

## EMPRESARIO

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ; JESÚS CRUZ VILLALÓN

Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 163  
Abril - 2014  
Págs. 39 - 63

SUMARIO: 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. 2. GRUPO DE EMPRESAS. A. *Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia. B. Grupo de empresas y obligación de presentar cuentas consolidadas en procedimiento de despido colectivo.* 3. CONTRATAS. 4. CESIÓN ILEGAL. A. *Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B. La cesión ilegal como cuestión previa en el proceso de despido. C. Cesión ilegal y cómputo del plazo de prescripción en reclamación de cantidad.* 5. SUCESIÓN DE EMPRESAS. A. *Concepto sucesión de empresas. Reversión del servicio a otro centro de la empresa titular de la actividad. Cierre del centro objeto de la contrata. B. Sucesión de contratas. C. Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo. D. Convenio colectivo aplicable tras la sucesión de empresas. E. Efectos jurídicos de la subrogación. Cómputo de la antigüedad.*

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores 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 y cesiones de trabajadores) 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 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 aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. GRUPO DE EMPRESAS

### A. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: CRITERIOS PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA

El ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, a pesar de lo cual la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicionalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no altera la identificación del empleador ni la atribución de las responsabilidades básicas en materia laboral de quienes prestan servicio en alguna de las empresas del grupo, siendo con carácter general cada una de las empresas integradas en el grupo quienes asumen la condición de empleador de los respectivos empleados a su servicio. Las sociedades que componen un grupo empresarial poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos y, por ello, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Para que se produzca la extensión de responsabilidad de forma solidaria entre las empresas que forman el grupo, según jurisprudencia consolidada, es necesario que concurren algunos de estos elementos adicionales, que muestran en realidad la presencia de un grupo de empresa ficticio o patológico: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin sustento real; confusión de plantillas, patrimonios, apariencia de unidad de empresarial y unidad de dirección.

La STSJ de Madrid de 1 de julio de 2013, analiza la presencia o no de alguno de los elementos citados, con ocasión de un asunto de despido colectivo en el que los representantes de los trabajadores impugnan ante la Sala el citado despido promovido conjuntamente por tres empresas de las trece codemandadas, al entender aquéllos que se trata de un grupo de empresas patológico y, por tanto, con trascendencia laboral. En concreto, y entre otros motivos de impugnación, los demandantes invocan como causa de nulidad del despido colectivo las derivadas de la existencia de un grupo de empresas patológico con trascendencia laboral, integrado por todas las empresas codemandadas –un total de trece–, con sustento en la existencia de una misma dirección, la confusión de plantillas, y unos mismos centros de trabajo para todas ellas lo que se traduce a efectos formales en la nulidad del expediente, de conformidad a lo establecido en el art. 124.11 LRJS, dado que solo tres de ellas han sido las promotoras del ERE, con la consiguiente falta de documentación respecto de aquellas otras que no lo han promovido, así como en razón a no haberse proporcionado por las empresas toda la documentación que les fue requerida por la representación de los trabajadores. Conviene tener en cuenta que la sentencia se refiere a un procedimiento desarrollado con anterioridad a la entrada en vigor del Real De-

creto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social y de la sucesiva Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que han introducido reglas especiales para cuando la medida solo afecta a determinados centros de trabajo del conjunto de la empresa, que en este caso serían determinadas empresas dentro del grupo.

Para la resolución del asunto, analiza la Sala en primer lugar si en el caso enjuiciado estamos ante un grupo de empresas con trascendencia laboral, pues su reconocimiento conllevaría la declaración de nulidad de la medida por defecto de forma. Para ello, se trae a colación por la Sala la doctrina constante del Tribunal Supremo sobre el concepto de grupo de empresa a efectos laborales (SSTS de 23-10-2012 y 22-03-2013), según la cual:

*«La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:*

*1.–Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SSTS de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987). 2.–Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SSTS 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987). 3.–Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio de 1989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SSTS de 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993)».*

Aplicada la citada doctrina al caso de autos, considera la Sala insuficiente la probada unidad de dirección para reconocer la existencia de un grupo de empresa patológico y a efectos laborales, si además no estamos en presencia de factores atinentes a la organización del trabajo. Así, analizado si se produce o no confusión de plantilla, entiende la Sala que sólo se ha probado que los servicios de contabilidad y compra de la mayor parte de las empresas codemandadas se desempeñaban por dos personas, lo que no resulta suficiente porque debería acreditarse que toda o al menos la mayor parte de la plantilla afectada prestó servicios efectivos de forma simultánea e indistinta para las codemandadas. Respecto a la coincidente ubicación de los centros de trabajo de las demandadas, entiende la Sala que exclusivamente ponen de manifiesto la coincidencia en los domicilios sociales de algunas de las empresas, pero no que en el desarrollo de sus respectivos cometidos haya mediado la confusión de plantillas y de medios que se postula por los demandantes.

Sin embargo, sí considera la sentencia comentada como determinante de la presencia de un grupo de empresas patológico y con trascendencia laboral la existencia de trasvases dinerarios entre las empresas que lo componen, o de otras operaciones de contenido patrimonial entre ellas, no justificadas, que denotarían lo que se ha venido en denominar «caja única», y que servirían para

acreditar la existencia del grupo. En el caso de autos se trata de garantías hipotecarias entre empresas del grupo con un indudable valor patrimonial, y de préstamos que entre sí se han otorgado esas u otras empresas, y de los que sólo constan algunas de sus circunstancias, como el importe, el tipo de interés en algunos de ellos, o la inexistencia de un vencimiento prefijado, dado que en relación a los mismos no se ha aportado por las empresas codemandadas documentación alguna que los explique ni justifique. Concluye la Sala que «... *atendido el conjunto de circunstancias que se acaban de exponer, se ha de apreciar la existencia del grupo de empresas, con trascendencia laboral, entre, al menos, las empresas que han intervenido, en relación con las entidades promotoras del ERE, en las operaciones de contenido patrimonial que se acaban de reseñar, es decir, en los préstamos o en las operaciones con garantía hipotecaria ya citados, al denotar, a juicio de la Sala, y junto a aquellas otras notas, la concurrencia de un supuesto de esas características, con trascendencia laboral*».

También analiza la concurrencia o no de los criterios jurisprudenciales citados para determinar la existencia o no de grupo de empresas patológico y a efectos de responsabilidad laboral la STSJ Cataluña de 1 de marzo de 2013, I.L. 965, con ocasión del despido objetivo por causas económicas de una trabajadora, en el que se invoca la existencia de grupo de empresas entre las dos codemandadas, siendo formalmente sólo una de ellas la empleadora de la trabajadora demandante. Aplicando la anteriormente citada doctrina del Tribunal Supremo sobre los elementos necesarios para entender que concurre grupo de empresas patológico con responsabilidad laboral, y la doctrina sobre el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, considera la Sala que en el caso de autos concurren los elementos adicionales necesarios para considerar la existencia de grupo de empresas con trascendencia laboral. Así, se destaca por un lado que once trabajadores de la actual plantilla de Talleres J Coll S.L., prestaron servicios anteriormente en la empresa J, Coll S.A., y la actora de este procedimiento es trabajadora de la empresa J. Coll S.A., que realiza sus tareas de limpieza de forma exclusiva en la empresa Talleres Coll S.L. Además, esta última desarrolla su actividad en un local propiedad de la otra empresa, mediante contrato de arrendamiento. De otro lado, se constata que ambas empresas tienen una apariencia externa unitaria al compartir página web, tienen el mismo domicilio y coincidencia parcial de los socios y administradores. También queda probada la existencia de caja única entre ambas empresas, ya que una abona las facturas de proveedores de la otra, teniendo además ambas empresas el mismo objeto social.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala estima acertada la declaración improcedencia del despido de la actora, ya que «*no se trata de un mero defecto formal sin trascendencia jurídica, pues a sensu contrario sí que es un requisito esencial y necesario el haber hecho mención en la carta de despido de la actora a la situación económica de la empresa Talleres J. Coll S.L., al quedar probado como se ha razonado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia que constituyen un grupo de empresas con la empresa J. Coll S.A.*».

A igual conclusión llega la STSJ Galicia de 24 de septiembre, I.L. 1233, que también con ocasión de un despido objetivo por causas económicas analiza si concurren los requisitos para considerar la existencia de grupo de empresas patológico y a efectos laborales, afirmándose que concurren los elementos necesarios para atribuir una solidaridad al grupo, dado que, siquiera los administradores sean diferentes, existe una dirección unitaria entre ambas, se produce trasvase de trabajadores de una a otra, comparten el mismo espacio de trabajo, instalaciones, elementos de trabajo y proyectos, al margen de transferencias patrimoniales que no aparecen justificadas a través de la correspondiente facturación. Además, la actora ha prestado servicios de dirección con respecto a trabajadores de ambas empresas, quienes trabajan para una u otra indistintamente. En base a lo anterior, y confirmando la Sala la improcedencia del despido por concurrir error inexcusable en el montante de la indemnización abonada, se condena solidariamente a ambas empresas.

Aplicando la misma doctrina jurisprudencial sobre grupo de empresas a efectos laborales, la STSJ Andalucía de 13 de junio de 2013, también en materia de despido colectivo en el que se codemanda a la empresa empleadora de los trabajadores despedidos y a empresa matriz del grupo consolidable del que forman parte, la Sala llega a la conclusión, a la vista de los hechos probados, de que «*resulta patente que la pretensión de la recurrente habrá de ser rechazada, cuando no concurre dato o parámetro alguno del que inferir, ni indiciariamente, la concurrencia de ninguno de los presupuestos anteriormente citados: nada se reseña en orden a eventuales vinculaciones o relaciones de dependencia entre la empleadora de los actores a la fecha del despido –así CEMOSA– y las otra empresa codemandada; ni tampoco constan datos de los que inferir, ni indiciariamente, que medien parámetros de los que extraer la presencia de confusión de plantillas y/o de patrimonios, o bien que tengan una apariencia externa de unidad empresarial, y ante ello resulta palmario que no concurren en autos los parámetros exigidos para entender concurrente la figura del grupo de empresas denunciado*».

En reclamación de cantidad, la STSJ Madrid de 29 de julio 2013 analiza si en el caso de autos existe o no grupo de empresas patológico y con responsabilidad laboral, aplicando la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, concluyendo que sí existe tal responsabilidad entre las empresas codemandadas partiendo del dato indiscutido de que forman un grupo de empresas en el que concurre además los elementos adicionales exigidos por la citada doctrina para declarar la responsabilidad laboral solidaria entre las empresas. Concretamente, en el caso de autos se constata que «*los trabajadores de ambas empresas eligen conjunta e indistintamente a sus representantes en las elecciones sindicales, por lo que habría una evidente confusión de plantillas y procede la condena solidaria de la empresa HOJAPF SL. Por lo que se refiere a la posible condena de la empresa TRAFHIP SA en el ordinal cuarto de la fundamentación jurídica se recoge que 5 de los trabajadores demandantes anteriormente habían prestado servicios para esta última empresa y que el traspaso de estos trabajadores a TRAFHIP AUXILIAR DE CONSTRUCCIONES SA, se produjo como consecuencia de una subrogación*

empresarial, y además consta como ya se dijo al adicionar al relato fáctico un ordinal en el que se dice que las tres empresas se anuncian como un grupo de empresas, por lo que teniendo en cuenta esas circunstancias, así como que se prestan servicios sucesivamente para empresas del grupo, debe concluirse que han creado una apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, por lo que entiende esta Sala que también procedería la condena solidaria de la empresa TRAF-HIP SA, por lo que debe estimarse también este motivo del recurso.

#### B. GRUPO DE EMPRESAS Y OBLIGACIÓN DE PRESENTAR CUENTAS CONSOLIDADAS EN PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

La STS de 27 de mayo de 2013, en autos de recurso de casación sobre impugnación de despido colectivo, analiza si concurre en el caso la obligación solidaria a efectos laborales de dos grupos de empresas, y la obligación conjunta de aportación de los documentos contables exigidos por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos –art. 6–. Argumenta la Sala previamente sobre la aplicación de este reglamento al caso de autos, en contra de lo que mantiene la sentencia recurrida, por tener plena vigencia a la fecha de autos la exigencia que establece el citado precepto respecto de los documentos que han de aportarse con la comunicación de la apertura del período de consultas previo al despido colectivo, matizando la Sala que pese a los claros términos en que se expresa el citado art. 6.2 (el empresario deberá aportar...), así como art. 124 LRJS (se declarará nula la decisión extintiva cuando no se haya respetado lo previsto en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando «el empresario no haya... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET, de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012), de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor *ad solemnitatem*, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad.

Señala la sentencia comentada que si bien según hechos probados de la sentencia recurrida, existen dos grupos de empresas (Aserpal y Losan), y que sólo el primero de ellos presentó las cuentas consolidadas con la comunicación inicial del despido, no así el segundo grupo de empresas, no obstante el recurrente no concreta el grupo en relación con el que se sostiene esa falta de aportación de documentos contables, aunque por las referencias que se hacen al explicar los argumentos al artículo 6.4 del RD 801/2011, al grupo Losan, a la empresa Tableros Losan y a las operaciones entre éstos y la empresa demandada, deduce la Sala que lo que se sostiene es, en primer lugar que no se han aportado las cuentas consolidadas del grupo Losan o las consolidadas del grupo Aserpal-Losan.

En base a lo anterior, se examina en la sentencia si la obligación de aportación documental alcanzaba también al grupo que encabeza la codemandada Industrias Losán, S.A. y al que el sindicato recurrente atribuye la consideración

de matriz en un afirmado grupo superior integrado por la citada y el dirigido por Aserpal, S.A. Para ello se analiza el concepto mercantil de grupo de sociedades, y los elementos de dirección unitaria y empresa dominante, y el mantenido en el ámbito laboral hasta hora por la doctrina consolidada de la misma Sala, que parte del principio de que el grupo de sociedades es una realidad organizativa en principio lícita; y que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil, pues el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores que configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. Doctrina que el propio Tribunal Supremo rectifica en el sentido de si bien mantiene la afirmación de que «el "grupo" es una organización en principio ajustada a Derecho; pero que ha de rectificarse en su segundo inciso, el relativo a que el "grupo de empresas a efectos laborales" no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil. Y ha de ser rectificada, porque el concepto de "grupo de empresas" ha de ser –y es– el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos –mercantil, fiscal, laboral– pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del "grupo" cuando en el mismo concurren los factores adicionales que posteriormente referiremos».

Aplicando su doctrina jurisprudencial sobre los elementos adicionales que deben concurrir para declarar la responsabilidad solidaria de los grupos de empresas a efectos laborales, considera la Sala que en el caso de autos no concurren dichos elementos, porque Aserpal S.A. e Industrias Losan S.A., que son las empresas demandadas, tienen socios y Consejo de Administración comunes, tienen domicilio distinto, actividades diferentes, no existe caja única ni confusión de plantillas, y mantienen independencia fiscal; ambas empresas, según los hechos probados, cabezas de sus respectivos grupos, pero entre ellas no existe ni se ha acreditado más relación que la comercial, realizada a través de operaciones que no se han acreditado fraudulentas o dirigidas a colocar a alguna de ellas en situación deficitaria.

De otro lado, considera la sentencia que las citadas empresas no tienen obligación de presentar cuentas consolidadas, según establece el art. 6.4 del RD 801/2011, ya que esta obligación sólo se impone cuando una sociedad mercantil sea socia de otra y «dominante» de ella, en los términos que se detallan en los arts. 42 a 40 del Código mercantil, y en el caso de autos no se constata esta relación entre las empresas codemandadas. Pero tampoco considera necesario la Sala que estas empresas deban aportar con el expediente los documentos que refiere la segunda parte del art. 6.4 («...además de la documentación económica de la empresa solicitante..., deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar

auditorías, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo»), habida cuenta de que no consta acreditado en el formal relato de hechos probados que las empresas tengan domicilio en territorio español, pertenezcan al mismo sector de actividad y que la solicitante Aserpal S.A. tenga saldo deudor con la codemandada Industrias Losán, S.A. Por lo que no se acoge la pretensión del recurrente de declarar la nulidad del despido colectivo.

### 3. CONTRATAS

**Remisión** [vid. apartados 4.A) Cesión ilegal. Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata; 5.B) Sucesión de contratas; y 5.C) Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo]

### 4. CESIÓN ILEGAL

#### A. REQUISITOS QUE DELIMITAN EL SUPUESTO DE HECHO: DIFERENCIAS CON LA CONTRATA

La actual regulación estatutaria en materia de prohibición de cesión de trabajadores (art. 43 ET), en su redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, pese a resolver puntuales supuestos conflictivos y dotar de mayor seguridad jurídica a la labor interpretativa, no ha evitado la litigiosidad existente en relación al deslinde entre los fenómenos ilegales del tráfico de mano de obra y los propios de las contratas y subcontratas. Ello obedece principalmente al hecho de que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, incluso consagrados hoy normativamente, indicativos y determinantes de la presencia de la figura prohibida, la verdadera dificultad reside en su proyección al caso concreto.

Partiendo de que el art. 43 ET considera que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario, los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa que de forma aparente o real aparece como una contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudirse con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas.

Tanto doctrina como jurisprudencia han venido realizando un importante esfuerzo para diferenciar una verdadera contrata de una contrata aparente. Así, el criterio de Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la teoría del empresario aparente a la teoría del empresario efectivo, en la que para discernir entre

contratas reales y ficticias se acude a la forma y modo en que el empresario desempeña su posición como tal frente al trabajador, para lo cual tiene en cuenta una serie de indicios que se han incorporado al contenido del actual art. 43 ET.

En interpretación de este precepto, la jurisprudencia no considera como elementos suficientes para desvirtuar la existencia de cesión ilegal el que la empresa contratista sea quien abone los salarios y quien controle la asistencia al trabajo de los actores, y sus permisos, licencias y vacaciones, éstas son las típicas funciones que lleva a cabo obligatoria y tradicionalmente el prestamista de mano de obra; ni tampoco otros poco significativos, como que le proporcione el vestuario, lo cual no es, en definitiva, sino una parte de salario en especie, ni tampoco el que dicha contratista cuente con mandos intermedios propios. Esta doctrina es la aplicada en la STSJ Castilla-La Mancha de 11 de julio 2013, en autos sobre despido. El trabajador había sido contratado como conserje por Sabico Servicios Auxiliares, S.L., empresa de servicios, para ejecutar su prestación de trabajo al amparo de una contrata celebrada entre dicha empresa y la empresa principal Fundación Centro Europeo de Empresas e Innovación (CEEI). Ésta a su vez ejercía su actividad en virtud de convenio celebrado con la Cámara de Comercio de Toledo por una duración de cinco años, consistente en la gestión de Vivero de empresas, en un edificio cedido gratuitamente por aquélla, asumiendo la Fundación también la gestión y mantenimiento del edificio. Finalizado el citado convenio, el 2 de mayo de 2011 la Cámara de Comercio pone en conocimiento de la empresa de servicios Sabico que a partir de esa fecha la Fundación deja de gestionar el inmueble que pasa a ser gestionado por la Cámara de Comercio, entidad que se subroga en todos los servicios de suministros y proveedores. El trabajador continuó prestando sus servicios en el mismo edificio y con las mismas funciones hasta diciembre de 2011, fecha en que su empleadora le comunica extinción del contrato de trabajo por terminación de la contrata.

Entiende la Sala que concurre en el caso de autos una cesión ilegal de mano de obra entre la empresa Sabico y la Fundación, sin que a ello obste la alegación de la recurrente Sabico de que dispone de una organización con existencia autónoma o independiente, cuenta con medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de la actividad y desarrolla una actividad lícita, propia y específica que la diferencia de la de la empresa principal, ya que de los hechos probados no se desprende que dicha empresa organizaba, dirigía y controlaba efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo las funciones inherentes a la condición de empresario en relación con la empresa principal y el propio actor, ni que asumiera las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial, como tampoco ha probado la alegación de controlaba las bajas, vacaciones o ausencias del trabajador. Se alega también que Sabico era quien abonaba el salario, pero tal alegación carece de significación para la Sala pues, naturalmente, la retribución constituye elemento básico para mantener la estructura contractual forjada a través de un contrato de trabajo.

Se añade en la sentencia el argumento de que el hecho de que no exista prueba sobre el sometimiento del actor al poder de dirección y organizativo de la empresa Sabico, ni tampoco datos que muestren lo contrario «*en realidad lo que nos muestra, realmente, es la ausencia de justificación técnica en la contrata, reconocida por la jurisprudencia como un indicio más de existencia de cesión ilegal. La Sala no alcanza a comprender qué razón organizativa o técnica puede existir para que labores de conserjería que precisan un solo trabajador, como es el caso, sean realizadas a través de un contrato de arrendamiento de servicios con otra empresa, en vez de directamente a través de un contrato de trabajo entre el sujeto que presta el servicio (trabajador) y quien lo recibe (empleador); y quizá sea esta la razón que está en la base de la propia cuestión planteada*».

En relación a la otra empresa codemandada, considera la sentencia que ha existido una sucesión de empresa entre la Fundación y la Cámara de Comercio, ya que se ha producido un cambio de titularidad de una «unidad productiva autónoma», por cuanto la Cámara de Comercio asumió entre otras funciones la gestión del Vivero de Empresas que venía desarrollando la Fundación, se supone aunque no se declara explícitamente, que con todos los elementos patrimoniales y humanos necesarios para ello, por cuanto se pactó ahora sí expresamente la subrogación no solo en los contratos y acuerdos que la Fundación CEEI tuviera con las empresas del Vivero sino en las relaciones con proveedores de servicios y arrendatarios, es decir, por lo que interesa a este supuesto, se produce la subrogación en el contrato de arrendamiento de servicios de conserjería suscrito con la empresa Sabico, lo que además es formalmente comunicado a ésta.

Se concluye, pues, que estimada la existencia de cesión ilegal, siendo uno de sus efectos el derecho del trabajador a la adquirir la condición de trabajador fijo a su elección en la empresa cedente o cesionaria «*conducen inexorablemente a considerar que el contrato temporal se convierte en fijo o indefinido, procediendo en consecuencia calificar como despido la extinción de la relación laboral, que en este caso, debe ser declarado improcedente por inexistencia o falta de prueba de causa legal para ello (art. 55 ET)*».

Para las sentencias STSJ Extremadura de 8 de octubre de 2013 y de 5 de noviembre de 2013, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los negocios jurídicos coordinados que se producen en la cesión ilegal, no considera su existencia en el caso de ambos autos sobre despido, en los que son codemandadas las mismas empresas. El Ayuntamiento de Badajoz había adjudicado mediante contrato público a la empresa F.S. Colaboración y Asistencia, S.A. el servicio de asistencia y colaboración del Servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Badajoz. Ante la alegación de los actores recurrentes de que se trata de un supuesto de cesión ilegal, considera la Sala que la empresa contratista realizó el servicio utilizando sus propios medios técnicos y humanos, en unos locales de su titularidad, dirigiendo y organizando los trabajos personal directivo de la misma; que era la empresa quien concedía los períodos vacacionales de los trabajadores, era la empresa la que planificaba la prevención de

riesgos y la que, en fin, practicó informes de auditoría de diversos ejercicios económicos, concluye el Tribunal que «*De todo ese conjunto de actuaciones claramente se desprende que no está acreditado, más bien al contrario, la existencia de cesión ilícita de trabajadores. Se trata de dos entidades inconexas una de carácter público, Ayuntamiento de Badajoz y otra como persona jurídica de carácter privado que convienen a través de un contrato, siguiente a otro celebrado y declarado ajustado conforme a derecho por la Jurisdicción Contencioso-Administrativo con la calificación de asistencia y colaboración del Servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Badajoz, concierto que se obtuvo a través del pertinente concurso público. De otro lado, carece de importancia que los servicios prestados se llevaran a cabo en instalaciones de un mismo edificio por cuanto la actividad de la empresa tuvo lugar en plantas y dependencias diferentes de aquellas otras que se llevaban directamente por servicios del Ayuntamiento*».

## B. LA CESIÓN ILEGAL COMO CUESTIÓN PREVIA EN EL PROCESO DE DESPIDO

Es admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en determinados supuestos, en el seno de un proceso de despido hayan de examinarse y resolverse otras cuestiones, con el carácter de cuestión previa o cuestión prejudicial interna, necesarias para establecer las consecuencias del despido. Lo que determina que es perfectamente posible y lícito desde el punto de vista procesal alegar en una demanda por despido todas las particularidades que afecten a la relación de trabajo y que hayan de incidir en la respuesta judicial que ante una eventual condena por nulidad o improcedencia de la medida extintiva hayan de producirse. Es uno de los aspectos sobre los que se pronuncia la STSJ Madrid de 4 de marzo 2013, en autos de despido, con cita de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, según la cual no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones. Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata (STS de 8 julio de 2003).

En el caso de autos, la actora había suscrito contrato de obras y servicios, en el período 2006 a 2011, con cada una de las empresas contratistas adjudicatarias del servicio de «asesoramiento técnico y de apoyo local a través de expertos en materia de identificación, evaluación, análisis y seguimiento de proyectos y/o programas de cooperación para el desarrollo» de la Comunidad de Madrid; desempeñaba su trabajo en las dependencias de la Consejería de Inmigración, y a la finalización de cada contrata, se extinguía su contrato con la liquidación correspondiente. La Sala entiende que de acuerdo con la jurisprudencia sobre la cesión ilegal solo puede ser analizada con relación a la última empresa con la que celebró contrato la demandante –Hermanos Alonso Garrán, S.L.–y no

con las anteriores con las que había finalizado la relación laboral sin que conste que hubiese efectuado reclamación por cesión ilegal.

Sin embargo, la sentencia no estima la declaración de cesión ilegal porque al accionarse frente a ella ya no existía cesión, dado que la relación se había extinguido por terminación de contrato, que la actora había considerado despedido frente al que accionó solicitando su declaración de improcedencia previa declaración de fraude en la contratación y cesión ilegal. Así, se afirma en la sentencia que: «*Hermanos Alonso Garrán SL extinguió el contrato con la demandante por finalización de la obra o servicio que llegó a su conclusión el 31 de marzo de 2.011 y así lo ha entendido la juzgadora de instancia no pudiendo analizarse la existencia de una cesión porque cuando ejercita la acción que da lugar al presente procedimiento no subsistía la cesión de Hermanos Alonso Garrán SL a la Comunidad de Madrid, y después de 29 días, desde el 29 de abril de 2.011 la recurrente ha continuado prestando esencialmente el mismo servicio a través de la empresa Agrocounseling Internacional SA, por lo expuesto procede desestimar los motivos y el recurso*».

#### C. CESIÓN ILEGAL Y CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

Existen casos de cesión ilegal en los que, una vez declarada ésta por sentencia firme y habiendo optado el trabajador por prestar sus servicios en la empresa cesionaria, se presente reclamación de cantidad por el trabajador instando la retribución de las diferencias salariales que le corresponden por aplicación del convenio colectivo de la cesionaria desde la fecha a la que se retrotrae la declaración de existencia de cesión ilegal hasta su incorporación a la plantilla de la cesionaria. En estos casos, dado que la reclamación de cantidad se refiere a períodos de trabajo anteriores a la declaración de existencia de cesión ilegal, es controvertido el cómputo del plazo de prescripción que deba aplicarse. Es el supuesto que analiza la STS de 12 de junio 2013, u.d., en el que las empresas cedentes demandadas –por el período en el que el trabajador estuvo contratado por las mismas– entienden que sólo se pueden reclamar las diferencias salariales a partir de la declaración judicial de cesión ilegal, por un lado, y respecto a la empresa cesionaria, entiende que el citado plazo de prescripción comienza a computarse a partir de la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal. Tanto unas empresas como la otra aportan sentencias de contraste alegando contradicción entre las mismas y la ahora recurrida.

El Tribunal Supremo no estima la existencia de contradicción porque la doctrina aplicada por las sentencias de contraste y la recurrida es la misma, y porque en la sentencia recurrida consta como probado que el actor solicitó ejecución provisional de la sentencia que declaraba la cesión ilegal, hecho que interrumpe el plazo de prescripción, y que no se produce en las sentencias de contraste:

«... en la sentencia recurrida, en contra de lo que afirma el recurrente, invocando las sentencias de este Tribunal de 9-12-2009 y 25-5-2010, se razona que la sentencia que

declara la existencia de cesión ilegal no tiene carácter constitutivo, por lo que se produce retroacción de efectos económicos anteriores a la sentencia que declara la cesión ilegal (fundamento jurídico tercero), que la prescripción no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para el pago (fundamento jurídico sexto). Por su parte la sentencia de contraste razona que «la prescripción no comienza a computar desde la sentencia declarativa de la cesión ilegal, sino desde la fecha en que la retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para su pago» (fundamento jurídico tercero). Por lo tanto las sentencias comparadas no son contradictorias en este punto ya que han llegado a idéntico resultado, a saber, que la prescripción de la acción para reclamar diferencias salariales –entre el salario percibido en la empresa cedente y el que correspondería percibir en la cesionaria– en supuestos de cesión ilegal no comienza desde la fecha en la que recae la sentencia declarando la existencia de cesión ilegal, sino desde la fecha en la que las diferencias salariales pudieron reclamarse, es decir, a partir del momento en que la retribución no se abonó en la cuantía legalmente prevista. Tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste consta que los actores solicitaron ejecución provisional de la sentencia que declaró la existencia de cesión ilegal (...) La sentencia recurrida considera que esa solicitud de ejecución provisional tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción de la acción en reclamación de diferencias salariales, cuestión que ni se suscita ni es examinada en la sentencia de contraste, que señala que el plazo de prescripción será de un año anterior a la reclamación efectuada por las actoras. Por lo tanto, al ser diferente en este extremo el debate jurídico de las sentencias comparadas, no son contradictorias».

#### 5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

##### A. CONCEPTO SUCESIÓN DE EMPRESAS. REVERSIÓN DEL SERVICIO A OTRO CENTRO DE LA EMPRESA TITULAR DE LA ACTIVIDAD. CIERRE DEL CENTRO OBJETO DE LA CONTRATA

Según la regulación vigente «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...» (art. 44.1 ET). Esta subrogación opera *ope legis*, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que, una vez producida, el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser el anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a este último en relación con las deudas preexistentes a la sucesión durante el plazo de tres años. Para que esta garantía despliegue sus efectos, el precepto citado establece la delimitación del supuesto que considera como sucesión de empresa. Según el mismo, «a los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (art. 44.2 ET). La interpretación de este concepto de transmisión de empresa sigue dando lugar a litigiosidad en cuanto a si concurre o no el supuesto de hecho para aplicar la garantía de mantenimiento de los contratos de trabajo.

Sobre esta cuestión se pronuncia la STSJ Castilla-León de 10 de julio 2013, en autos de despido. El servicio de prestación de alimentos del Hospital Monte San Isidro de León, fue adjudicado por parte del Complejo Asistencial Universitario de León, dependiente de la Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social, Gerencia Regional de Salud, el 30 de diciembre de 2002 a la entonces mercantil Serunión Castilla SL, luego Serunión SA, por medio de concurso público. El objeto del citado contrato es «la prestación de los servicios de alimentación del Hospital Monte San Isidro de León», consistente en la gestión de compra y adquisición de materias primas, preparación y elaboración de menús, su distribución mediante carros, posterior reparto a los enfermos en bandejas, así como su recogida, y limpieza de los utensilios, menaje, vajilla, etc..., objeto de uso. Para poder llevar a cabo este servicio La Gerencia Regional de Salud pone a disposición del adjudicatario la cocina del Hospital Monte San Isidro de León, cámaras frigoríficas, almacenes, mobiliario, aparataje, vajilla y menaje existente, siendo requisito imprescindible que todas las comidas necesariamente deberán ser elaboradas en las citadas instalaciones sin que pueda, en ningún caso, servirse alimento alguno cocinado fuera de la misma, y corriendo, a su vez, a cargo del Centro Hospitalario los consumos de agua, energía eléctrica, gas natural o cualquier otro tipo de energía ya existente que se precise para el funcionamiento de las cocinas.

El contrato administrativo de prestación de servicios antes citado fue sucesivamente prorrogado hasta 31 de mayo de 2012, en que finalizó definitivamente la vigencia del mismo y, a partir de la referida fecha, fue suprimido el servicio de cocina del Hospital Monte San Isidro de León, asumido por el propio Complejo Asistencial Universitario de León en las instalaciones principales del mismo. Para el transporte de las comidas al Hospital Monte San Isidro se adjudicó contrato administrativo de servicio de transporte de carros de comidas desde el Complejo Asistencial de León a la empresa Severiano Móvil, SA, encuadrada en la actividad del transporte, cuyo servicio consistiría en el servicio de transporte de carros de comida desde la cocina del Complejo Asistencial Universitario de León a las áreas asistenciales del Hospital Monte San Isidro. La cocina del Hospital Monte San Isidro desde la extinción de la contrata y hasta la actualidad permanece cerrada y sin actividad.

La sentencia comentada trae a su fundamentación de forma detallada la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de transmisión de empresa conforme a la Directiva 2001/23/CE, diferenciando aquellos casos en los que la sucesión conlleva transmisión de elementos patrimoniales, de los que sólo conllevan transmisión de elementos personales, resaltándose que para determinar si ha existido o no sucesión, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas 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. Si bien, matiza la sentencia que en aquellos casos en los que para la producción

de bienes o servicios son precisos activos materiales sustanciales, es el traspaso de tales activos lo que determina la sucesión, y que esos activos materiales, si no son una mera yuxtaposición de elementos inconexos, sino un conjunto organizado susceptible de explotación productiva, configuran una organización productiva que obliga al cesionario a hacerse cargo de los trabajadores, sin que sean exigibles otros requisitos respecto a la titularidad jurídica de los mismos o la capacidad de disposición y gestión económica respecto a ellos.

Aplicando la citada doctrina en torno al art. 44 ET, entiende la Sala que aunque estemos en un caso de «reversión» del servicio a su titular, sin embargo una de las condiciones establecidas por la jurisprudencia europea para entender que se mantiene la identidad de la organización productiva es que continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, *Spijkers* y de 11 de marzo de 1997, *Süzen*); mientras que en este caso, sin embargo, se ha producido una cesación en el funcionamiento de las cocinas del Hospital coincidiendo con la finalización del contrato con la empresa subcontratada para su gestión:

*«La Administración, que es la titular de las instalaciones, procedió a contratar con la empresa Severiano Servicios Móviles exclusivamente el transporte de la comida desde otras cocinas de otro centro hospitalario, dejando por ello sin uso ni actividad las cocinas del centro hospitalario en las que prestaba sus servicios Serunión. No puede hablarse entonces de sucesión, porque no se ha transmitido actividad alguna, sino que la misma ha cesado y lo que se ha contratado ahora es exclusivamente un servicio de transporte con la empresa Severiano Servicios Móviles. Tampoco la Administración ha asumido de forma directa el uso de tales instalaciones, que consta que desde la finalización del contrato ha sido cerrada y sin actividad. Por ello la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no puede constituir en este caso un fundamento jurídico para poder exigir responsabilidad a la empresa Severiano Servicios Móviles o a la Administración contratante por los eventuales despidos de los trabajadores que prestaban servicios para Serunión en las indicadas cocinas hospitalarias».*

## B. SUCESIÓN DE CONTRATAS

Son frecuentes en la sucesión de contratas los litigios en torno a la aplicación del art. 44 ET, en los que la contratista entrante entiende que no concurren los requisitos de tal precepto y no se subroga en el personal que ya prestaba servicios en la actividad que deja la contratista saliente. Sobre este asunto se pronuncian sendas sentencias del TSJ Canarias de 28 de enero 2013 y de 23 de abril 2013, idénticas en asunto y empresas codemandas y, en lo sustancial, también en los hechos y fundamentos. Se trata de un cambio de empresas adjudicatarias del contrato con Unelco sobre mantenimiento de las centrales térmicas de Gran Canaria y Tenerife. Poco antes de la finalización del contrato, Maessa, contratista saliente, presenta expediente de regulación de empleo para rescindir cien contratos de trabajo ante la pérdida del contrato de mantenimiento que tenía suscrito con Unelco, dictando resolución la Dirección General de Trabajo desestimatoria de la solicitud por entender que los trabajadores debían pasar subrogados a la empresa contratista entrante Nervión Montaje y

Mantenimiento, SL, que desde 1 de diciembre de 2011 se había adjudicado el contrato con Unelco. Recurrida en alzada, se autoriza la extinción de cuarenta y ocho contratos de diferentes centros de trabajo. Maesa comunica al actor que pasa a ser subrogado por la empresa entrante y solicitada por éste su subrogación a la empresa contratista entrante, ésta entiende que no existe para la misma tal obligación.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido frente a la contratista entrante, considerando que la sucesión de la contrata no resultaba determinante de una sucesión empresarial por cuanto la nueva adjudicataria había aportado considerables medios materiales para la ejecución del servicio contratado, como así se exigía en el contrato y declaró la improcedencia del despido frente a la contratista saliente, Maesa. La sentencia comentada, tras la exposición de la jurisprudencia comunitaria en torno al concepto de transmisión de empresa, y el cambio de doctrina del Tribunal Supremo a partir de varias sentencias de octubre de 2004 consistente en aplicar la doctrina comunitaria en esta materia, pone el acento en el elemento de sucesión de plantilla, a tener en cuenta para determinar si existe sucesión de empresas. En aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión y el nuevo empresario no solo continúa con la actividad de que se trata sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario.

En el caso de autos, tras el cambio de empresa adjudicataria, la actividad sigue siendo la misma desarrollada sin solución de continuidad; la empresa entrante utiliza dos naves que eran propiedad de la empresa saliente; el número de empleados utilizados por cada una de ellas es similar; a pesar del coste de las adquisiciones de medios materiales realizadas por la nueva adjudicataria del servicio para su ejecución, el grueso de las mismas no se refieren a bienes de equipo, maquinaria, infraestructuras o instalaciones afectas a la explotación de la contrata de larga vida útil, sino que, por el contrario, consisten fundamentalmente en bienes fungibles y consumibles, pequeña herramienta, maquinaria menor, ropa de trabajo de los empleados y otro material accesorio. Va a ser, pues, el elemento personal el decisivo para considerar que existe sucesión de empresas:

*«En el escenario fáctico descrito, discrepando del criterio del Juez a quo, consideramos que la actividad de mantenimiento mecánico objeto de la contrata, descansa esencialmente en la mano de obra, pues para excluir la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla no basta con que para la prestación del servicio se requiera la aportación de elementos materiales por la empresa contratista sino que resulta imprescindible que, en comparación con el valor que es atribuible al factor humano, dicho activo patrimonial tenga una notable mayor entidad, importancia, y significación, siendo este último el elemento que permite calificar a tales medios como infraestructura empresarial estable necesaria para la explotación del servicio contratado subsumible en el concepto de unidad económica, y, dicha circunstancia, que no ha sido tomada en consideración por el Juzgador a quo, no se da en el caso que ahora analizamos.(...)»*

*Siendo por tanto el capital humano el recurso fundamental, imprescindible y de mayor valor necesario para llevar a cabo la actividad contratada, que resulta ser idéntica a la que con anterioridad desarrollaba la empresa cesante, sin que haya mediado ruptura temporal alguna entre el cese de la empresa saliente y la entrada de la nueva adjudicataria, y, habiendo integrado esta última en su plantilla a una parte significativa de los trabajadores de la cesante (17 de 32 lo que excede del 50%), que incluye a personal cualificado (los dos jefes de obra), solo podemos concluir que se ha producido una sucesión de empresas».*

### C. SUCESIÓN DE CONTRATAS PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO

En nuestro ordenamiento la inicial inaplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de transmisiones de actividad que no iban acompañadas de la cesión de una infraestructura patrimonial determinada, había dado lugar a que la negociación colectiva complementara las garantías legales en aquellos sectores de actividad en los que, al descansar fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión no se enmarcaba en el ámbito de aplicación de la legislación estatal (art. 44 ET). Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas complementarias y de aplicación a supuestos de hechos diferentes, a través de las cuales el fenómeno subrogatorio podía producirse; eso sí, cada uno con el alcance y los efectos que sus respectivas fuentes de creación fijaban. Actualmente, el Tribunal Supremo y la mayor parte de la doctrina social de los TSJ han acogido la interpretación que viene haciendo el TJUE en el sentido de que en aquellos sectores en los que la actividad transmitida descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad a los efectos subrogatorios. No obstante, en numerosos casos de sucesión de contrata, la asunción de la plantilla por parte del nuevo contratista se hace por exigencia del convenio colectivo aplicable, de manera que las previsiones convencionales que imponen la subrogación en casos antes no cubiertos por la norma legal, terminan por proyectar sus efectos más allá del marco comercial propio del convenio colectivo de aplicación.

La existencia de convenios colectivos que contemplan la obligación de subrogación del personal adscrito a un determinado servicio cuando se produce una sucesión de contrata, suelen exigir el cumplimiento de determinados requisitos para que opere dicha subrogación. Es precisamente el cumplimiento o no de dichos requisitos en cada caso concreto, el objeto de numerosos litigios cuyo denominador común suele ser el despido del trabajador con el argumento de que no se cumple alguno de los requisitos exigidos para que se produzca la subrogación y la negativa de la empresa saliente a continuar con la relación laboral del trabajador o trabajadora en cuestión por entender que se debe subrogar por la empresa entrante.

Sistematizando las sentencias que en el período analizado versan sobre esta materia, podemos hacer la siguiente diferenciación de supuestos:

– Requisito de que la empresa saliente le suministre determinada documentación a la empresa entrante, exigido por el convenio colectivo aplicable, y sus efectos sobre la subrogación del personal en caso de incumplimiento.

Sobre el incumplimiento de la obligación convencional de la empresa saliente de entregar la documentación fijada en el convenio colectivo aplicable a la empresa entrante, se pronuncia la STS de 30 de septiembre 2013, u.d. Siguiendo su doctrina precedente, argumenta el Tribunal que:

«El mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues "ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación", de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 –rcud 702/93–; 29/12/97 –rec. 1745/97–;... 10/07/00 –rec. 923/99–; 18/09/00 –rec. 2281/99–; y 11/05/01 –rec. 4206/00–). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 –rec. 164/97–; 29/01/02 –rec. 4749/00–; 15/03/05 –rec. 6/04–; y 23/05/05 –rec. 1674/04–), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 –rec. 2618/02–)».

En aplicación de la citada doctrina, razona el Tribunal Supremo que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente.

En el caso de autos, el Tribunal llega a la conclusión de que la empresa saliente no ha cumplido con la obligación convencional de entregar la documentación requerida a la empresa entrante dado que:

«a) el simple comunicado al Ayuntamiento de que se "pone a su disposición" la documental que requiere la norma sectorial, en manera alguna supone cumplir la inequívoca revisión –ya referida– que se contiene en el art. 53 del Convenio Colectivo y relativa a que "[l]a empresa saliente deberá facilitar a la entrante los siguientes documentos [...] Estos documentos deberán estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha de inicio del servicio de la nueva titular", puesto el destinatario de la documental obligada es la empresa

entrante y no el titular del servicio público; b) el precepto claramente impone la entrega documental, como demuestran las imperativas expresiones "deberá facilitar a la entrante" y "deberán estar en poder de la nueva adjudicataria", sin que al efecto baste la indicación –dirigida a un tercero, además– de que los documentos están a su disposición; y c) aunque en la fecha de la comunicación al Ayuntamiento [11/mayo/10] se desconociese –como es lógico– el nombre de la nueva adjudicataria, ello no era obstáculo para que se cumpliera la obligación impuesta por el Convenio en la fecha en que aquella fue designada [01/junio/10], y cuyo conocimiento sería obtenido por una mínima diligencia, exigible por elemental buena fe» (STS de 17 de septiembre de 2012, I.L. 1114).

En virtud de lo anterior, estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la contratista entrante, FCCSA, lo que según la sentencia habrá de beneficiar al Ayuntamiento de Lepe que ni siquiera ha recurrido, pues es doctrina jurisprudencial que los efectos del recurso formalizado por alguna de las empresas solidariamente condenadas, aprovecha a las demás.

– Requisito de antigüedad mínima de los trabajadores en la adscripción al servicio que es objeto de transmisión por cambio de contrata, exigido por el convenio colectivo aplicable, y sus efectos sobre la subrogación de los trabajadores.

Sobre el cumplimiento del requisito convencional de antigüedad mínima del trabajador en el servicio transmitido por sucesión de contrataciones de vigilancia y seguridad se pronuncia la STS de 22 de octubre de 2013, u.d., en unificación de doctrina, sobre la delimitación del «servicio objeto de subrogación» a los efectos de constatación de la antigüedad mínima del trabajador en el servicio objeto de sucesión de contrataciones, exigida por el convenio colectivo aplicable. La cuestión que se plantea consiste, en interpretación del art. 14 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2009-2012 y tratándose de servicios de «protección personal», en determinar lo que debe entenderse por «servicio objeto de subrogación» y cómo se determina la adscripción del concreto trabajador al mismo a efectos del presupuesto de antigüedad en el servicio, dadas las especiales particularidades que concurren en tal actuación y la falta de una norma expresa en el pacto colectivo.

El supuesto analizado presenta como presupuestos los siguientes: la existencia de una contrata adjudicataria de servicios de protección personal o escolta por el Gobierno Vasco; durante la vigencia de la contrata los trabajadores son asignados por su empleadora a la protección de personas diferentes, incluidas en el objeto de la contrata; la nueva contrata adjudicataria del servicio considera que no procede la subrogación porque el trabajador no cumple el requisito de antigüedad mínima de siete meses en el servicio subrogable, tal como establece el art. 14 del convenio colectivo aplicable. En la citada sentencia es la empresa entrante la recurrente en casación, alegando la existencia de doctrina contradictoria recogida en las STSJ de País Vasco de 4 de noviembre de 2003 en la que se rechaza la subrogación al no cumplir el trabajador siete meses de antigüedad en la última persona escoltada dentro del servicio de protección personal.

Para resolver el problema interpretativo en torno a qué deba entenderse

por servicio objeto de subrogación, el Tribunal Supremo, basándose en su doctrina sobre el art. 14 del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (entre otras: 24-4-2012, R. 2966/11; 10-5-2012, R. 3197/11; 17-5-2012, R. 3147/11; 18-5-2012, R. 4430/11; 5-6-2012, R. 3374/11; 19-6-2012, R. 3177/11; y 9-7-2012, R. 3417/11), en las que se daba respuesta a casos idénticos, sobre la interpretación del artículo 14 del convenio colectivo de trabajo de las empresas de seguridad, que establece un deber de subrogación a cargo de la nueva empresa adjudicataria, sometido a determinados requisitos, en los supuestos de sucesión de contrataciones o adjudicaciones entre distintas empresas contratistas de servicios de seguridad, considerando que sí procede la subrogación:

*«La argumentación en que se apoya la decisión adoptada en los mencionados precedentes de esta Sala se puede resumir, tal como ya hizo la sentencia de 17-5-2012 y reiteró luego la de 18-5-2012, en los siguientes puntos: 1) el precepto convencional controvertido vincula la subrogación en los contratos de un lado al "lugar de trabajo", y de otro lado al «servicio objeto de subrogación»; 2) la referencia al lugar de trabajo tiene operatividad en determinadas modalidades de prestación del servicio de seguridad (por ejemplo, vigilancia de edificios o establecimientos), pero no en los casos de servicio de escolta de personalidades, caracterizado por la movilidad propia de esta clase de actividad y 3) así las cosas, debe atribuirse a la nueva adjudicataria la protección de la persona a la que normalmente se escoltaba al tiempo del cambio de contratistas, con independencia de si lo hizo así de manera ininterrumpida durante los siete meses anteriores o, incluso, si fue la persona a la que escoltó por más tiempo en ese período; y 4) en el caso que debemos resolver ahora, el actor, tal como se desprende de la incombata declaración de hechos probados, estuvo más de 7 meses adscrito al servicio de protección de personas encomendado a la anterior adjudicataria Sabico SA, habiendo sido transferida a la nueva adjudicataria Castellana de Seguridad SA la protección de las últimas personas protegidas en el desempeño de la labor de escolta».*

– No aplicación del convenio colectivo. Actividad no encuadrable en el convenio colectivo de Seguridad. No asunción de la plantilla por la contratista entrante.

La STSJ Castilla-La Mancha de 10 de julio 2013, analiza en autos de despido la no subrogación de los trabajadores adscritos a los servicios de una contrata consistente en «servicios auxiliares para control de instalaciones de la Diputación de Guadalajara», que pasa a adjudicarse a otra empresa contratista. El fondo del asunto en cuestión es la existencia o no de una subrogación empresarial como consecuencia de la aplicación, en opinión de la parte recurrente, del convenio colectivo de empresas de seguridad, siendo de destacar por la Sala los siguientes aspectos: a) La empresa contratista entrante no ha contratado a ninguno de los trabajadores de la contratista saliente; b) No consta que el convenio colectivo que se viniera aplicando fuera el de «Empresas de Seguridad»; c) Los trabajadores, para la prestación de su trabajo, no utilizan medios de defensa personal, ni armas, ni tienen como función detener a nadie, ni tienen que controlar accesos (hecho probado sexto, primer párrafo); d) Su función en las diversas dependencias de la Diputación de Guadalajara es la de abrir y cerrar ventanas y puertas, control de las temperaturas y avisar si la temperatura excede de una concreta; tienen chalecos reflectantes, no existiendo puestos de vigilancia ni de control de entradas y salidas de personal; e) Por la contratista saliente,

«Consortio de Servicios S.A.» se comunica a los trabajadores la finalización del contrato temporal suscrito, por la finalización de la contrata; f) Interpuesta demanda por despido contra ambas contratistas, por considerar que procedía la subrogación de la empleadora entrante, recayendo Sentencia desestimatoria, que es la ahora objeto del presente recurso.

Partiendo de estos hechos, entiende la Sala que la alegación de los recurrentes consistentes en su derecho a ser subrogados por la contratista entrante en virtud de lo dispuesto en el art. 14 del convenio colectivo de empresas de seguridad, carece de la premisa primera e imprescindible, esto es, de la convicción de que esa sea la norma sectorial aplicable, lo que ni ha quedado así reconocido en la sentencia de instancia, ni existen elementos de hecho de los que pudiera derivar dicha conclusión, conforme al ámbito funcional de aplicación de dicho convenio, dentro de lo que en principio no parece que quepa incluir la mera actividad de conserjería objeto de la contrata aunque ciertamente se bordee, dada cierta cercanía funcional, pero no parece suficiente para que sin más se alcance la conclusión del sometimiento de las relaciones laborales de dichas empresas al mencionado convenio. Sin entrar, por lo tanto, desde esta perspectiva, en si se darían o no las exigencias convencionales establecidas en dicho precepto para que se produzca la subrogación, al no considerarlo aplicable.

A partir de esta primera conclusión, procede la Sala a analizar si procedería la subrogación por aplicación de la norma general común, art. 44 ET, resultado de la transposición de la normativa comunitaria y de la interpretación del Tribunal de Justicia Europeo. Para la sentencia comentada, se trata de una definición legal que resulta algo confusa, y da lugar a un cierto debate doctrinal y judicial, en la medida en que se viene entendiendo que, en el caso de que no exista previsión convencional, ni en el Pliego mediante el que se convoca la contrata, se entenderá que existe sucesión en la medida en que, aunque no exista transmisión de elementos materiales, al no ser necesarios para el desarrollo de la actividad, la nueva contratista admita a una parte sustancial de los trabajadores que venía desempeñando la actividad con la anterior empresa contratista. Lo que, en definitiva, puede conducir a que sea la nueva empresa la que, en función de que adopte una u otra decisión, sea la que determine la existencia o no de tal subrogación empresarial.

En base a lo anterior y con apoyo en diversas sentencias del TJUE (65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Süzen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02; 29/05/08; 27/06/08; 28/04/09 y 23/10/09), concluye la Sala que:

*«...en el presente caso, dejada constancia de que la nueva empresa contratista con la que se ha concertado por la empresa principal (Excma. Diputación de Guadalajara) la prestación de la actividad, no ha asumido a ningún trabajador de la plantilla de la anterior empleadora (hecho probado sexto), no pudiendo considerarse aplicable el Convenio Colectivo*

*pretendido por la parte recurrente, y no existiendo tampoco alusión sobre la obligación de subrogación de la plantilla por la empresa contratista entrante, como se viene resaltando, no puede estimarse que haya existido la sucesión empresarial que se plantea en el recurso. Y en su consecuencia, procede, tras la desestimación de este segundo motivo, la del recurso en su totalidad, con la consiguiente confirmación de la Sentencia de instancia objeto del mismo, que no incurrió en las infracciones normativas denunciadas por los recurrentes».*

– Alcance del ámbito de aplicación del Acuerdo de homogeneización de condiciones de trabajado de la empresa contratista saliente frente al convenio colectivo del sector que contempla la subrogación.

La STS de 29 de julio 2013, u.d., analiza en unificación de doctrina, también en un caso de cambio de empresa contratista en autos de despido, si corresponde aplicar al caso el art. 22 del convenio colectivo provincial de siderometalúrgica de Almería que tiene prevista la subrogación al término de la concesión de una contrata de mantenimiento y conservación o, como alega la empresa contratista entrante, se aplica el Acuerdo sobre homogeneización de condiciones laborales de 20 de junio de 2006, que establece que el convenio colectivo de aplicación será el de Madrid –que no tiene establecida la subrogación–. Según la recurrente, se trata de un Acuerdo que tiene la eficacia jurídica de un convenio colectivo, conforme al artículo 91 ET y si, conforme al compromiso primero de ese acuerdo, con eficacia de convenio colectivo, a los trabajadores de la contratista saliente, Ericsson Network Services SL, se les aplicará lo previsto en esta Mediación y, en su defecto, el convenio colectivo de la Industria de Metal de la Comunidad Autónoma de Madrid, no cabe duda de que estamos en presencia de un convenio colectivo de empresa que no puede resultar afectado por la entrada en vigor, en fecha posterior, de un convenio colectivo sectorial de ámbito provincial, ya que cuando entra en vigor el convenio colectivo Provincial de Almería (BOPA 20-01-2009) ya había sido publicado el Acuerdo de 20 de junio de 2006.

En apoyo de su argumentación, la recurrente alega contradicción entre la sentencia recurrida y la que aporta como contraste (STSJ Castilla-León, Valladolid, de 13 de diciembre de 2010), que resuelve sobre un asunto idéntico al de autos, habiendo resuelto la de contraste a favor de la preferencia aplicativa del convenio colectivo de la Industria de Metal de la Comunidad Autónoma de Madrid, que no contempla la subrogación.

Entiende el Tribunal Supremo que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia que se recurre en autos, no la de contraste, ya que:

*«...el Acuerdo de 20 de junio de 2006, (BOE 20-12-2006) se alcanzó tras un procedimiento de mediación y su finalidad es homogeneizar las condiciones laborales de los colectivos de trabajadores afectados por el proyecto Service Business Evolución de la empresa Ericsson Network Services SL, pertenecientes a las plantillas de Newtelco O&M, Newtelco Networks, Newtelco Services, Inditel y Ericsson España. Los trabajadores pertenecientes a las plantillas de estas empresas se han integrado en Ericsson Network Services SL y, para evitar la existencia de diferentes regulaciones de las condiciones de trabajo de cada uno de dichos colectivos, se reforman las mismas estableciéndose una regulación homogénea.*

*Dicho Acuerdo tiene este limitado alcance y no puede extenderse a todas las demás empresas del sector, que se rigen por el convenio colectivo que resulte de aplicación».*

Concluye, pues, la Sala que resulta de aplicación el convenio colectivo provincial de la Siderometalurgia de Almería (BOP 20-01-09), que en su artículo 22 dispone la garantía para el personal de contratas de mantenimiento bajo el cumplimiento de ciertos requisitos que en el caso de autos no se han negando que se cumplan, por lo que se desestima el recurso de la contratista entrante, que debe subrogarse en los trabajadores.

#### D. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE TRAS LA SUCESIÓN DE EMPRESAS

Objeto de interpretación judicial vienen siendo también otros aspectos relacionados con la sucesión empresarial, como es el caso del mantenimiento o no de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que venía siendo de aplicación a los trabajadores ahora subrogados por otra empresa. Es el supuesto que analiza la STSJ Castilla León de 23 de julio 2013, en autos sobre clasificación profesional y reclamación de cantidad. En el contrato de trabajo se establecía que sería de aplicación el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Madrid; venía prestando sus servicios como auxiliar administrativo para la empresa Consultoría y Gestión Sanitaria, SA (Cogesa), consistiendo el trabajo de la actora en la recopilación, clasificación y archivo de datos destinados a los protocolos que se les mostraban dirigidos a la digitalización de la documentación clínica del Hospital de Burgos. Este servicio, junto a otros, fue contratado por Cogesa con la empresa Nuevo Hospital de Burgos, SA. Reclama la actora que se le reconozca la categoría profesional de verificador clasificador del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Burgos (B.O. Burgos 23-7-08 y 19-4-12) y que se les pague con arreglo a la categoría de Clasificador.

Con apoyo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a los efectos de la sucesión empresarial en cuanto a los derechos previstos en convenio colectivo (SSTS 15 de diciembre 1998 [RJ 1997, 4424]; 1 de marzo de 2002 [RJ 2001, 694]; y 12 de marzo de 2012 [RJ 2011, 4]), argumenta la Sala que la sucesión de empresa operada por la vía del Art. 44 ET, no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo que acoge el precepto, i bien dicho principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba. Lo contrario supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos –como el presente– de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores. Quiere lo anterior decir que por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede proceder a tal regulación homogénea de condiciones de trabajo, de modo que en el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador.

Aplicada la anterior doctrina al caso de autos, entiende que del epígrafe en

el que consta en alta la empresa Cogesa (epígr. 7022: otras actividades) no se desprende de forma fidedigna la actividad prevalente de la empresa saliente. A mayor abundamiento, desconoce esta Sala la actividad preponderante de la empresa Cogesa, pues una cosa es el objeto del contrato firmado entre dicha mercantil y Nuevo Hospital de Burgos S.A., limitado a la digitalización de la información clínica e imagen del Hospital, y otra bien distinta el conjunto de funciones desarrolladas por aquélla de manera dominante y que definen su actuación. En base a lo que concluye que:

*Sin embargo, lo que no desconoce esta Sala, a tenor de lo expuesto en sentencia es que la trabajadora aquí demandante desarrollaba su actividad en la provincia de Burgos, polígono industrial de Villalonquejar (del ordinal primero) y que el salario mensual bruto estipulado por el Convenio Colectivo de oficinas y despachos de Burgos es de 1.326,95 euros, frente a los 902,63 euros fijado por el mismo Convenio para la provincia de Madrid y que Cogesa aplicó al contrato de trabajo de la demandante. La localización del ámbito de desempeño de la actividad, unida a la circunstancia preponderante de ser más beneficioso el Convenio Colectivo de Burgos frente al de Madrid, dirigen la conclusión de esta Sala a la alcanzada por el tribunal de instancia, y ello, por aplicación de la doctrina de la Sala Cuarta expresada en Sentencia de 18 de diciembre de 1990.*

La sentencia estima, pues, el recurso de la actora considerando de aplicación a la relación laboral de las partes el convenio colectivo de oficinas y despachos de Burgos, conforme a los arts. 82 y 83 ET.

#### E. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SUBROGACIÓN. CÓMPUTO DE LA ANTIGÜEDAD

La STS de 19 de septiembre 2013, u.d., analiza en autos de reclamación de cantidad y categoría profesional la interpretación que haya de darse al art. 67 del convenio general del sector de asistencia en tierra de aeropuertos, de junio de 2005, sobre normas comunes y condiciones de los trabajadores a subrogar. Se trata de un trabajador con categoría profesional inicial de administrativo 2.º al servicio de una empresa de logística y servicios aéreos desde el 11/6/07 que fue sustituida por otra de asistencia en tierra a aerolíneas el 8/5/08, a la que sucedió una tercera –la ahora recurrente– el 3/7/2009 en la que quedó encuadrado como agente administrativo con nivel retributivo 1E correspondiente a personal de nuevo ingreso. Con la demanda solicitaba ser incardinado en el grupo administrativo categoría A nivel 3 y que se condenase a ese reconocimiento y al abono de las diferencias salariales durante el período precitado, sosteniendo que su experiencia en el sector no ha sido valorada.

La sentencia de instancia desestimó su demanda pero la de suplicación, que cita los arts. 42 y 125 del convenio de la empresa actual, acogió su recurso arguyendo que según el convenio colectivo de la misma, le corresponde aplicar el nivel A3 en razón a los 3 años de antigüedad acreditados.

Según la empresa recurrente, la reivindicación de demanda sólo persigue la consolidación de un salario mayor, con lo que bien puede decirse que aquella garantía salarial prevista por el convenio del sector quedaría injustamente desequilibrada en perjuicio de la cesionaria... al verse obligada a asumir una retribu-

ción todavía mayor a la percibida en la empresa cedente y a la correspondiente a un trabajador de nuevo ingreso. Como contraste alega la sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de noviembre de 2009.

Como presupuesto previo, parte la Sala del hecho de que sucesión empresarial operada lo ha sido por aplicación del convenio colectivo aplicable que prevé la subrogación empresarial en operaciones de *handling* en el transporte aéreo, como sostiene en sentencias anteriores (SSTS 11/10/05 –rec. 2518/04–; 02/11/05 –rec. 2740/04–; 02/11/05 –rec. 3045/04–; 16/11/05 –rec. 4064/04–; y 29/12/05 –rec. 3076/04–), por lo que lo previsto en el apartado 4 del art. 44 no afectaría al caso de autos. Siendo algo no discutido que al personal subrogado se le aplica el convenio colectivo de la cesionaria, resulta de aplicación las garantías previstas en su art. 67 D) en los casos de sucesión empresarial, entre las que se encuentra la prevista en el subapartado 3 del mismo, consistente en reconocer «los derechos económicos en trance de adquisición referidos a la antigüedad y/o progresión, si los hubiere en la empresa cedente, hasta que se perfeccionen. Una vez consolidados comenzará el cómputo para la antigüedad y/o progresión en las condiciones establecidas en la empresa cesionaria».

De manera que, conforme a ello, entiende la Sala que si el actor llevaba ya varios años trabajando en el momento de la subrogación laboral, que es el específico supuesto contemplado en dicho artículo, no podía ser considerado como trabajador de nuevo ingreso en la nueva empleadora, en cuyo convenio colectivo se establece al respecto que el paso de un nivel económico a otro superior dentro de la misma categoría se producirá mediante la «progresión» a que se refiere su art. 51, siendo el primer requisito de la misma un «tiempo mínimo» de actividad en un nivel para pasar al superior, como es el establecido en el art. 62 para la categoría de los administrativos. Por lo que concluye que por aplicación del art. 67 D) del citado convenio y respecto de los trabajadores subrogados:

*«...éstos no pueden ser tratados como trabajadores de nuevo ingreso sino con la antigüedad que ya tenían en el momento de dicha subrogación, independientemente de que en la evaluación global de las demás condiciones y/o circunstancias económicas, la aplicación del convenio colectivo de la empresa dé un resultado ya de por sí más favorable al trabajador que la situación que tenía en la anterior empresa porque ello es consecuencia de la interrelación y doble incidencia de los dos convenios colectivos referenciados en los términos antedichos, en cuanto el de empresa resulta aplicable por el del sector y en los términos diseñados en éste, que salvaguarda o garantiza determinados aspectos en la remisión que hace a aquél».*