obras de reforma y rehabilitación del edificio”.

A mayor abundamiento, “si resulta innegable que inicialmente los titulares de determinados bungalows ejercieron a través de la Comunidad de Propietarios una actividad de explotación turística, también lo es que la entrada en vigor de lo preceptuado en el apartado 1 artículo 39 Ley 7/1995 marca su fin; la Comunidad ‘explotadora’ desaparece y con ella el personal que venía sirviéndola”, **STS de Canarias (Las Palmas) de 6 de abril de 2006**, I.L. J 1369.

Sobre similares hechos, y con el mismo resultado, se pronuncia también la **STS de Canarias (Las Palmas) de 22 de marzo de 2006**, I.L. J 1382.

Similar doctrina se vierte para negar la existencia de sucesión empresarial en un supuesto de cambio de distribuidor de productos de una empresa. En concreto, “la distribución exclusiva de los productos de Anita de R. Gelvin GMBH por parte de Coflexor no es una entidad económica en los términos que pueden deducirse de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001. En este sentido se exige que se trate de un conjunto organizado de medios a fin de que una actividad económica pueda mantenerse y subsistir con un carácter autónomo, independiente y funcionalidad propia. Desconocemos que haya un campo de actividad empresarial que se desarrolle a través del objeto que estamos examinando, que haya una diferenciación en medios y personas. Por contra existe una fabricación y una distribución exclusiva de productos, pero desconocemos si Coflexor realiza otros objetos, prestaciones o actividades, o si hay una limitación específica al producto de Anita, elemento esencial y de necesaria prueba para poder aplicar el artículo 44 ET. El cambio de distribución no supone la afectación del artículo 44 ET careciéndose de esos sustratos o elementos de la actividad a los que hemos hecho referencia”, **STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006**, I.L. J 1228.

Por último, la **STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 1234, resuelve un supuesto en el que una empresa, que anteriormente venía realizando con sus medios la limpieza de sus instalaciones, decide externalizar dicha actividad contratando el servicio con una empresa de limpieza por un período determinado; finalizado este período, la empresa principal decide rescindir el contrato mercantil y encomendar la limpieza de sus instalaciones a la persona que ejercía las labores de gerente de la empresa contratista. La sentencia no desconoce la posibilidad de que la sucesión entre contratistas se produzca sin transmisión de elementos patrimoniales, en aquellas actividades, como la que nos ocupa, en la que los elementos personales tienen un mayor protagonismo; pero la posibilidad de subrogación empresarial queda condicionada a que se produzca la permanencia de una parte relevante del personal que realizaba la actividad objeto de transmisión, no siendo posible la aplicación del artículo 44 ET en caso contrario. En opinión del órgano juzgador, “en este caso no podemos hablar ni de unidad productiva, principal o accesoria, ni tan siquiera de actividad propia de la empresa, puesto que tampoco concurre ningún desplazamiento personal mediante el mantenimiento o renovación de contratos particulares para la actividad de limpieza. Simplemente se ha cesado en la adjudicación, y no se realiza nueva contratación con empresa alguna. En este caso, en el que se carece de cualquier elemento de transmisión, personal o patrimonial, no concurre supuesto alguno de aplicación del artículo 44 ET”, **STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 1234.

Por el contrario, sí se aprecia subrogación empresarial por mandato legal cuando, en un supuesto de sucesión de contratos de servicios públicos, la empresa entrante se hace cargo de un porcentaje alto de trabajadores de la saliente. En concreto, en supuestos en que, “efectivamente no ha existido transmisión de elementos patrimoniales entre la antigua y la nueva empresa pero el nuevo empresario, EULEN, SA, como consecuencia de la adju-

dicación del contrato administrativo de servicios de teleoperación 061 y cita previa se ha hecho cargo de la plantilla adscrita a este servicio”, **STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2006**, I.L. J 1533; o para el caso de una empresa de telemarketing que es sustituida por otra a fin de llevar a cabo el trabajo que ésta realizaba mediante un contrato de arrendamiento de servicios, tras advertir que “la actividad de la demandada descansa fundamentalmente en la mano de obra y no en los elementos patrimoniales que, tal como consta probado se reducen a ordenadores que la empresa ponía a disposición de los trabajadores, por lo que, dado su escaso valor, carece de trascendencia, al efecto de determinar si ha existido o no sucesión de empresas, el hecho de que no se haya efectuado transmisión de los elementos patrimoniales”, **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2006**, I.L. J 1541; y cuando la empresa entrante asume todos los trabajadores de la saliente, como es el caso analizado en la **STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1569, o una parte sustancial de ésta como en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de mayo de 2006**, I.L. J 1551.

B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo

Cuando por alguno de los motivos más arriba comentados, el cambio de titularidad de la contrata de servicios no es considerado sucesión de empresa, a los efectos previstos en el artículo 44 ET, los efectos subrogatorios en éste previstos pueden imponerse vía pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio, o bien por disposición del convenio colectivo aplicable. Ahora bien, cuando la subrogación empresarial se produce por aplicación del convenio colectivo, habrá que estar a lo dispuesto en la correspondiente norma convencional para determinar los requisitos aplicativos y la extensión de la responsabilidad, no siendo aplicable, salvo expresa remisión, lo previsto en la norma legal. Los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento de la empresa entrante de cierta información sociolaboral relativa al personal afectado por la subrogación. El incumplimiento de alguna de estas obligaciones puede enervar la obligación de subrogación que en caso contrario pesaría sobre el empresario entrante; consecuentemente la satisfacción de dichas obligaciones de información deben liberar al empresario saliente de la responsabilidad derivada de la extinción de los contratos de los trabajadores afectados, salvo en supuestos de fraude de ley.

En aplicación de lo previsto en el Convenio Colectivo de Entrega Domiciliaria, la **STSJ de Navarra de 30 de mayo de 2006**, I.L. J 1416, exime de responsabilidad por despido a la empresa saliente, quien “contactó con la nueva contratista (...) para comunicarle los datos de los trabajadores afectados por la subrogación empresarial y poner a su disposición la documentación exigida en el artículo 18 del Convenio Colectivo del sector, a pesar de lo cual esta última no se hizo cargo de los trabajadores subrogados”. Similares efectos eximentes derivan del fallo en el supuesto analizado en la **STS de 20 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 1304, que en esta ocasión se ve obligado a interpretar el contenido del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

C) Sucesión empresarial y extinción previa del contrato de trabajo

La posibilidad de subrogación empresarial en aplicación de lo previsto en el artículo 44 ET presupone la vigencia de los contratos de trabajo afectados por la sucesión empresarial. De esta manera, los efectos previstos en dicho precepto legal no han de ser aplicables a las relaciones laborales finalizadas en un momento anterior a la fecha en que se produce la transmisión empresarial. Dicho lo anterior, el ordenamiento laboral no puede amparar comportamientos elusivos, que pretendan la inaplicación de las previsiones legales. En este sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006**, I.L. J 1563, aborda un supuesto que califica como sucesión encubierta, “principalmente, porque las dos empresas tienen el mismo objeto social y porque la trabajadora demandante, transcurridos sólo seis días desde la extinción del contrato de trabajo con ‘Manipulación y Transporte Editorial, SA’, es contratada por la empresa ‘Manipulados Ortega, SL’ para prestar los mismos servicios y en el mismo centro de trabajo que con la anterior empresa, sin que la extinción del primer contrato pueda considerarse impeditiva de la consideración de sucesión empresarial, por cuanto ello significaría poner la carreta delante de los bueyes, es decir, considerar como premisa lo que es una consecuencia. Y es que nunca puede ser determinante para considerar la existencia de transmisión empresarial, la extinción previa —con breve intervalo de tiempo, como ocurre en este caso— del o de los contratos de trabajo existentes en la empresa transmitida, puesto que si se quiere ocultar la transmisión para evitar la subrogación empresarial impuesta por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, nada más fácil, para burlar la aplicación del mismo, que extinguir los contratos de trabajo antes de efectuar el negocio jurídico a través del cual se consuma la transmisión empresarial”, **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006**, I.L. J 1563.

D) La subrogación no se extiende a derechos condicionados por la situación y naturaleza de la empresa

La continuidad de las relaciones de trabajo lleva aparejada la obligación del nuevo titular de la empresa de asumir la posición contractual laboral del precedente, subrogándose en los derechos y obligaciones que puedan derivarse. Simplificadamente, la técnica subrogatoria permite la novación del elemento subjetivo sin afectar a los elementos objetivos del contrato de trabajo. A pesar de lo dicho, la jurisprudencia entiende que no quedan cubiertos por dicha garantía los derechos reconocidos al trabajador atendiendo a la naturaleza o actividad de la empresa cedente cuando la empresa cesionaria no posee similares características. En concreto, las **SSTS de 12 de julio y de 26 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1261 y 1490, abordan las reclamaciones de sendos trabajadores por incumplimiento de la obligación de suministrar billetes de avión gratuitos o a precio reducido establecida en el Convenio Colectivo de la empresa cedente. En opinión del Tribunal Supremo, “estamos en presencia de un derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral con Iberia; y, por consiguiente, no puede ser reconocido, aun cuando exista un pacto de subrogación como el antes contemplado, a quienes han pasado al servicio de otra empresa que (...) no reúne las condiciones determinantes del derecho en cuestión, ya que no posee flota propia de aviones como ocurría con Iberia y está dedicada exclusivamente a prestar servicios de *handling*, es decir en tierra”.

E) 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. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de abril de 2006**, I.L. J 1241, trae a colación la reiterada jurisprudencia en la materia para revocar la sucesión empresarial acordada entre las empresas, afirmando:

“el traspaso de trabajadores desde la empresa IBERIA LAE a la segunda operadora del servicio de *handling* en el aeropuerto de Las Palmas, aunque tenía su origen en el marco de la liberalización del transporte aéreo (Directiva Comunitaria 96/67 CEE) y como consecuencia de la apertura a la competencia de un segundo concesionario o segundo operador de actividades u operaciones que Iberia, SA desarrollaba antes en régimen de monopolio, los títulos en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas han sido sendos acuerdos contractuales de Iberia, SA, con los segundos operadores code mandados, con la aceptación posterior de los sindicatos más representativos en la empresa cedente. Pero no produjeron la transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma como requería el artículo 44 ET para poder hablar de una sucesión legal, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de un convenio colectivo que previera aquella subrogación. Se produjo, pues, una subrogación sobre el Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el artículo 1205 CC”.

Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1479, sostiene la aplicabilidad del artículo 44 ET en dichos supuestos, aunque acata la tesis sostenida por la jurisprudencia, a favor de la nulidad de las subrogaciones producidas sin consentimiento de los trabajadores afectados:

“En la realidad que subyace en la presente litis que no es otra que la concesión de la explotación del servicio de *handling*, (que se caracteriza porque lo esencial en el mismo es la mano de obra), por una nueva empresa que asume la totalidad de la plantilla que realiza la parte de actividad que se transfiere, y cuyo objeto es precisamente la explotación del *handling*, configurándose éste como una actividad autónoma susceptible de constituir el objeto de una empresa.

Por tanto, en el supuesto objeto de recurso se ha producido la transmisión de una unidad productiva autónoma, o de parte de un centro de actividad, en virtud no de un acuerdo de partes, sino de una concesión administrativa, con la obligación de asumir junto con la actividad la totalidad del personal que realizaba la misma.

Ello, a juicio de la Sala, constituye una sucesión empresarial que encuentra su cobertura en el artículo 44 del ET, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues dicho precepto regula la materia de la transmisión de empresas y ha de estar acomodado a las Directivas.

Estima, pues, la Sala que la subrogación de Eurohandling en la actividad de Iberia en el *handling*, en virtud de la concesión y con apoyo en el pliego de condiciones, constituye

una transmisión de empresas amparada por el artículo 44 ET, lo que obliga a desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, sin que quepa hablar de nulidad de la subrogación al no requerir el artículo 44 ET consentimiento de los trabajadores.

El Tribunal Supremo, que venía revocando estas Sentencias de forma más o menos mecánica, reproduciendo las Sentencias propias con el nuevo criterio jurisprudencial, da explícita respuesta a los argumentos que esta Sala exponía en sus sentencias en la Sentencia de fecha 20 de octubre de 2004.

Aunque la Sala no comparte íntegramente los criterios que en dicha sentencia se sostienen, entiende que la misma da respuesta a su sentencia, y, por tanto, estima que debe acatarla, por lo que acuerda cambiar su criterio y aceptar que en la subrogación de Iberia a Eurohandling es necesario el consentimiento del trabajador para que la misma tenga lugar”, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2006, I.L. J 1479.

El consentimiento de los trabajadores es también exigido por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de mayo de 2006, I.L. J 1548, en un supuesto en el que un Ayuntamiento decide externalizar el servicio de limpieza de edificio y locales. En palabras de la Sentencia, el artículo 44 ET no resulta aplicable, fundamentalmente porque según queda acreditado, “el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio del Ayuntamiento, porque éste continúa desarrollando la misma actividad –continúa con una limpiadora– porque el tratar de imponer el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador y tal cambio no puede hacerse sin el consentimiento de los trabajadores, en cuanto deudores de las obligaciones legales que incumban al empresario, por mor de lo establecido en el artículo 1205 del Código Civil”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO