

trativo para hacer frente a las mismas funciones solo respondiera a una táctica para evitar la calificación de la relación como laboral y poder sortear las prescripciones del Estatuto de los Trabajadores.

En conclusión, tal y como ha manifestado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, la naturaleza laboral de la relación entre un trabajador y una administración no puede quedar desvirtuada por la mera calificación formal de la relación como administrativa. Un contrato será administrativo cuando el objeto del contrato sea un trabajo de tipo excepcional, es decir, un trabajo específico y no una actividad en sí misma considerada independientemente del producto final. Luego la relación que vinculaba a las partes tiene naturaleza laboral y no administrativa, tal y como correctamente confirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (director)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Lowells)
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coordinación)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATAS.
 - A) **Diferencias con la cesión ilegal.**
 - B) **Responsabilidad por deudas salariales, vacaciones y conceptos indemnizatorios.**
 - C) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
 3. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Ámbito de apreciación de las causas económicas.**
 4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
 - A) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
 5. CESIÓN ILEGAL.
 - A) **Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
 - B) **Cesión de trabajadores en los grupos de empresa.**
 - C) **Efectos derivados del derecho de opción.**
 - a) Opción de la empresa elegida entre readmisión o indemnización.
 - b) Consecuencias retributivas.
 6. SUCESIÓN DE EMPRESA.
 - A) **Elementos que delimitan el supuesto de hecho.**
 - B) **Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.**
 - C) **Segregación empresarial y sucesión de empresa.**
 - D) **Subrogación y convenio colectivo aplicable.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 7 de 2011 de la *Revista Información Laboral de Jurisprudencia* 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), grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, 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. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A) de esta crónica.

B) Responsabilidad por deudas salariales, vacaciones y conceptos indemnizatorios

El art. 42.2 ET reconoce la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social de la contrata o subcontrata de la propia actividad durante la vigencia de la misma. El alcance material de las obligaciones citadas es objeto de frecuentes litigios, siendo un ejemplo de ello el que examina la **STJS de Asturias de 4 de marzo de 2011**, IL J 854. En ella se rechaza la tesis de la empresa principal Naval Gijón, S.A., que interpretaba que deberían excluirse a estos efectos tanto las retribuciones correspondientes a las vacaciones como los intereses de demora del conjunto de obligaciones salariales a las que se extiende su responsabilidad solidaria como empresario principal.

En cuanto a las vacaciones el TSJ, con apoyo de la doctrina unificada del Tribunal Supremo, considera que la retribución correspondiente al concepto de vacaciones es salario a todos los efectos y, en concreto, a los previstos en el art. 42.2 ET. Por lo que respecta al recargo por mora que se deriva del impago de las percepciones salariales no abonadas por la empresa contratista, el TSJ recuerda que hasta la STS 30-1-2008 prevalecía la tesis restrictiva de que «el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes», de modo que «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses». Pues bien, dicha doctrina se va a corregir a partir del pronunciamiento citado con vistas a la solución satisfactoria de los intereses del trabajador.

Y así cabe concebir también que si se pretende conceder al trabajador a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el trabajador. Y si las cosas claman por su dueño y deben ser entregadas a éste con todos sus accesorios, frutos e intereses, no parece injusto que, en aquellos supuestos en que existe una deuda a favor del trabajador y en contra del empleador o del empresario principal, se entienda que la completa satisfacción de los derechos del trabajador exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada. Atendiendo a lo dicho el TSJ, en recta aplicación de la regulación laboral sobre el pago del interés por mora (art. 29.3 ET), concluye que nada impide extender a estos intereses la responsabilidad solidaria previstas en casos de contrata de la propia actividad (art. 42.2 ET).

C) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas núms. 37, 39, 42 y 43) a la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de ellas. En el caso específico del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la regulación aplicable hace recaer esa responsabilidad en el «empresario infractor» (art. 123.2 LGSS), expresión genérica pero precisa que, para el supuesto de las contratas de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia (artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS). A uno de estos supuestos se refiere la **STSJ de Castilla y León de 12 de enero de 2011**, IL J 946. Como antecedente a la misma, la resolución de la Dirección Provincial del INSS acordó la imposición del recargo de prestaciones sólo a la empresa subcontratista, responsabilidad que ésta pretende hacer extensiva tanto a la empresa contratista principal, Eraikuntza Birgaikuntza Artapena, S.L., por falta de coordinación e incumplimiento de su obligación de vigilancia (art. 24.3 LPRL), como a la empresa Construcciones Moyua, S.A. por ser ésta la que, en el curso de sus trabajos, movió las placas de hormigón de Dinescon, S.L. —cuyo intento de corrección posterior por parte del trabajador originó el accidente—. EL TSJ resolvió que no procedía extender la responsabilidad por el recargo hacia las otras empresas pues, ni todos los incumplimientos empresariales ni toda omisión de medidas de seguridad pueden dar lugar al recargo de prestaciones, sino sólo aquellas que se insertan en la cadena causal del accidente cuya constancia sea clara e inequívoca y son las que deben de valorarse tanto en la instancia como en suplicación. Tal y como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo «el carácter dual, sancionador e indemnizatorio del recargo de prestaciones exige que se interprete estrictamente tanto la acreditación de una infracción normativa en materia de medidas seguridad, como la existencia de un nexo de causalidad entre la infracción y el accidente de trabajo».

Por lo tanto, al no quedar acreditados los incumplimientos citados el TSJ entiende que no puede ser extensible el carácter solidario del recargo de prestaciones a las empresas citadas.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) **Ámbito de apreciación de las causas económicas**

La STSJ de Galicia de 14 de enero de 2011, IL J 947, revisando un despido objetivo efectuado por la Compañía Gallega de Supermercados, S.A., perteneciente al grupo de empresas el Árbol y que la trabajadora consideraba una lesión a su derecho fundamental a la libertad sindical, reitera el ámbito en el cual deben de ser apreciadas las causas económicas y que resulta ser la empresa o unidad económica de producción. En este contexto y aplicado a los grupos de empresas, la jurisprudencia afirma que la dirección comercial única así como la unidad económica no implican necesariamente la existencia de una confusión de empresas, siempre que cada una de ellas conserve la titularidad formal y siga siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciado en el que tiene lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores.

A tal fin, y para apreciar la posible existencia de responsabilidad solidaria del grupo respecto de las obligaciones contraídas por Supermercados, S.A. con la trabajadora el TSJ argumenta la necesidad de que concurra alguno de los siguientes elementos: a) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; c) creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; d) confusión de plantillas, de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. En base a lo anterior, el TSJ niega la existencia de responsabilidad solidaria en este supuesto afirmando que circunstancias tales como la participación de un 94,24% de el Árbol en el supermercado en el que prestaba servicios la actora, la prestación profesional temporal o provisional no fraudulenta de trabajadores de ésta en aquél no impiden reconocer la personalidad jurídica propia y autónoma de cada una de éstas ni permiten afirmar la existencia de una única relación laboral cuyo titular fuese el grupo ni de una explotación unitaria por cuenta de la que presta servicios la trabajadora, hasta el punto de no poder diferenciar la empresa receptora de su actividad para poder apreciar la responsabilidad solidaria.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad**

La STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2011, IL J 794, analiza un supuesto de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el que se discute la extensión de la responsabilidad derivada del citado recargo hacia la ETT, la cual había suministrado el

trabajador que se accidentó y que motivó la correspondiente sanción del INSS a la empresa usuaria. La discusión se centra en que, según la empresa usuaria, es la ETT la que tiene la obligación de proporcionar la formación necesaria al trabajador (art. 12.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, y art. 28.3 de la Ley 31/1995, de PRL). Sin embargo, el TSJ resuelve que la empresa infractora es la empresa usuaria y que debe ser ella quien asuma el recargo, ya que el accidente se produjo en el ámbito de las condiciones de ejecución del trabajo, con una concreta máquina, de responsabilidad de la empresa usuaria y cuyo manejo no se correspondía con la categoría profesional recogida en el contrato de puesta a disposición.

5. CESIÓN ILEGAL

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

Como ya hemos indicado en anteriores crónicas la modificación de la regulación del régimen de cesión de trabajadores (art. 43 ET) recogiendo los criterios jurisprudenciales previos, trataba de perfilar las circunstancias determinantes de la existencia de la conducta interpositoria prohibida. Sin embargo, ello no ha servido para disminuir la litigiosidad en relación a esta cuestión. Buena prueba de ello es que en el período examinado la mayor parte de los pronunciamientos judiciales recaídos en nuestra temática aluden a cuestiones ligadas a la delimitación de cuándo estamos ante un supuesto de cesión ilegal de mano de obra y cuándo ante una lícita figura de descentralización productiva (STSJ Extremadura 13-1-2011, IL J 772; STSJ de Galicia de 6-4-2011, IL J 978; STSJ de Andalucía de 16-2-2011, IL J 826; SSTS, Sala 4.ª, de lo Social, u.d., de 28-2-2011, IL J 728; de 15-2-2011, IL J 878; de 14-2-2011, IL J 745; de 2-3-2011, IL J 726; de 15-2-2011, IL J 738; de 15-2-2011, IL J 741; de 9-3-2011, IL J 723; de 23-2-2011, IL J 730; de 11-5-2011, IL J 1007; de 19-4-2011, IL J 909; de 2-6-2011, IL J 1020; de 15-2-2011, IL J 877; de 11-5-2011, IL J 923; de 22-2-2011, IL J 732; de 21-1-2011, IL J 755; de 18-1-2011, IL J 758; de 28-2-2011, IL J 727; de 16-2-2011, IL J 736; de 15-2-2011, IL J 739; de 4-5-2011, IL J 918). La cuestión principal es que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, hoy incluso consagrados normativamente, que indican la presencia de la figura prohibida, la dificultad reside en su proyección al caso concreto. De ahí que sea necesario un análisis preciso de las circunstancias que rodean la prestación de servicios del trabajador, así como de las relaciones efectivamente establecidas entre él y las empresas que figuran como aparente o real comitente y contratista y de los derechos y obligaciones derivados del nexo contractual existente entre estas dos últimas. Los pronunciamientos arriba citados del Tribunal Supremo, que contemplan supuestos sustancialmente iguales de cesiones temporales de personal entre la empresa Perfaler Canarias, S.L., que presta los servicios de distintos trabajadores al Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, acogen la doctrina consolidada de la Sala sobre supuestos de cesiones ilícitas que se enmascaran con la práctica de utilizar contratas como medio de articular el acuerdo interpositorio prohibido entre las empresas cedentes y cesionaria, por lo que pasamos a exponerlos y resumirlos de forma conjunta (SSTS, Sala 4.ª, de lo Social, u.d., de 28-2-2011, IL J 728; de 15-2-2011, IL J 878; de 14-2-2011, IL J 745; de 2-3-2011, IL J 726; de 15-2-2011, IL J 738; de 15-2-2011, IL J 741; de 9-3-2011, IL J 723; de 23-2-2011, IL J 730; de 11-5-2011, IL J 1007; de 19-4-2011, IL J 909; de 2-6-2011, IL J 1020; de 15-2-2011,

IL J 877; de 11-5-2011, IL J 923; de 22-2-2011, IL J 732; de 21-1-2011, IL J 755; de 18-1-2011, IL J 758; de 28-2-2011, IL J 727; de 16-2-2011, IL J 736; de 15-2-2011, IL J 739; de 4-5-2011, IL J 918). En síntesis se recuerda que:

- 1) Lo que contempla la prohibición de cesión de trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (art. 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura relevante, pueda darse la cesión ilegal. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial.
- 2) La finalidad que persigue la prohibición legal de cesión de trabajadores es que la relación laboral materialmente coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes o simplemente la inseguridad jurídica que supone relacionarse formalmente con un sujeto que realmente no es su auténtico empleador. Pero ello no implica, a juicio de la jurisprudencia, que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.
- 3) La contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tienen lugar en el marco de la empresa principal. En ocasiones no es fácil diferenciarla de la cesión, porque en la práctica se suele recurrir a contratas como medio formal de ocultar el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario, resultando dificultoso reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita.
- 4) Como criterios diferenciadores la jurisprudencia ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración complementarios entre sí y que contienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales, y la realidad empresarial del contratista que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.
- 5) Constituye un elemento esencial para la calificación del supuesto en cuestión la actuación del empresario en el marco de la contrata, 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. Por lo tanto, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio, en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es realmente quien formalmente se presenta como el empleador, porque el lugar del empleador real está ocupado por un titular ficticio.

Los resultados de la proyección de las anteriores consideraciones a los supuestos enjuiciados llevan al Tribunal Supremo a reconocer la existencia de una cesión contractual que no puede ampararse en el marco de una descentralización productiva lícita atendiendo a que las tareas realizadas (art. 42 ET), en todos estos supuestos por el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, Perfaler Canarias, S.L., la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. Asimismo el TS reconoce que la prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento, siendo irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero hecho de sustituir esa empresa al empleador real —el Ayuntamiento— en el contrato de trabajo. Y ello es así aunque conste probado que el trabajador actuaba en ocasiones bajo la coordinación de un empleado de la empresa cedente, pues la realidad del día a día acreditada en los hechos probados es que los trabajadores afectados se hallaban claramente integrados dentro del organigrama municipal que aparece por tanto como su empresa real. Frente a ello, aclara el TS, no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos (art. 43 ET). Por otra parte, tampoco cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (arts. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la citada Ley) con el supuesto enjuiciado en cada una de las sentencias arriba citadas: «la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente».

La STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2011, IL J 772, afirma la concurrencia de una cesión ilegal entre el Excmo. Ayuntamiento de los Santos de Maimona y la Junta de Extremadura dado que el Ayuntamiento fue un tercero interpuesto en la relación entre el trabajador y la Administración Autonómica, puesto que el Ayuntamiento se limitó a la contratación del trabajador, el cual pasó a prestar servicios en la esfera propia competencial de la Administración Autonómica (centro de salud). A este respecto subraya el TSJ que «con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir, una actividad ejecutada con medios propios y organizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista». Asimismo, y

con apoyo jurisprudencial, indica que la cesión ilícita puede darse también entre negocios jurídicos públicos, puesto que las expresiones «contratas o subcontratas» del art. 42 ET no quedan referidas únicamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privada sino también pública.

Por el contrario, la **STSJ de Galicia de 6 de abril de 2011**, IL J 978, con base en la doctrina del TS expuesta en líneas superiores y que damos aquí por reproducida, niega la existencia de un supuesto de cesión ilegal entre la trabajadora y la Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos, S.A. (SEAGA), por cuanto que entiende que la relación laboral real de la actora coincide con la formal que mantiene con el SEAGA, que es su efectivo empresario y que es el que ha asumido las obligaciones que le corresponde, manteniéndose el trabajador afectado dentro del ámbito del poder de dirección de SEAGA.

También la **STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2011**, IL J 826, niega la existencia de cesión ilegal, tal y como pretendían los trabajadores, al entender que la empresa Central Broadcaster Media, S.L., no sólo contaba con los medios materiales necesarios para el desempeño de su actividad y que eran utilizado por los propios trabajadores, sino que, además, realizaba las funciones propias de empresario de los trabajadores (existía un coordinador que indicaba el trabajo a realizar y gestionaba las bajas, vacaciones, abono de horas extras o las incidencias en las nóminas).

B) Cesión de trabajadores en los grupos de empresa

Con carácter general, la circulación de trabajadores entre las empresas que pertenecen a un grupo empresarial constituye, salvo supuestos especiales, una práctica lícita que como recuerda la **STSJ de Galicia de 14 de enero de 2011**, IL J 947, no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del régimen de la cesión ilegal (art. 43 ET).

Uno de estos supuestos es el que se plantea en la **STS de 14 de febrero de 2011**, IL J 744, u.d. En dicho pronunciamiento el TS niega la existencia de una cesión ilegal de trabajadores de la empresa Diario El País, S.L. a otras empresas del grupo Prisa y la responsabilidad solidaria de todas las empresas a las que se le ha transferido personal como pretende la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras. El supuesto de hecho tiene como base la segregación de actividades por parte de la empresa Diario El País hacia otras empresas del grupo Prisa, incluyendo en dicha segregación la transferencia de los medios humanos y materiales necesarios para desempeñar las actividades externalizadas. El TS, siguiendo la doctrina jurisprudencial, sostiene la licitud de la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial como «una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, las que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores... Porque lo que no hay que olvidar es que pese a su general licitud, salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador) de la que en autos no consta dato alguno acreditado como probado, en todo caso no dejamos de estar en presen-

cia de una cesión de trabajadores (por los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa) y como tal cesión —aunque legal— no puede limitar los derechos del empleado, tal como la Sala ha afirmado con carácter general en la doctrina antes citada, proclamando la observancia de las garantías establecidas por el art. 43 ET, y que más específicamente reconocemos ahora en materia de antigüedad, de acuerdo con el texto de la norma previamente referida... antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales, indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación —sin solución de continuidad— con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET). Máxime cuando con la antigüedad se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios en la misma... Y más claro aún resulta cuando de lo que se trata es de determinar los “niveles de formación y experiencia del empleado” (art. 33 del II Convenio del Grupo), extremo en el que resultaría del todo impresentable que se prescindiese de la experiencia adquirida trabajando en régimen de contrata para la misma empresa, en el mismo puesto de trabajo y con identidad de funciones». Pero en el supuesto en cuestión el TS niega que se produjese una transmisión permeable de personal entre las empresas del grupo, sino que a raíz del proceso de segregación de las distintas ramas de actividad de la inicial empresa Diario El País a otras empresas del grupo para que pudieran desarrollar las actividades segregadas se procedió al traspaso de trabajadores como elemento constitutivo del propio concepto de sucesión lícita de empresa, realidad que no puede ser configurada como una cesión ilegal de trabajadores dentro del grupo y, por consiguiente, que suponga la aplicación de la prohibición legal de tal conducta (art. 43 ET) ni tampoco una responsabilidad solidaria de las empresas demandadas.

C) Efectos derivados del derecho de opción

a) Opción de la empresa elegida entre readmisión o indemnización

Declarada una cesión ilegal, la norma aplicable señala las consecuencias que se derivan de esa actuación empresarial ilícita (art. 43.4 ET), cuya doctrina nos recuerda la **STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2011**, IL J 772, señalando que la norma reconoce al trabajador sometido a cesión ilegal el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, una vez realizada dicha opción, y dado que el art. 43 ET no contiene ninguna disposición relacionada con el despido, corresponde a la empresa elegida por el trabajador la opción entre la readmisión o indemnización de éste en los casos en que se haya producido un despido declarado judicialmente como improcedente (art. 56 ET).

b) Consecuencias retributivas

La **STS de 25 de enero de 2011**, IL J 754, u.d., viene a determinar las consecuencias retributivas que corresponden a una trabajadora sometida a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fija en la empresa cesionaria.

El supuesto de hecho a examen se caracteriza por los siguientes datos: Dña. Natividad ha venido prestando servicios para el Colegio de Huérfanos de la Armada (Ministerio de

Defensa) desde 1986. En 2007 se dictó sentencia por el Juzgado de los Social en procedimiento de despido en donde se reconoció la existencia de cesión ilegal de la trabajadora anulando la decisión extintiva y condenando a su readmisión a la Administración demandada previa opción de la trabajadora, en ejercicio del derecho de opción reconocido en el art. 43 ET. Desde entonces la Administración le viene abonando el salario conforme a lo previsto en el convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado, a lo que la trabajadora se opone y reclama en instancia por entender que el salario aplicable habría de ser el que venía percibiendo con anterioridad al despido.

La Sala, reiterando un pronunciamiento basado en un supuesto sustancialmente igual, señala que «de lo que aquí se trata es de determinar las consecuencias —salariales— que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, no la de decidir la posible primacía de las condiciones laborales individualmente pactadas respecto de las establecidas en la norma colectiva, puesto que la actora nunca llegó a pactar con la empresa demandada condiciones en régimen de laboralidad. Y lo segundo, porque la respuesta al debate planteado viene dada —con toda contundencia— por la específica regulación que al efecto hace el art. 43.4 ET, y porque —en todo caso— vendría determinada por razones de toda índole [doctrina de los actos propios, principio de igualdad...] y por el obligado acatamiento a las normas de derecho necesario (...) el art. 43.4 ET ofrece apodíctica claridad al afirmar que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cesionaria, y que sus “derechos y obligaciones” en ella “serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”. Y en coherencia con ello, esta Sala ha afirmado que “la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminando el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción —como lo será normalmente— por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. (...) Y está claro que “los efectos propios” de la relación de la actora con CHN —desde el principio— no podían ser otros sino los establecidos en el Convenio Colectivo aplicables, por cuanto que la previsión normativa sobre equiparación salarial —aparte de su inequívocidad— tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado, consintiéndole una suerte de “espiguelo” entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos perfeccionados en fraude de ley; espiguelo que ha de ser objeto de rotundo y habitual rechazo por parte de la jurisprudencia (...)». Por lo tanto, concluye el TS que, «a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que “los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”, aunque la antigüedad haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal. Al firmar la trabajadora la opción por la integración en el Ministerio

de Defensa, lo ha hecho a todos los efectos, y entre ellos se encuentra la aplicación del Convenio Colectivo del que resulta el concreto salario abonado pro la demandada a partir de tal opción».

6. SUCESIÓN DE EMPRESA

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho de los fenómenos de subrogación del contrato de trabajo por transmisión de empresa (art. 44 ET) y, más concretamente, la determinación de su presencia en el caso de autos, sigue siendo el principal foco de litigiosidad en esta materia, especialmente cuando nos encontramos ante casos de sucesiones de contratas y concesiones administrativas. En el período examinado siete pronunciamientos aluden a esta cuestión, por lo que nos remitimos a su apartado específico. No obstante conviene recordar, como hace la **STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 2011**, IL J 805, que analizaremos más adelante, que para determinar la presencia de una sucesión de empresa deviene esencial que se produzca el mantenimiento de la identidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporeales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o de parte esencial del personal. En el ámbito de la jurisprudencia española se ha mantenido con unanimidad que el supuesto de hecho contemplado legalmente requiere de la concurrencia de dos elementos que configuran la sucesión de empresa: uno subjetivo, la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la existencia de relaciones contractuales entre ambas, produciéndose válidamente a través de un tercero, y otro objetivo, el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía.

Asimismo, también es de reseñar que la regulación de esta materia contiene una importante previsión garantista de los derechos de los trabajadores, pues en él se dispone que por el hecho de que una empresa pase de unos titulares a otros, cualquiera que fuera el título de la transmisión, los trabajadores no serán perjudicados en sus derechos laborales, entre ellos y como más importante el de la estabilidad en su trabajo, puesto que les reconoce el derecho a la continuidad de la relación laboral con el nuevo empresario en cuanto sucesor del anterior y por ello subrogado en los derechos y obligaciones del mismo sobre sus trabajadores (**STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2010**, IL J 762).

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

En el período examinado encontramos varios pronunciamientos de la doctrina de suplicación que, al hilo del análisis de supuestos varios de sucesiones de contratas y concesiones administrativas, tratan de perfilar los límites exactos del presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación de las garantías previstas para la sucesión de empresas (artículo 44 ET).

La jurisprudencia del TS mantiene que ni la contrata ni la concesión administrativa por sí solas son unidades productivas autónomas a los efectos del fenómeno de subrogación

empresarial regulado en el artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales. Más en concreto, en el supuesto de sucesión de contratos o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva o, en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión. La regla general, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones administrativas, con esas únicas tres excepciones (**STSJ Extremadura de 3 de febrero de 2011**, IL J 805, **STJS de Madrid de 28 de enero de 2011**, IL J 966).

A la hora de determinar un supuesto de sucesión de empresa no resulta determinante, como aclara la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2011**, IL J 966, si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad. Lo decisivo es la continuidad en la actividad empresarial y, por ello, cobra suma importancia la concreción de cada caso a partir de sus circunstancias particulares: el objeto de la actividad que desarrollan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que lo efectúan, los medios humanos y materiales con que lo hacen y el momento en que cada cual la lleva a cabo constituyen aspectos parciales de la evaluación en conjunto que debe hacerse y que, por lo tanto, no pueden apreciarse de forma aislada, tal como recuerdan la **STSJ Extremadura de 3-2-2011**, IL J 805; la **STSJ de Madrid de 28-1-2011**, IL J 966; la **STSJ de Andalucía de 3-11-2010**, IL J 762, y la **STSJ de Galicia de 4-4-2011**, IL J 1028.

En aplicación de la citada doctrina, la **STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 2011**, IL J 805, afirma la existencia de un supuesto de sucesión de empresa entre la empresa contratista Geriex, S.L. y el Excmo. Ayuntamiento de Membrio. En el supuesto de hecho los trabajadores prestaban servicios para la empresa Geriex, S.L. como cuidadores en el Centro Residencial Virgen de Guadalupe, cuya titularidad pertenece al Excmo. Ayuntamiento de Membrio pero cuya gestión y explotación estaba concedida a Geriex, S.L. hasta 2009, fecha en la que los citados servicios revirtieron al Excmo. Ayuntamiento de Membrio, pasando los trabajadores a prestar servicios por cuenta de éste. En virtud de tal asunción los recurrentes fueron contratados con contratos temporales por el Ayuntamiento citado hasta una nueva adjudicación. En reclamación del impago de cantidades no abonadas por Geriex, S.L. los trabajadores demandaron a la citada empresa y al Excmo. Ayuntamiento de Membrio por entender que existía un supuesto de sucesión de empresa.

En su pronunciamiento el TSJ entiende que, para poder considerar la existencia de sucesión empresarial en supuestos de concesión administrativa y posterior reversión o rescate de la misma por parte de la Administración, se requiere la entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales o de una parte esencial en términos de número y competencia del personal que la empresa antecesora destinaba especialmente

a dicha tarea. Resultando esencial que se transmita la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa, producida esta circunstancia —que el caso de autos lo constituye el edificio de la residencia geriátrica con todo su equipamiento y que revierte al Ayuntamiento en toda su extensión, inmueble, enseres, equipamiento necesario y que continúa funcionando incluso con los mismos trabajadores— el TSJ concluye que opera la subrogación con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, e incluso, cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuarlo.

Como ya hemos referido la sucesión de empresas también procede en determinados casos cuando el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte del personal del cedente. Es la denominada tesis de la asunción de plantilla que, como recuerda la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2011**, IL J 966, es una figura que nace de la jurisprudencia del TJCE (en la actualidad TJUE) por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Es decir, que la organización productiva, en estos casos, lo constituye la plantilla de trabajadores, entendida como conjunto de elementos personales organizados y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Es esta tesis la que utiliza la citada sentencia para reconocer la existencia de sucesión de empresas al supuesto de autos. Los datos de hecho son los siguientes: los trabajadores prestaban sus servicios realizando labores de mantenimiento para la Comunidad de Madrid bajo la dependencia de la empresa adjudicataria de la contrata Elsamex, S.A. desde el año 2006. Para el ejercicio 2010 resultó adjudicataria del servicio de mantenimiento en el citado organismo Inypsa Informes y Proyectos, S.A., por lo que Elsamex, S.A. remite comunicación a sus trabajadores de la nueva adjudicación indicándoles que pasarían a ser plantilla de la nueva empresa adjudicataria. Sin embargo, cuando a resultas de ello los trabajadores acuden al centro de trabajo se les impide el acceso al mismo porque la nueva empresa no les reconoce como empleados. Se da la circunstancia de que la nueva adjudicataria contrató en ese momento con la casi totalidad de la plantilla de Elsamex que prestaba servicios en el citado centro de trabajo con contratos temporales por obra y servicios. Ante los referidos hechos los trabajadores demandan por despido y reclamación de cantidad contra Elsamex y también contra Inypsa Informes y Proyectos, S.A. La Sala estima parcialmente el recurso interpuesto por los trabajadores y desestima el interpuesto por la empresa Inypsa que negaba la existencia de sucesión de empresa. Para la Sala: «Aun cuando de manera opaca, se ha operado la asunción de plantillas por Inypsa, que ha incorporado a su plantilla a la práctica totalidad de los trabajadores de la saliente Elsamex, a excepción de los dos actores (...), estamos ante el supuesto de una actividad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada, dotada de un conjunto de elementos personales organizados, y por tanto, ante una entidad económica que mantiene su identidad. Y a tal conclusión no obsta la inexistencia de cumplimiento de los requisitos del art. 44 del ET de transmisión de elementos materiales, o la falta de previsión de la sucesión en el pliego de condiciones técnicas o en el convenio colectivo, como tampoco en el momento de la contratación por Inypsa ya no existiera vínculo laboral de los trabajadores empleados con Elsamex, en cuanto lo decisivo es, aun de forma no transparente, permanece la orga-

nización productiva, esto es, la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados».

Distinta será la conclusión a la que llegue la **STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2010**, IL J 762, al negar la existencia de subrogación empresa en un supuesto de concesión de servicios de restauración entre la empresa Aramark Servicios de Catering, S.L. y la empresa Juan Arnedo, S.L. Los hechos que acontecen son los siguientes: La empresa Juan Arnedo, S.L. tenía encomendados los servicios de Bar Comedor de la Universidad de Jaén en un determinado edificio, en el que prestaba servicios el trabajador, y el servicio de bar/café en un edificio diferente. Produciéndose en el año 2010 la apertura de un edificio de Usos Múltiples en el que se comienza a prestar, entre otros, los servicios de comedor, la Universidad de Jaén comunica a ésta que no podrá continuar con la explotación de sus servicios en el Bar Comedor. Ante estos hechos la empresa Juan Arnedo S.L. comunica al trabajador que a partir de entonces dejaría de prestar sus servicios a la empresa. Para centrar la cuestión hay que señalar que la Universidad de Jaén encargó la construcción y equipamiento del edificio de Usos Múltiples a la empresa constructora la Lagunilla, S.L. y que ésta, una vez equipado el edificio, contrató con Aramark Servicios de Catering, S.L. la prestación del servicio de comidas bajo la modalidad de arrendamiento y explotación con concesión exclusiva. Para ello, Aramark contrató a varios de los trabajadores que prestaron servicios en la empresa de Juan Arnedo, S.L. a los cuales respetó la antigüedad y categoría que mantuvieron con la empresa anterior, pero no al recurrente. Analizados estos el TSJ entiende que no existe una subrogación de trabajadores de la nueva empresa en aquellos trabajadores que la empresa Juan Arnedo tenía destinados en el citado servicio y, en consecuencia, sobre ella no pesa la obligación de subrogarse en el trabajador puesto que no existió transmisión patrimonial de Juan Arnedo a Aramark ni cambio de titularidad, por cuanto que quien adjudicó el servicio a Aramark lo fue la empresa Las Lagunillas, S.L., que actuó como concesionaria de un edificio comercial y no la Universidad de Jaén. El lugar de prestación de los servicios de comedor es distinto al que se ubicaba en el edificio que explotaba Juan Arnedo, S.L. No se transmitieron enseres, medios, mobiliario, etc., por lo que si lo que se cuestiona es la subrogación de los trabajadores por la empresa Aramark y si además la empresa Juan Arnedo continúa prestando sus servicios de bar/café no se entiende que, al cerrarse el comedor en el otro edificio el trabajador no siga en su puesto de trabajo de camarero en el primer edificio. Tampoco hay cambio de titularidad en la contrata, ya que la empresa Juan Arnedo sigue explotando los servicios de bar/café.

Supuesto singular es el analizado en la **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2011**, IL J 1028. Los trabajadores demandantes prestaban sus servicios para la empresa Cinebox Exhibición, S.L., perteneciente al Grupo Ábaco en un local arrendado por otra empresa del Grupo Ábaco (Circuito Español de Cines, S.L.) a la empresa Prazadouro, S.L. Inmersa Cinebox Exhibición, S.L. en un procedimiento concursal el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, por medio de auto, extinguió la relación laboral de los trabajadores demandantes. Posteriormente Prazadouro, S.L. arrendó el local con los medios materiales a la empresa Coruña Films, S.L., la cual efectuó obras de instalación de y acondicionamiento. El TSJ confirma la sentencia niega la existencia de sucesión empresarial al reconocer que no se ha producido ni una transmisión de la empresa en su conjunto, ni una unidad productiva funcionalmente independiente, o susceptible de estarlo, ya que no existía ninguna organización que reuniera esa condición al haber cesado la empresa en su actividad estando

la citada empresa en liquidación y los contratos de trabajo extinguidos por causa autorizada administrativamente. Se trata, pues, de dos empresas diferentes, si bien dedicadas a la misma actividad y que ocuparon el mismo inmueble sucesivamente, en régimen de arrendamiento, sin que conste que lo arrendado fuese una industria, sino un local que se acondicionó para que pudiera ponerse en funcionamiento.

C) Segregación empresarial y sucesión de empresa

La **STS de 14 de febrero de 2011**, IL J 744, u.d., ya comentada en el apartado 5.B) de esta crónica, también analiza la presencia del fenómeno subrogatorio en un supuesto de segregación empresarial de ramas de actividad de la empresa Diario el País a otras empresas del Grupo Prisa. El TS declara la existencia en este de independencia organizativa y funcional de las actividades segregadas constituyendo en su resultado un conjunto de medios organizados, explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado.

A tal fin la Sala señala que «los procesos de descentralización productiva o segregación de actividades que inicialmente eran desempeñados por la empresa matriz tienen su apoyo constitucional en el derecho a la libertad de empresa que consagra el artículo 38 CE, derecho que tiene sus límites, entre otros, en los concurrentes de los trabajadores y con los que tales decisiones de exteriorización productiva pueden colisionar. Se trata entonces de una decisión empresarial que ha de resultar respetuosa con los derechos de los afectados. Por ello el art. 44.1 ET afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores “quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”.

Por su parte el art. 44.2 contiene la descripción de lo que haya de entenderse por sucesión de empresa para decir que se producirá 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 accesoría. Del mismo modo y en el mismo sentido, el artículo 1.b) de la Directiva 98/50 CEE, de 29 de junio de 1998 establece que se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoría». Con base en la doctrina de la Sala el TS reitera que «la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Y en esa noción objetiva resulta trascendente en cada caso analizar las particularidades que concurren a efectos de determinar si concurren tales notas».

D) Subrogación y convenio colectivo aplicable

Una cuestión particularmente litigiosa es la relativa tanto a la determinación como al criterio temporal del convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por una subrogación.

La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2011**, IL J 968, viene a conocer un supuesto en el que el trabajador, agente de servicios auxiliares de la empresa Iberia Lae, S.A. hasta que a principios de 2008 se integró voluntariamente en la UTE que asumió la prestación de servicio de asistencia en tierra del Aeropuerto Madrid-Barajas, pretende que se le aplique el nuevo convenio colectivo de su empresa anterior, el XVIII Convenio Colectivo de Iberia Lae y su personal de tierra, que se publicó en julio de 2008 pero cuyos efectos se retrotrajeron a principios de 2008. El TSJ desestima la pretensión del trabajador por considerar que el convenio de aplicación es el que se encontraba vigente en la fecha de la subrogación, es decir, el XVII Convenio colectivo de Iberia Lae y su personal y no el XVIII que se publicó con posterioridad a la subrogación, a pesar de que sus efectos se retrotrajeron a principios de 2008. Entiende el TSJ que la retroactividad solamente podrá surtir efectos para quienes siguen sujetos al ámbito de aplicación del convenio o lo han estado en algún momento desde principios de 2008. Con apoyo de la jurisprudencia del TS aclara el TSJ que *«los trabajadores que han pertenecido a una empresa pueden reclamar las diferencias salariales derivadas de la publicación de un nuevo convenio y referidas al tiempo en que aún tenían vigente su relación laboral con la empresa. Pero el actor dejó de pertenecer a Iberia el 15-1-2008 y la retroactividad no puede utilizarse para revisar las condiciones de la subrogación a otra empresa que se rigieron por la norma aplicable en el momento de la transición»*.

La **STS de 12 de abril de 2011**, IL J 697, examina la aplicación de un convenio colectivo en fase de ultraactividad en un supuesto de fusión por absorción.

La empresa Indra Sistemas, S.A. se subrogó en 1.300 trabajadores el 1-10-2007 tras escriturar la fusión por absorción con la empresa Azertia. Hasta la fecha el colectivo afectado de trabajadores regulaba sus relaciones por el convenio colectivo de la empresa cuya vigencia ordinaria había terminado a finales de 2006, pero que la empresa seguía aplicando en régimen de ultraactividad y que Indra continuó aplicando al personal subrogado, si bien la citada regulaba sus relaciones laborales por el XV Convenio Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y Opinión Pública, cuya vigencia se extinguió el 31-12-2007, aplicando Indra su contenido a las nuevas contrataciones hasta el 4-5-2009, fecha en la que se firma el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría. La cuestión a debatir se centra en la fecha a partir de la cual se aplicaría a los trabajadores subrogados de Azertia el nuevo convenio colectivo, en particular el nuevo plus de antigüedad contemplado en el art. 25 del convenio citado. Para resolver la cuestión el TS, con apoyo en la doctrina de la Sala, recuerda que «a) la subrogación empresarial solo abarca “aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiera ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras” (...). b) La obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad (...). c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores (...). d) la subrogación “no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las exis-

tentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador”». Por lo tanto, y reiterando un pronunciamiento anterior con la misma empresa, concluye el TS: «Por consiguiente, el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente “ex ante” la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria». En consecuencia para el TS a los trabajadores subrogados debió serles de aplicación el nuevo plus desde la fecha en que se publicó el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría, esto es desde el 1-10-2007.

JESÚS CRUZ VILLALÓN
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ