

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar **2. Empresario.** A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Extinción de contratos temporales vinculados a la duración de una contrata y nueva contrata posterior. C) Responsabilidad por extinción de contrato como consecuencia de rescisión de la contrata. D) Responsabilidad de la empresa principal: no alcanza a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación. E) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Responsabilidad exclusiva de la Empresa de Trabajo Temporal en caso de despido. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: opción por la fijeza en supuestos de Administraciones Públicas. **7. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. C) Sucesión de contratas y extinción de los contratos temporales celebrados en atención a las mismas. D) 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 5 a 8 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 585 a 1120) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas.

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

2. EMPRESARIO

A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación —derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar— y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración —que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial—, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dada por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y

el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’; y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores.’” Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, la **STS de 29 de junio de 2006**, u.d., I.L. J 1001, centrada, recordemos, en analizar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa del abono de la paga extraordinaria de antigüedad de los profesores, señala, trayendo a colación y reiterando la doctrina unificada de la Sala, principalmente la contenida en la STS de 7 de febrero de 2006, que “el pago de la gratificación extraordinaria de antigüedad debe recaer en la Administración educativa en los supuestos en que no haya resultado acreditado que en el año de la reclamación no se hubiese agotado la dotación presupuestaria”. En el caso de autos, al no quedar acreditado tal agotamiento, se estima el recurso de casación interpuesto por el Colegio y se afirma la responsabilidad de la Administración educativa.

La falta de contradicción alegada impide a la **STS de 16 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 739, pronunciarse acerca de si la doctrina contenida en la STSJ de Extremadura, que confirma el pronunciamiento de la sentencia de instancia, es la adecuada en la resolución del debate planteado. Apuntemos, no obstante, que la sentencia de instancia condenó solidariamente a la Junta de Extremadura y a la empresa demandada a abonar la paga prevista en el artículo 61 del IV Convenio de las empresas de enseñanza privada sostenidas con fondos públicos para el personal con 25 años de antigüedad en la empresa, pese a que la cantidad presupuestada para el módulo de salarios había sido ya superada en la correspondiente anualidad, pues, según el juzgador de instancia no podía aplicarse en relación al concepto reclamado el límite del artículo 49.6 de la LODE más arriba mencionado, dado que no se trataba de una alteración salarial, sino de un mero cambio en la calificación de un concepto que hasta entonces venía siendo abonado como mejora social de jubilación y que en el IV Convenio Colectivo del sector se considera salario. Sobre esta cuestión, cabe señalar que entre los argumentos y fundamentos utilizados por la recién citada STS de 29 de junio de 2006, u.d., I.L. J 1001, se recoge uno en el que, recordando pronunciamientos precedentes de la Sala, se afirma que “la llamada ‘paga extraordinaria por antigüedad’, establecida por el artículo 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada (...) tiene reconocida naturaleza salarial, porque se encuadra en el capítulo de retribuciones y se satisface como remuneración a una larga prestación de

servicios, sin que el artículo 26 ET ni la noción de salario requieran periodicidad, pues no dejan de ser salario las retribuciones de trabajos excepcionales”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

Un grupo de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia recaídas en el período estudiado aluden a idéntico supuesto de hecho, en el que se reclama la existencia de responsabilidad solidaria de diversas empresas bajo la argumentación de encontrarnos ante un grupo de empresas (SSTSJ de Valencia de 6 de febrero de 2006, I.L. J 633, 757 y 758). Conviene que de entrada precisemos, como hemos realizado en otras ocasiones, que la exigencia de responsabilidad solidaria sobre la base de la existencia de un grupo de empresas es en realidad una apelación carente de sentido técnico, pues cuando se aprecia la existencia de lo que la doctrina del Tribunal Supremo denomina “grupo de empresas a efectos laborales”, realmente lo que se produce es justamente la falta de realidad de un grupo como tal; y, precisamente por ello, por no existir grupo de empresas en sentido estricto sino un único empresario real, es por lo que se atribuyen las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de empleador de forma solidaria a todos los entes implicados en el teórico grupo. En este contexto, tras reproducir la doctrina del Tribunal Supremo sobre el grupo de empresas y los elementos necesarios para declarar la responsabilidad solidaria de todas las integrantes del grupo, las sentencias citadas estimarán que en el caso de autos no sólo no existen puntos de conexión suficientes entre las empresas codemandadas para apreciar la responsabilidad solidaria de todas ellas sino que ni siquiera cabe entender la propia existencia del grupo empresarial. A tales efectos, los mencionados pronunciamientos señalan que los puntos de conexión entre las diversas empresas se reducían a que el administrador y socio de una de ellas era a su vez socio mayoritario y fundador de la otra; que la denominación de una de las empresas coincidía con la marca o nombre comercial de la otra; que una de las empresas era titular y arrendataria del inmueble en el que se ubicaba la otra en virtud de contrato de arrendamiento, y que los créditos suscritos por una de las empresas con una determinada entidad bancaria fueron garantizados por la otra empresa y sus administradores. Pero, al margen de estos puntos de relación, “no existe identidad de objeto social, ni confusión de plantillas, ni coincidencia de domicilio social, ni unidad de caja, por lo que hay que concluir que las mercantiles codemandadas actúan de forma independiente y por lo tanto no cabe extender la condena de (...) [una de ellas] (...) al resto de las mercantiles codemandadas”.

En el mismo sentido, y ante un caso de reclamación del trabajador de una mayor antigüedad a los efectos del cálculo de la indemnización por despido derivada del hecho de haber prestado servicios en empresas pertenecientes a un mismo grupo, la STSJ de Cantabria de 8 de marzo de 2006, I.L. J 818, recordará la configuración jurisprudencial del grupo de empresas señalando lo siguiente: “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello,

sin más, una responsabilidad solidaria (...) sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”; “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”; para lograr esa responsabilidad solidaria, “hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) necesidad de que el nexo o vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales; b) el funcionamiento unitario o integrado de las organizaciones (...), la prestación de trabajo indistinta o común (...) en favor de varios empresarios y la búsqueda (...) de una dispersión o elusión de responsabilidad laboral; c) confusión de plantillas, confusión de patrimonios sociales (...); d) utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente (...) en perjuicio de los trabajadores (...); e) por último, las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresario”.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

B) Extinción de contratos temporales vinculados a la duración de una contrata y nueva contrata posterior

Reiterando pronunciamientos precedentes, la STS de 4 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 724, recordará que la extinción de un contrato para obra o servicio determinado por finalización de una contrata no constituye despido aunque posteriormente se celebre una nueva contrata con la misma empresa, pues:

“al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato concertado precisamente para la realización del servicio a que aquélla se refería (...). Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, con la misma finalidad. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que, por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello”.

C) Responsabilidad por extinción de contrato como consecuencia de rescisión de la contrata

Los supuestos de sucesión de contratas y la cuestión de su posible inclusión en el supuesto de hecho del artículo 44 ET son objeto de frecuente litigiosidad como hemos comentado en muchas ocasiones y haremos también en esta crónica en el apartado correspondiente; sin embargo, aludimos ahora a este problema en la medida en que lo que

se cuestiona en la STS de 28 de marzo de 2006, u.d., I.L. J 914, no es ya la aplicación del efecto subrogatorio a un supuesto de sucesión de contratas, sino más directamente la propia existencia de tal sucesión, de tal manera que una respuesta negativa a este interrogante actuaría como causa impeditiva del juego de la subrogación prevista en el convenio colectivo aplicable. El supuesto de hecho es el siguiente: un Ayuntamiento suscribe con una determinada empresa una contrata de prestación de servicios relativa al mantenimiento y conservación de los parques y jardines. La empresa rescinde el contrato por impago de la empresa principal, remitiéndole, asimismo, comunicación en la que se le indica que en cumplimiento del convenio colectivo de jardinería se le pasa a detallar el personal afecto por subrogación. Al mismo tiempo, la empresa envía a cada uno de los trabajadores carta en la que se les comunica la extinción de sus contratos por fin de obra. El Ayuntamiento contesta a la empresa que no se ha llevado a cabo nueva licitación y, en consecuencia, no se ha producido sucesión o sustitución de empresa en el contrato que deba subrogar al personal del actual adjudicatario, de tal manera que finalizado el contrato de prestación de servicios cualquier obligación laboral será asumida por el empresario conforme al Pliego de Cláusulas administrativas particulares que rige el contrato. Frente a la demanda de los trabajadores por despido, el Juzgado de lo Social declaró la improcedencia de los mismos, y, en aplicación del convenio colectivo estatal de jardinería, condenó al Ayuntamiento al cumplimiento de las obligaciones que la Ley impone en caso de despido improcedente. Recurre en suplicación el Ayuntamiento y la Sala de lo Social del TSJ, si bien mantiene la declaración de improcedencia de los despidos, revoca la resolución de instancia en el sentido de modificar la entidad condenada al cumplimiento de las obligaciones legales derivadas de tal declaración, pues condena a la empresa y absuelve al Ayuntamiento. La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina pero la inexistencia de la contradicción alegada impide que el Tribunal Supremo entre a conocer del fondo del asunto.

D) Responsabilidad de la empresa principal: no alcanza a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación

La STSJ de Madrid de 30 de enero de 2006, I.L. J 1082, estudiada en el apartado relativo a la distinción entre cesión ilegal de trabajadores y válida contrata de servicios, contiene también un pronunciamiento acerca del alcance de la responsabilidad del empresario principal en los supuestos del artículo 42 ET, de tal manera que la Sala del TSJ estima el motivo alegado por el recurrente en el sentido de que encontrándose ante una contrata de servicios válidamente celebrada, el empresario principal “sólo debe responder, solidariamente, de las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social de la contratista, pero nunca de la indemnización por despido y de los salarios de tramitación”.

E) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 7.B).

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Responsabilidad exclusiva de la Empresa de Trabajo Temporal en caso de despido

La STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105, desestima el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador frente a la sentencia de instancia que, estimando parcialmente su demanda, declara nulo su despido por la ETT, si bien entiende que la responsabilidad es única y exclusiva de ésta sin que quepa afirmar la responsabilidad solidaria de la Empresa Usuaria como pretendía el trabajador. La Sala del TSJ del País Vasco, tras diferenciar la figura de la cesión ilegal de trabajadores y la que se articula a través de las Empresas de Trabajo Temporal, argumentará que si en el contrato empresarial de puesta a disposición “no concurre la causa de temporalidad o no se ha producido el supuesto de extinción el cese del trabajador constituirá un despido pero que a todas luces deberá ser calificado de improcedente y donde la empresa de trabajo temporal será la única responsable de aquellas consecuencias, normalmente de naturaleza indemnizatoria (...) debiendo entender que si bien la ETT se encuentra supeditada en cierto modo a la empresa usuaria en lo que es causalidad de la temporalidad o extinción del contrato de puesta a disposición, las consecuencias de cualquier actuación fraudulenta tienen que ser impedidas legalmente reconociendo al trabajador sus derechos en lo relativo a la extinción del contrato y el salario aplicable, pero limitando tales responsabilidades a la empresa de trabajo temporal según el párrafo 3º del artículo 16 de la Ley 14/1994 donde la empresa usuaria solamente responde subsidiariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social y en todo caso, y de forma solidaria, en caso de incumplimiento de prohibiciones y otras irregularidades a que se concierne la nulidad del contrato de puesta a disposición y que reflejan entre otros los artículos 6 y 8 de la referida Ley 14/1994 y que no se producen en el supuesto de autos”.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

La diferenciación práctica entre la lícita figura de la contrata de obras y servicios y la prohibida cesión de mano de obra sigue ocupando gran parte de la preocupación de los tribunales y del debate judicial. Algunos de los criterios y parámetros delimitadores nacidos de esta actividad jurisdiccional encuentran hoy consagración normativa en el recientemente reformado artículo 43 ET, en concreto en su apartado 2, que viene a reproducir, aún sin poder determinar con qué grado de eficacia y trascendencia delimitadora real, las principales pautas e indicios que la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo viene manejando a la hora de distinguir entre los supuestos enmarcables en el artículo 42 ET y los que forman parte del ámbito de aplicación del artículo 43 ET. A esta cuestión tratan de dar respuesta la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057, la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2006, I.L. J 1082 y la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006,

I.L. J 1105. Al objeto de simplificar y dada la similitud en los argumentos utilizados por estos pronunciamientos, resumimos la doctrina extraída de los mismos en los siguientes términos:

– La diferenciación entre la contrata y la cesión se presenta particularmente compleja, porque en la práctica se recurre a la primera como medio formal de articular el acuerdo interpositorio. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración, complementarios, no excluyentes, y que tienen un valor orientador, como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista (STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057). Existe, por tanto, una auténtica contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo, manteniendo a los trabajadores de su plantilla dentro de su poder de dirección (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765).

– Puede existir cesión ilegal de mano de obra aunque no se trate de empresas aparentes o simuladas sino que estén legalmente constituidas y cumplan sus obligaciones laborales y de Seguridad Social. De ahí la necesidad de analizar de forma pormenorizada las circunstancias objetivas en las que se ha desarrollado el trabajo para determinar si la cesión ilegal puede ser constatada. Se basa, por tanto, en una prueba de indicios, en averiguar cómo se desenvuelve realmente la prestación laboral (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105; STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057; STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587).

– Los verdaderos problemas de delimitación jurídica surgen cuando las dos empresas tienen una apariencia real y cuentan con organizaciones e infraestructuras propias, pues aun así puede existir cesión ilegal si la aportación de la empresa contratista se limita al suministro de mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, sin que entren en juego su propia organización y dirección (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105; STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057; STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776; STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765) Por ello, en estos supuestos se debe determinar si concurren otras notas o indicios que permitan concluir la existencia de una cesión ilegal, tales como que los trabajadores sean utilizados por la empresa principal en servicios normales y permanentes, o que realicen los mismos trabajos que su personal propio, o la falta de gestión empresarial de la contratista respecto de sus trabajadores (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105).

– 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 (STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057). No obstante, se permite que exista una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante, teniendo en cuenta que puede ocurrir que el empresario principal dirija el trabajo por las especiales funciones que exige el mismo o porque se trate de trabajos de ciertas peculiaridades, de forma que, a veces, se trata de una mera supervisión de la actividad, elemento que no es suficiente por sí solo para considerar que existe cesión ilegal (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587).

– La finalidad de la prohibición del suministro de mano de obra es salvaguardar el espíritu de la contratación laboral, protegiendo a los trabajadores en sus condiciones laborales y sancionando el fenómeno de una interposición en el contrato de trabajo con carácter especulativo o ánimo defraudatorio. Ahora bien, no estamos ante un tipo penal que exija dolo o negligencia culpable, por cuanto puede existir la imprudencia o tentativa que permita que esas condiciones desfavorables deban ser tildadas de cesión ilegal, sin que pueda ni deba serle imputado un ilícito penal (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105).

La aplicación de las anteriores consideraciones y criterios al caso de autos lleva a la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105, a estimar que no existe cesión ilegal, mientras que dan una respuesta afirmativa la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776 y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587.

B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: opción por la fijeza en supuestos de Administraciones Públicas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.4 ET, los trabajadores sometidos a cesión ilegal tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria. En los supuestos en que uno de los empresarios implicados en el tráfico prohibido sea una Administración Pública y el trabajador opte por alcanzar la condición de fijo en ella, la jurisprudencia ha tenido que afrontar el problema de compatibilizar tal circunstancia con las prescripciones constitucionales de acceso a la función pública. La solución adoptada ha sido la misma que la acogida en los casos de contratación temporal irregular por las Administraciones Públicas. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776, tras señalar que “no cabe exonerar al Ministerio demandado de tal obligación por la condición de pertenecer a la Administración Pública”, recordará la doctrina unificada del Tribunal Supremo que distingue “entre trabajador fijo y trabajador por tiempo indefinido”, de tal manera que “la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por

un contrato de trabajo por tiempo indefinido, lo que debe tenerse presente a los efectos del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores (hoy artículo 43.4 ET)”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos del supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del fenómeno de la sucesión empresarial es uno de los debates que con más intensidad ha ocupado a la doctrina científica y jurisprudencial en lo que al análisis de esta figura concierne; y no sólo en nuestro país. La normativa comunitaria, y sus hasta cierto punto comprensibles imprecisiones, ha propiciado un elevadísimo número de pronunciamientos del TJCE y una vacilante doctrina, a veces con consecuencias directas sobre el texto de la norma y su necesaria rectificación, que pese a todo no parece definitivamente cerrada. Las transformaciones productivas y las nuevas formas de gestión empresarial están detrás, en buena medida, de la difícil determinación del encaje del caso examinado dentro de las coordenadas constitutivas de la sucesión de empresa, a lo que tampoco es ajena la cuestión, irrelevante en principio en el texto del artículo 44 ET, de la no siempre mejor opción de la afirmación de la existencia de subrogación por lo que a los intereses de los trabajadores respecta. En este contexto, de los dos elementos tradicionalmente exigidos por nuestro Tribunal Supremo en la configuración de la figura de la sucesión empresarial, a saber, el denominado elemento subjetivo, representado por el cambio en la titularidad empresarial, y el llamado elemento objetivo, materializado en la transmisión al cesionario de los factores materiales y personales necesarios para la actividad empresarial –hoy identificados en el artículo 44.2 ET en la transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad– es este último el que mayores discusiones ha generado, fundamentalmente en su aplicación a los supuestos de sucesión de contrataciones y concesiones administrativas, como más adelante veremos. En este marco, la **STS de 4 de marzo de 2006**, u.d., I.L. J 706, deberá determinar si existe sucesión empresarial en un supuesto configurado por los siguientes datos fácticos: una trabajadora es contratada por el Concello de Viveiro para dar una serie de cursos en su Escuela Oficial de Idiomas, dándose la circunstancia de que dicha Escuela inicia su funcionamiento como extensión de la Escuela Oficial de Idiomas de Monforte de Lemos. Más tarde, en virtud de Decreto de la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, se crea como tal la citada Escuela del Concello de Viveiro, lo que origina el despido de la trabajadora pues según el Concello de Viveiro, que es quien contrató a la trabajadora y pagó los salarios, no puede asumir gastos de otra Administración Pública, refiriéndose a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia. El Alto Tribunal mantendrá que:

“todo el comportamiento del Concello de Viveiro, contratación, pago de nóminas y por último el despido, le definen como empresario de la demandante. La sola existencia del Decreto (...) y la Orden (...) autorizando el funcionamiento para el curso 2002-2003 de la Escuela Oficial de Idiomas sin otros elementos que revelen la medida del compromiso a

cargo de la Xunta de Galicia, no basta para establecer entre ésta y el Concello de Viveiro el nexo que autorice predicar la subrogación empresarial en la relación que el Ayuntamiento mantenía con la trabajadora”.

Los procesos de transferencia de personal entre las Administraciones Públicas también han suscitado frecuentes dudas acerca de su posible inclusión en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET, máxime si tenemos en cuenta que, a diferencia de las previsiones de la normativa comunitaria, nuestro precepto estatutario no contiene referencia ni exclusión expresa de la actividad llevada a cabo por la Administración de las consecuencias del fenómeno de transmisión empresarial. En este contexto, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de marzo de 2006**, I.L. J 798, tras señalar que “es sólida y reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que los procesos de transferencia de personal desde la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas se encuentran afectados por la garantía de indemnidad de las condiciones de trabajo que se contiene en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, reconocerá el derecho de la trabajadora, en un caso en el que habiendo prestado inicialmente sus servicios para un determinado Colegio perteneciente al extinto movimiento nacional, posteriormente lo hace para la Universidad de Valladolid debido a la integración de la plantilla de aquél en ésta como consecuencia de su adscripción a la entidad universitaria, a computar su antigüedad desde la fecha en que comenzó su trabajo para el citado Colegio, pues,

“con independencia de los términos en que la Gerencia de la Universidad de Valladolid integrara a esa trabajadora en la plantilla de los laborales de tal Universidad, la subrogación contractual *ope legis* producida comportaba indefectiblemente la obligación del nuevo titular empresarial de asumir y respetar a todos los efectos los derechos laborales acopiados por la trabajadora y, por ende, su antigüedad en el Colegio”.

A un caso de posible existencia de sucesión empresarial con intervención de la Administración Pública alude también la **STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2006**, I.L. J 605, en esta ocasión debiendo determinar si la reversión a un Ayuntamiento del servicio público de atención a personas necesitadas en los pisos tutelados de titularidad municipal, anteriormente gestionado indirectamente por una empresa concesionaria, constituye o no un supuesto de transmisión de empresa. La sentencia de instancia dio una respuesta afirmativa a la cuestión, recordando que la jurisprudencia comunitaria reconoce la posibilidad de que la sucesión se produzca incluso cuando los elementos patrimoniales se reducen a la mínima expresión. Distinta será la postura del TSJ que, tras apuntar, como hemos indicado más arriba, que la aplicación del régimen comunitario de garantía del trabajador “a la transmisión a un sujeto de Derecho público, incluidos los entes territoriales, aunque nada se especifique en el artículo 44 ET, es una reiterada doctrina comunitaria que, a efectos de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, parte siempre de la distinción entre actividades de poder público y actividades económicas y no de la naturaleza jurídica del sujeto titular de la empresa”, concluirá que:

“Si, conforme a la Directiva comunitaria y el artículo 44.2 ET existe sucesión cuando la transmisión afecte a una actividad económica que conserve su identidad, lo que supone que la actividad ejercida por el cesionario sea idéntica a la ejercida hasta entonces por

el cedente y que la propia entidad se mantenga sin cambios a pesar de la transmisión, debe concluirse que, dadas las importantes diferencias de estructura, de naturaleza y de normativa aplicable entre una empresa privada concesionaria y la gestión directa por una Administración territorial no concurre el criterio de la identidad de la entidad económica y, por tanto, que no existió sucesión de empresas, por lo que el Ayuntamiento recurrente no quedó subrogado en las obligaciones laborales de la empresa adjudicataria”.

Entre la afirmación inicial y la respuesta conclusiva, la Sala argumentará que en el caso examinado resulta evidente la existencia de una entidad económica, “de un conjunto de medios organizados (los pisos tutelados, las trabajadoras y la empresa privada concesionaria que los coordina o dirige) a fin de llevar a cabo una actividad económica que no implica ejercicio de poder público (la prestación de un servicio a personas necesitadas)”;

que “cuando la concesionaria deja la actividad (...) y éste [el ente local] decide gestionar directamente, está produciéndose el traspaso de la entidad económica”; ahora bien, el problema a dilucidar en el caso concreto, y en atención a los criterios mantenidos por la jurisprudencia comunitaria, es si la entidad económica transmitida mantiene su identidad, “por cuanto la circunstancia de que la actividad desarrollada por el antiguo y el nuevo empresario sea similar no permite concluir automáticamente la existencia de transmisión de una entidad económica”, dándose la circunstancia de que se producen “modificaciones importantes en la organización, funcionamiento, financiación y régimen jurídico en una entidad económica antes gestionada por una empresa privada (...) y, tras la transmisión, directamente por una entidad local”.

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2006**, I.L. J 1058, debe dilucidar si la decisión de una determinada empresa de externalizar el servicio de limpieza, habiendo contratado para tal fin a una concreta entidad, puede obligar a sus trabajadores, con base en la existencia de una sucesión de empresas, a depender de esa nueva contratista, que vendría así a subrogarse en la posición de la primitiva empresa que descentraliza la actividad. La respuesta es negativa, pues, a juicio de la Sala, y en aplicación de reiterada doctrina jurisprudencial, la concurrencia de la figura contemplada en el artículo 44 ET:

“requiere la transmisión al concesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación, presupuesto que no acontece cuando no se produce un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni una ulterior transmisión al adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, produciéndose tan sólo la mera entrada de una nueva empresa, que, por lo que se refiere al supuesto examinado, tan sólo vendría a cubrir parte de una actividad de la entidad contratante, la de limpieza de sus instalaciones, que antes se venían realizando por aquélla, no implicando pues un supuesto de sucesión empresarial”.

Sin que, por lo demás, resulte aplicable al caso de autos la doctrina del TJCE sobre la “asunción de plantilla”, continúa razonando la sentencia citada, dado que:

“la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte (...)”.

B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas

Los fenómenos de sucesión de contratas y concesiones administrativas siguen planteando problemas relativos a su inclusión o no en el ámbito aplicativo de las disposiciones reguladoras de la transmisión de empresa, en concreto, de los correspondiente preceptos de norma comunitaria y de nuestro artículo 44 ET, transposición interna de lo dispuesto en la primera; problemas que, como alguna doctrina judicial ha puesto de manifiesto (**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1057), no parecen totalmente resueltos tras la modificación operada en la Directiva del 77 por la posterior del 98 (hoy codificadas en la Directiva 2001/23); reforma hoy recogida con absoluta literalidad en el artículo 44.2 del ET. Básicamente, y antes de esa denominada evolución de las tesis del Tribunal Supremo hacia un concepción más “ligera” o “desmaterializada” de empresa (**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1057), la postura de nuestro Alto Tribunal acerca del encuadramiento o no de la sucesión de contratas en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET se resumía en los siguientes términos: si no existe una transferencia patrimonial entre la contratista saliente y la entrante, la subrogación de trabajadores sólo tendría lugar si así lo establecía el convenio colectivo aplicable a ambas empresas o el pliego de condiciones administrativas de la concesión (**STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 817). Así las cosas, producida la mencionada evolución jurisprudencial hacia posturas más permisivas, entendida la expresión en el sentido de aceptar la inclusión de la sucesión de contratas en el supuesto de hecho de la transmisión de empresa —en esa transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad—, en términos tales de admitir que en ciertas empresas, y bajo ciertos condicionantes, la asunción de plantilla puede significar la existencia de un fenómeno de transmisión de empresa (**STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 817), nos encontramos con sentencias como la **STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 817, en la que, tras poner de manifiesto esa evolución jurisprudencial, se acepta la existencia de sucesión en el caso de autos porque el convenio impone la subrogación de personal. Obsérvese que de consolidarse este planteamiento, lo que en la doctrina del Tribunal Supremo nació como una vía alternativa para la aplicación de los efectos subrogatorios a aquellos casos en que no se daban los elementos definitorios del presupuesto de hecho del artículo 44 ET, puede convertirse en un mecanismo indirecto de constatación de la efectiva presencia de los requisitos exigidos por la norma legal, con la importantísima consecuencia de que entonces habríamos de aplicar al caso concreto el conjunto de efectos y garantías recogido en el Estatuto de los Trabajadores. La cuestión en absoluto es baladí, pues estaríamos yendo mucho más allá de lo pretendido por la norma convencional y de lo que se deriva de la doctrina jurisprudencial, pues la subrogación ya no se produciría, como afirma la doctrina unificada del TS, sólo y en la medida en que se cumplieran los requisitos y exigencias previstos en el convenio y con el alcance en él fijado (véanse, **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 8 de marzo de 2006**, I.L. J 813; **STSJ de Cantabria de 8 de marzo de 2006**, I.L. J 818) sino, muy al contrario, con los efectos y consecuencias

previstos en la norma legal; señaladamente, entraría en juego, por ejemplo, la responsabilidad solidaria fijada en el artículo 44 ET y que habitualmente los convenios colectivos que prevén la subrogación contractual en los casos de sucesiones de contratas no suelen establecer.

Así las cosas, y como demostración de la importante trascendencia que el debate que acabamos de abrir puede tener, destacamos que entre los elementos diferenciales que llevan a la **STS de 14 de junio de 2006**, u.d., I.L. J 965, a estimar la falta de contradicción alegada por el recurrente, se encuentra el dato de la asunción o no de trabajadores por la nueva empresa contratista, señalando el Tribunal Supremo que el mismo “constituye un factor de hecho absolutamente decisivo a la hora de determinar si hubo o no traspaso, cesión o subrogación empresarial, a la luz de la Jurisprudencia del TJCE”.

C) Sucesión de contratas y extinción de los contratos temporales celebrados en atención a las mismas

Véase apartado 4.B).

D) Subrogación contractual

De nuevo hemos de hacer referencia en estas crónicas al examen de la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La cada vez más copiosa doctrina unificada del TS sobre el particular ha dejado sentado, y repite la **STS de 4 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 1034, “que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa no podía ser calificado como sucesión empresarial del artículo 44 ET porque no se había producido la cesión de los elementos materiales necesarios para llevar adelante la explotación, sino sólo unas cesiones de contratos de trabajo, necesitadas del consentimiento de cada trabajador”. Apuntemos, no obstante, algunas afirmaciones realizadas por el pronunciamiento mencionado que pueden significar ciertas modificaciones, como algunos autores han señalado, en la que viene siendo doctrina tradicional de nuestro Alto Tribunal. En particular, la necesidad de consentimiento expreso del trabajador afectado se exige para que opere el fenómeno subrogatorio con independencia o más allá de que tal efecto esté previsto en el pliego de explotación del servicio. Aunque se indica explícitamente no estar en presencia de un supuesto del artículo 44 ET, dada la analogía de la cuestión debatida —a saber, si los trabajadores mantienen el derecho a billetes gratuitos y reducidos— con lo que derivaría de la aplicación del precepto estatutario, se utilizan los criterios y doctrina emanados en la interpretación del artículo legal a la realidad estudiada, concluyendo que la pretensión del trabajador no puede prosperar porque:

“el derecho a percibir billetes de avión de tarifa gratuita y con descuento en la misma medida en que lo tenía reconocido en la empresa anterior, (...) recogido en el convenio colectivo de Iberia, no puede ser calificado como derecho consolidado en poder de los

trabajadores que pasaron de una empresa a otra, por cuanto estaba establecido en atención a las concretas condiciones y situación de aquella empresa, es decir, en relación con el hecho de que Iberia es una empresa dedicada al transporte de pasajeros con flota propia, y por lo tanto sólo es ejercitable por quienes mantengan su relación de trabajo con ella. En definitiva, 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 (...), 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”.

En la misma línea, y sobre idéntico supuesto fáctico, la **STS de 7 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 967, presuponiendo la necesidad de consentimiento del trabajador para que la subrogación tenga lugar, sostendrá que si éste no ha existido estamos ante “un acto meramente anulable”, no nulo de pleno derecho y por ello imprescriptible, sino sujeto a plazo de prescripción; plazo “que no puede ser otro que el previsto de manera específica en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en que la acción ejercitada se deriva incuestionablemente del contrato de trabajo y agota sus efectos precisamente en dicho ámbito laboral”.

Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2006**, I.L. J 1058, comentada en el apartado 7.A) de esta crónica, tras descartar la existencia de subrogación empresarial ex artículo 44 ET y ex previsión contenida en la norma convencional aplicable, analizará si dicho efecto podría derivarse del hecho de encontrarnos ante un supuesto de lo que venimos denominando subrogación contractual. Cuestión a la que da una respuesta negativa, dado que “al haberse adoptado unilateralmente por la empresa demandada, empleadora de la actora, la decisión de que ésta pasase a depender de la entidad adjudicataria del servicio de limpieza, mediante cesión contractual, en la que no prestó consentimiento la accionante, se produjo una subrogación nula, al contravenirse las exigencias legales previstas al efecto (...)”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO