

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de Empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Licitud de la contratación temporal ligada a la duración de la contrata. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 16 LETT: abarca también a las consecuencias del despido. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. **7. Sucesión de empresas.** A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Sucesión *ex lege* indisponible para las partes. D) Alcance de la responsabilidad solidaria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 734 a 1241) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a su 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. EMPRESARIO**A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada**

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación —derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar— y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración —que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial—, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’, y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal

docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de los establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores”. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, **STSJ de Aragón de 3 de enero de 2007**, I.L. J 1208, debe decidir si la paga extraordinaria por antigüedad, recogida en el IV Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y sustitutiva de la anterior mejora social que se percibía en el momento de la jubilación de acuerdo con el III Convenio colectivo, debe ser abonada o no por la Administración en su función de obligada al pago delegado en virtud de concierto educativo. A esta cuestión nos hemos referido en comentarios precedentes, y en nuestra crónica núm. 31 ya aludimos a otro pronunciamiento de esta misma Sala relativo a idéntica cuestión y en el que la solución alcanzada fue la misma a la que ahora se llega, a saber, que la Administración educativa está obligada al abono de la citada paga de antigüedad. Los argumentos que conducen a tal conclusión son los que ya en aquél momento señalamos:

— Frente a la alegada por la Administración falta de naturaleza salarial de la mencionada paga, en tanto que se trata de una cantidad que no hace sino mantener el premio de jubilación recogido en el III Convenio —premio que la propia norma convencional calificaba de “mejora social”—, la Sala señalará que “la paga extraordinaria (...) se encuadra en el capítulo de las retribuciones y que a tenor del artículo 26 ET entra dentro de su amplio concepto de salario, pues es una retribución que se satisface como remuneración a una larga prestación de servicios y que su única razón de ser es remunerar una notable antigüedad en la prestación del trabajo a la empresa, sin que el artículo 26 ET ni la noción de salario requiera periodicidad”. Recordemos que, como indicamos en crónicas anteriores [véase crónica núm. 29, III.2.A)], ya el Tribunal Supremo había declarado la naturaleza salarial de la citada paga.

— Así las cosas y ante la previsión del artículo 49.6 de la LODE —hoy en el artículo 76 de la LOCE— que establece que la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos, que superen el incremento global de las cantidades correspondientes a salarios, la sentencia comentada argumentará que la paga extraordinaria litigiosa no estaba contemplada como salario antes del IV Convenio colectivo, por lo que “el Convenio no introduce una alteración en este concepto salarial superior al porcentaje de incremento global presupuestario de los salarios, pues no puede alterarse lo que antes no existía (...) Por lo tanto, no puede oponerse sin más a lo reclamado (...) lo dispuesto en el artículo 49.6 de la LODE (...), porque la cuestión es, más que una alteración salarial, la introducción por Convenio de un concepto salarial nuevo, contemplado hasta entonces como mejora social de jubilación, la cual venía siendo abonada por la Administración”.

– Por lo demás, conduciría al absurdo “y sería discriminatorio, pretender que podrían abonarse por la Administración las pagas extraordinarias de antigüedad que se fueran solicitando durante el año hasta la fecha en que se llegara al límite presupuestado de la masa salarial del módulo, dejando fuera las que se devengarán posteriormente”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

La aplicación al caso enjuiciado de los ya consolidados criterios jurisprudenciales acerca de los requisitos necesarios para extender la responsabilidad de una de las empresas que conforman el grupo empresarial al resto de sus miembros, sirve de base a diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia recaídas en el período analizado para concluir en la existencia o no de responsabilidad solidaria. De lo señalado por el TS y de lo extraído de estos pronunciamientos puede llegarse a la siguiente esquematización.

– El grupo de empresas a efectos laborales ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007, I.L. J 1237; STSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007, I.L. J 894).

“Los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son” (STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007, I.L. J 1237); “no en vano es de recordar que las sociedades mercantiles son un instrumento que, a la búsqueda de ventajas prácticas en el campo financiero e industrial, se ha presentado como una pieza eficazísima de la sociedad capitalista. El valor esencial de las sociedades y su característica limitación de responsabilidad se centra, por tanto, en el aislamiento de su patrimonio respecto al de sus miembros y gestores, permitiendo liberarse de toda responsabilidad personal por los actos y contratos que contraigan en nombre de tales sociedades mercantiles” (STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007, I.L. J 861).

– No obstante, aunque las medidas económicas de colaboración entre empresas no comportan que éstas pierdan su independencia y deban ser consideradas como unidad, en determinados supuestos de configuraciones artificiales de empresas aparentes sin sustrato real, cabe, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo, llegar a la conclusión de que se trata de un único empresario, el grupo como tal, y que, por ende, es posible apreciar la responsabilidad solidaria de todas las empresas por las deudas de cualquiera de ellas (STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007, I.L. J 861). A tales efectos, el artículo 1.2 ET, al reconocer la posibilidad de que las comunidades de bienes puedan ser empresarios, “admite la de asignar la cualidad de empleador a entes desprovistos de personalidad jurídica, lo que permite el tratamiento legislativo laboral del grupo de empresas, integrado por personas físicas o jurídicas, a la manera de comunidades de bienes que, conforme al citado precepto, tienen la condición legal de empresarios, con capacidad para contratar

trabajadores y desarrollar con ellos relaciones laborales, de forma que, aunque desde la perspectiva jurídico-formal los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferenciadas, hay que reconocerle una personalidad en el ámbito laboral como si se tratase de una sola empresa, lo que encuentra justificación tanto en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas (...), como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley, artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil” (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de enero de 2007, I.L. J 1166).

– Para concluir en la existencia real de un único empleador, el conglomerado empresarial, y en la responsabilidad solidaria de sus distintos miembros, no basta con la simple presencia de una dirección unitaria de todas las empresas que conforman el grupo; hace falta un plus “un elemento adicional que la jurisprudencia (...) ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Y todo ello teniendo en cuenta que salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo 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” (STSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007, I.L. J 894; STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007, I.L. J 1237; STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de enero de 2007, I.L. J 1166). Son indicios razonables del cumplimiento de las exigencias de la responsabilidad solidaria “la concentración de acciones y facultades de administración, las confusiones de patrimonios, la falta de funcionamiento de unas sociedades y las apariencias externas de unitaria actuación, la insuficiencia de recursos patrimoniales para alguna de las empresas, las sucesiones entre ellas, constitución de sociedades filiales con modalidad de transmisión parcial de empresas (...)” (STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007, I.L. J 861).

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

B) Licitud de la contratación temporal ligada a la duración de la contrata

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2007, I.L. J 944, recuerda y reproduce la ya consolidada doctrina jurisprudencial según la cual es posible que la duración de una contrata actúe como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado.

C) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 7.B).

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**A) Alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 16 LETT: abarca también a las consecuencias del despido**

La determinación del alcance concreto de la responsabilidad (subsidiaria o solidaria, según los casos) que el artículo 16 LETT atribuye a la empresa usuaria ha sido objeto de cierta polémica judicial. La redacción literal del precepto alude a responsabilidad por “obligaciones salariales y de Seguridad Social”, lo que había ocasionado ciertas dudas acerca de si ello significaba, en aplicación de la regla de la ley especial, una limitación de la responsabilidad de la empresa usuaria, que quedaba constreñida a tales obligaciones, con exclusión de cualquier otra, o si, por el contrario, cabía entender que, en los supuestos del inciso final del artículo 16.3 LETT (contratos de puesta a disposición celebrados incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la LEET) era aplicable el artículo 43 ET y, por tanto, las consecuencias reparadoras más intensas y generales que tal precepto incorporaba (extensión de la responsabilidad a todas las deudas laborales y derecho del trabajador a adquirir la condición de fijo). Ya en crónicas precedentes (véase crónica núm. 29) nos hicimos eco de la tendencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia a favor de la primera de las tesis. Se trataba de la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105 que, en un supuesto de despido nulo del trabajador de una ETT, entendió que la responsabilidad era única y exclusiva de ésta, sin que fuera posible afirmar la responsabilidad solidaria de la Empresa Usuaria como pretendía el trabajador. En aquella ocasión la Sala del TSJ del País Vasco, tras diferenciar la figura de la cesión ilegal de trabajadores y la que se articula a través de las Empresas de Trabajo Temporal, argumentó que si en el contrato empresarial de puesta a disposición “no concurre la causa de temporalidad o no se ha producido el supuesto de extinción el cese del trabajador constituirá un despido pero que a todas luces deberá ser calificado de improcedente y donde la empresa de trabajo temporal será la única responsable de aquellas consecuencias, normalmente de naturaleza indemnizatoria (...) debiendo entender que si bien la ETT se encuentra supe- ditada en cierto modo a la empresa usuaria en lo que es causalidad de la temporalidad o extinción del contrato de puesta a disposición, las consecuencias de cualquier actuación fraudulenta tienen que ser impedidas legalmente reconociendo al trabajador sus derechos en lo relativo a la extinción del contrato y el salario aplicable, pero limitando tales responsabilidades a la empresa de trabajo temporal según el párrafo 3º del artículo 16 de la Ley 14/1994 donde la empresa usuaria solamente responde subsidiariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social y en todo caso, y de forma solidaria, en caso de incumplimiento de prohibiciones y otras irregularidades a que se concierne la nulidad del contrato de puesta a disposición y que reflejan entre otros los artículos 6 y 8 de la referida Ley 14/1994 y que no se producen en el supuesto de autos”.

Pues bien, nos encontramos ahora con otro pronunciamiento de este mismo Tribunal en el que la solución será justamente la inversa. La STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970, señala que

“(...) la responsabilidad solidaria del artículo 16 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal abarcará no sólo las obligaciones salariales y de seguridad social sino también las consecuencias del despido”. De tal manera que acreditada la utilización fraudulenta de diversos contratos de puesta a disposición en cadena para la atención de necesidades permanentes de la empresa usuaria, la responsabilidad derivada de la calificación del despido como improcedente “ha de atribuirse de manera solidaria tanto a la empresa de trabajo temporal como a la empresa usuaria con aplicación estricta del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación al 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal siguiendo el párrafo cuarto del artículo 6 del CC”.

El fundamento de este cambio de postura se encuentra en la propia doctrina unificada del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de julio de 2006, I.L. J 1446 y 28 de septiembre de 2006, I.L. J 1507), como la propia sentencia comentada reconoce, que a la hora de solventar “el dilema” acerca de si el inciso final del artículo 43.1 ET, cuando alude a las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas “en los términos que legalmente se establezcan”, está aludiendo solamente a la autorización administrativa de las ETT o, por el contrario, remite a toda la regulación legal relativa a las condiciones y requisitos para que la cesión de trabajadores a través de las ETT sea legítima, se inclina por la segunda de las opciones; eso sí matizando que “no comprendería —como integrante de la cesión ilegal— determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el artículo 43 ET únicamente alcanza a los contratos de puesta a disposición realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del artículo 6 de la LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el artículo 8 de la LETT (...)” (véase crónica núm. 30).

6. CESIÓN ILEGAL**A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata**

La plasmación normativa de algunos de los principales criterios utilizados jurisprudencialmente o bien la introducción de algunos criterios novedosos respecto de aquéllos para delimitar la lícita contrata de obras y servicios de la prohibida cesión de mano de obra aún no ha encontrado desarrollo y aplicación en la doctrina de los tribunales, que siguen, debido al momento en que acontecen los hechos analizados, recurriendo a los ya clásicos parámetros elaborados por la jurisprudencia para fijar los límites y la línea divisoria entre una y otra figura. A ellos aluden la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2007, I.L. J 1183, la STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970 (a la que ya nos hemos referido en el apartado precedente), la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2007, I.L. J 1177, la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2007, I.L. J 901 y la STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997. Se trata de una elaboración a

la que ya hemos dedicado muchas crónicas y comentarios y que no por consolidada deja de plantear problemas en su aplicación al caso concreto, por lo que pasamos a resumirla brevemente y a detallar algunas de sus proyecciones sobre el supuesto de hecho analizado. Las sentencias citadas nos recuerdan lo siguiente.

– Los mayores problemas de diferenciación entre la contrata y la cesión ilegal de trabajadores se producen cuando aquélla se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria; agravándose la cuestión porque en la práctica “se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de aportación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita” (STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997).

– Por ello, la doctrina judicial recurre a diversos criterios de valoración, no excluyentes sino complementarios, que tienen valor orientativo o indicativo y permiten dilucidar si estamos en presencia de una figura u otra. Entre tales criterios pueden citarse: la aportación de medios de producción propios, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, el ejercicio de poderes empresariales, la realidad empresarial del contratista (...) (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178; STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997).

– Si bien los anteriores criterios están encaminados a la constatación de la existencia real como entidad empresarial de la contratista, eso no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes pueda darse la cesión. Por el contrario, aun tratándose de dos empresas reales puede apreciarse el fenómeno interpositorio si esa organización productiva no se ha puesto en juego, limitándose la actividad del contratista al mero suministro de mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178; STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997; STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2007, I.L. J 901). Y ello porque, como señala el Tribunal Supremo, “la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o la otra empresa que la utiliza como si fuera propia” (STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2007, I.L. J 1183). Se trata, por tanto, “de observar si existe o no la limitación de una actividad en el sentido de dar suministro de mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo del servicio a la cesionaria o, por el contrario, concurren los presupuestos de organización, infraestructura y ejercicio de servicios propios y dirigidos” (STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970).

– De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento clave de calificación, “aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la

conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal” (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178; STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997).

La aplicación de estas consideraciones al supuesto enjuiciado conduce a la STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997, a declarar la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores, pues “en cuanto a la justificación técnica de la contrata y autonomía de su objeto debe destacarse que el objeto del contrato, ‘asistencia técnica del servicio de información al público, sala de autoridades y atención a la aviación general del aeropuerto’ (...), reúne esa nota de justificación técnica y autonomía en igual medida que otros servicios del aeropuerto subcontratados (...) En cuanto a la aportación de medios propios de producción, no estamos ante una contrata en que la aportación de elementos patrimoniales sea lo esencial (...), pero el adjudicatario se obliga a aportar los uniformes y distintivos del personal, el material de oficina, equipos portátiles de comunicaciones (teléfonos móviles y talkies), material de información (...) En cuanto al personal, el contratista mantiene todas sus facultades de dirección y aunque corresponde al llamado director del expediente, perteneciente a AENA, un intenso control de la actividad del adjudicatario, corresponde al coordinador, perteneciente a la adjudicataria, tomar las decisiones necesarias para el desarrollo de la actividad contratada (...) aunque el director del expediente es quien marcaba los objetivos a cumplir era el coordinador quien buscaba las concretas soluciones y daba las órdenes a los azafatos”.

A idéntica solución llega la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2007, I.L. J 1183, argumentando que “la empresa adjudicataria tiene una existencia real y ha dispuesto de medios materiales y personales propios, totalmente diferenciados de los pertenecientes a la Maestranza Aérea [la empresa adjudicataria ha desempeñado sus trabajos en taller distinto que el ocupado por el resto de trabajadores de Maestranza, utilizando dependencias, oficinas, vestuarios, comedor, medios de transporte diferenciados, así como medios materiales de propiedad de la empresa adjudicataria; los trabajadores de esta última visten sus propios uniformes y prestan equipo de protección y utillaje propio, recibiendo órdenes e instrucciones para el desempeño de sus funciones del coordinador de la misma], para la ejecución de las tareas derivadas del contrato administrativo suscrito (limpieza, decapado y pintura de aviones Mirage de la base aérea de Albacete); con la única excepción de que las pinturas y material químico son proporcionados por esta última, dada la naturaleza de su destino (aviones de combate de Mirage) y que las cabinas de pintura se comparten con la entidad contratante, manteniendo en todo momento el poder directivo y organizativo sobre el trabajador”.

Tampoco aprecia la presencia del fenómeno interpositorio en el caso examinado la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2007, I.L. J 1177, señalando que “nos hallamos ante una Fundación pública autónoma –FAFFE–, creada por la Junta de Andalucía con una existencia real y no meramente ficticia, que cuenta con infraestructura propia, con organización independiente y que desarrolla una actividad propia y específica diferenciada de la actividad del Servicio Andaluz de Empleo, sin que la presencia temporal de algunos trabajadores, como la demandante, en centros de trabajo del Servicio Andaluz de Empleo signifique que han sido cedidos a dicho organismo para trabajar para él de forma encubierta, ya que sólo consta que se utilizaron los locales y medios materiales del

Servicio de Empleo de forma temporal y tras acuerdos concretos para lograr algunos de los objetivos de los Programas de la Fundación, dada la utilidad de algunos de los medios materiales y datos técnicos del Servicio de Empleo, permaneciendo siempre la actora bajo la dependencia de los responsables de la FAFPE”.

La misma conclusión alcanza la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007**, I.L. J 1178, que afronta el análisis de un supuesto de hecho algo peculiar. Los trabajadores fueron contratados por la empresa TPV como reponedores, prestando sus servicios en la empresa Iliturgitana de Hipermercados, SL, que opera como franquicia de Carrefour. Las distintas firmas comerciales de proveedores de mercancías de esta última empresa han celebrado un contrato de *merchandising* con TPV, SL, cuyo objeto es la reposición de productos y marcas en los citados centros comerciales. Para que TPV, SL pueda realizar su labor, las empresas proveedoras solicitan al centro comercial la oportuna autorización para que los trabajadores de TPV, SL puedan acceder a éste. Así las cosas, la Sala, ratificando el pronunciamiento judicial de instancia, rechazará la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre TPV, SL e Iliturgitana de Hipermercados, SL, argumentando que “la empresa que contrata a los trabajadores, TPV, SL, no es una empresa ficticia, sino que la misma se sitúa de manera real en el tráfico jurídico, estando dotada de una organización propia y con un objeto cierto y determinado (...) A su vez, la empresa codemandada, Iliturgitana de Hipermercados, en cuyo centro de trabajo (...) pasan a prestar servicios los trabajadores, no es la que contrata la realización de los mismos, o no lo hace de forma exclusiva con TPV, SL, sino que son los proveedores de Iliturgitana los que efectúan tal contratación a fin de que los reponedores de esa empresa se encarguen de situar sus productos en el local de Iliturgitana (...) de lo que se deduce que el trabajo desarrollado por aquéllos, se extiende tanto a Iliturgitana como a los aludidos proveedores de productos o marcas. A su vez en el desempeño de las funciones que conforman el quehacer de los reponedores (...) interviene la propia organización de TPV, SL, dotando a sus trabajadores de la correspondiente identificación, siendo sus mandos intermedios los que organizan y dirigen aquel trabajo (...); a lo que se une, en esa función rectora y organizativa, el que sea la propia Jefa de Equipo de TPV, SL la que planifique las vacaciones del personal de su empresa, sin perjuicio de que se coordine su fijación con la Jefa de Servicio de Iliturgitana, lo que resulta lógico, dada la interrelación existente entre el trabajo desempeñado y el lugar donde se lleva a cabo”.

Por el contrario, considera que ha existido cesión ilegal de trabajadores la **STSJ de Canarias (Santa) Cruz de Tenerife, de 27 de marzo de 2007**, I.L. J 901, pues “pese a que el contrato se pactó entre la entidad DINSA y el demandante, en verdad éste realizaba todo su trabajo en la Consejería demandada. La primera de ellas era quien pagaba el salario pero es evidente (...) que la actividad llevada a cabo por la referida persona se hacía dentro de la estructura organizativa de la Consejería (...). Y a estos efectos es por completo irrelevante si la empresa DINSA dispone o no de estructura organizativa propia y no constituye una mera ficción (...) De todo ello se desprende que el trabajo del actor no se encuentra encuadrado en el círculo organizativo de la empresa DINSA y de su labor, en definitiva, se aprovecha la Consejería en cuyo organigrama figura”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del fenómeno de la sucesión empresarial es una de las cuestiones que ha suscitado mayor debate científico y jurisprudencial en lo que al análisis de esta figura concierne; y no sólo en nuestro país. La normativa comunitaria, y sus hasta cierto punto comprensibles imprecisiones, ha propiciado un elevadísimo número de pronunciamientos del TJCE y una vacilante doctrina, a veces con consecuencias directas sobre el texto de la norma y su necesaria rectificación, que, pese a todo, no parece definitivamente cerrada. Las transformaciones productivas y las nuevas formas de gestión empresarial están detrás, en buena medida, de la difícil determinación del encaje del caso examinado dentro de las coordenadas constitutivas de la sucesión de empresa, a lo que tampoco es ajena la cuestión, irrelevante en principio en el texto del artículo 44 ET, de la no siempre mejor opción de la afirmación de la existencia de subrogación por lo que a los intereses de los trabajadores respecta. En este contexto, de los dos elementos tradicionalmente exigidos por nuestro Tribunal Supremo en la configuración de la figura de la sucesión empresarial, a saber, el denominado elemento subjetivo, representado por el cambio en la titularidad empresarial, y el llamado elemento objetivo, materializado en la transmisión al cesionario de los factores materiales y personales necesarios para la actividad empresarial —hoy identificados en el artículo 44.2 ET en la transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad— (**STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007**, I.L. J 1167) es este último el que mayores discusiones ha generado, fundamentalmente en su aplicación a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas, como más adelante veremos.

A este debate se unen algunas de las sentencias recaídas en el período examinado. Así, la **STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 891, aclara el tipo de negocio jurídico que implica ese cambio de titularidad exigido por el artículo 44 ET, indicando a tales efectos que

“tratándose de que una persona jurídica cambia de denominación social carece de sentido referirse a la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues entonces no existe fenómeno alguno de sucesión en el sentido en que se entiende la misma en esa norma, pues en ella se alude a cedente y cesionario. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 (...) la transmisión de empresas precisa la existencia de un negocio jurídico. Aunque éste puede tener diverso alcance; el cambio de denominación social no es un negocio jurídico, ni hay cesión alguna (...)”

Por el contrario, continúa la Sala,

“el supuesto contemplado en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores de cambio de titularidad no es cuestionable que se entiende referido a los casos de fusión o absorción entre sociedades mercantiles, y no lo es porque nadie puede poner en duda que en estos casos, bien la entidad que surge de la fusión de las otras dos, bien la entidad absorbente, asume todos los derechos y obligaciones de las dos que desaparecen o de la única que desaparece (...) En estos casos la sociedad que nace o la que absorbe asume todo el patrimonio (activo y pasivo) y lo hace sin plazo propiamente dicho, salvo los comunes de prescripción”.

También la STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2007, I.L. J 1128, alude a ese elemento subjetivo que forma parte del presupuesto de hecho de la sucesión estatutaria. En este caso el supuesto analizado era el siguiente: creación de la empresa pública “Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad de Madrid, SA (ITV)”, cuyo objeto es la gestión y explotación de la inspección de vehículos de dicha Comunidad, que, a su vez, era la entidad titular de la totalidad de las acciones de la mencionada empresa. Con posterioridad, la Comunidad de Madrid procede a la enajenación parcial de su accionariado en “ITV, SA”. En tales circunstancias la sentencia citada señala que

“La pérdida de la mayoría de capital social que detenta una Administración en una sociedad no supone, evidentemente, la desaparición de la sociedad, ni tampoco la transferencia a esa Administración de ningún conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Por lo tanto, no hay sucesión empresarial ni cabe la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que los derechos laborales de los trabajadores integrados en esa sociedad que en su día tuvo mayoría de capital público serán determinados por la propia regulación aplicable a la empresa en cuestión.”

Mayores dificultades entraña, como recordábamos anteriormente, la determinación de si en el supuesto enjuiciado concurre o no ese elemento objetivo imprescindible para que entre en juego el artículo 44 ET, pues como la propia doctrina judicial reconoce “actualmente no ha quedado cerrada de forma definitiva la polémica sobre cuál debe ser el objeto de la transmisión entre empresas respecto de las que se predica la existencia de sucesión, pues, si bien es cierto que la sentencia de casación para unificación de doctrina de fecha 4 de abril de 2005 afirma que basta la transmisión de la actividad empresarial, no es menos verdad que otras sentencias posteriores, también dictadas en casación para unificación de doctrina, de fechas 22 de noviembre de 2005 y 27 de octubre de 2005, se apartan de modo manifiesto de ese criterio, negando la sucesión empresarial después de constatar fehacientemente la transmisión parcial de actividad entre dos empresas” (STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007, I.L. J 1133).

En este contexto, la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007, I.L. J 1167, examina el caso de la no renovación de la concesión administrativa de los servicios de comedor y cafetería del Hospital Militar Vigil de Quiñones de Sevilla y la consiguiente recuperación por la entidad administrativa de las instalaciones y demás equipamiento que se cedían con la concesión del servicio, dándose la particular circunstancia de que la citada entidad no continúa con la explotación de la actividad empresarial. La Sala, tras recordar la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los requisitos del artículo 44 ET, aludir a la suavización o matización que en lo que a la concurrencia del elemento objetivo deriva de las sentencias del TSJCE, señalar la recepción por nuestro Alto Tribunal de tales posiciones y resaltar la aclaración normativa que la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 realizó del concepto genérico de transmisión, trae a colación, para la resolución de la cuestión debatida, la STS de 5 de febrero de 1991. En este caso se trataba de un servicio de atención a la mujer que en su día creó un Ayuntamiento y que había decidido extinguir, sin ser asumido por éste, habiendo puesto a disposición de los adjudicatarios de la contrata los locales

necesarios, debidamente equipados. El Tribunal Supremo, recuerda la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007, I.L. J 1167,

“declaraba que lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el sustrato objetivo de la empresa. Iría por ello contra el fin perseguido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que estriba en garantizar la estabilidad en el empleo y asegurar de este modo los derechos de los trabajadores. Lo que significa, según la misma recogía, que lo transmitido era un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados para la prestación del servicio. Pues si ello era así, si el Ayuntamiento tenía posibilidad de continuar la prestación del servicio de que se trata, al recuperar toda su infraestructura física, la decisión unilateral de no continuar prestándolo de ningún modo puede afectar a los derechos laborales, sin que nada tenga que ver, la STS (Sala de lo Social) de 1 diciembre 1999, al ser supuestos distintos, en éste concurrían como circunstancias que: a) las partes de la contrata de ejecución o realización de servicio eran un organismo público y una empresa contratista; b) el objeto de la contrata era la prestación del servicio de cafetería o cantina durante un período de tiempo determinado en un centro de trabajo del organismo público comitente; c) las instalaciones y medios materiales utilizados para la prestación del referido servicio de cafetería son de la propiedad del organismo público en cuyo centro de trabajo se realizó, y d) la terminación de la contrata ha supuesto el cierre de la cafetería, circunstancias que en el caso debatido no concurren, ni respecto a la propiedad de los medios materiales utilizados para la prestación del servicio que en parte importante son de la recurrente, ni el servicio prestado era tan sólo de cantina para los trabajadores de un organismo público, sino de cafetería-restaurante de un Centro Hospitalario”.

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

La aplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas sigue ocupando la mayor parte del debate judicial en lo que a la figura de la sucesión de empresas respecta. La vacilante doctrina del TJCE sobre la cuestión y la reticente actitud de nuestro Tribunal Supremo hacia las tesis y criterios del órgano jurisdiccional comunitario no han hecho sino acrecentar el problema, propiciando pronunciamientos jurisdiccionales de signo muy dispar e introduciendo altas dosis de inseguridad en la calificación definitiva que deba merecer un concreto supuesto de hecho.

La doctrina judicial se afana por evidenciar la evolución que tanto la normativa española como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJCE han sufrido, intentando proyectar sobre el supuesto examinado las últimas posiciones mantenidas; la tesis de la sucesión en la plantilla no acaba por encontrar un perfil cerrado y las soluciones finales son sumamente dispares. Con reproducción de argumentaciones y consideraciones idénticas se concluye en resultados opuestos (caso paradigmático es el de la STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 862 y la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 979), lo que evidencia la necesidad de estar muy atentos a las circunstancias concretas del caso examinado.

En este contexto, la **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2007**, I.L. J 880, después de aludir a “la nueva doctrina jurisprudencial” sobre la sucesión de contratistas de servicios y su inclusión en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET, llegará a la conclusión de que en el caso examinado sí existió sucesión de empresa, pues “sí hubo transmisión del elemento de la plantilla, en el momento de la nueva contrata, a lo que se añade que el jefe de ventas o superior jerárquico en el organigrama de ventas, es ahora el administrador y director de la nueva empresa”. De tal manera que, siguiendo el criterio del TS, “la sucesión procede no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte del personal del cedente. Ésta es la situación que concurre en el supuesto de autos en el que, además, de transmitirse algún elemento patrimonial como los uniformes, los mismos que identifican el servicio prestado por la actora, antes y después de la transmisión del servicio, a la vez, ha seguido con la actividad ejercitada por los mismos empleados (los ha ampliado posteriormente), para llevar a cabo la actividad contratada, el mismo administrador actual era el jefe de ventas anterior, y el resto son promotores”.

A igual conclusión llegarán la **STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 862 y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 944. En el primer caso, se trataba de una sucesión de contratistas de limpieza y la Sala, tras un detenido repaso a la doctrina del TJCE y del TS sobre cuándo se entiende producida la transmisión de empresa, argumentará que en el caso de autos se está ante “un sector de actividad en el que la mano de obra personal es elemento predominante frente a los elementos materiales para realizarla”, por lo que es aplicable el artículo 44.1 ET. Diverso es el supuesto de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 944, en el que el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) ha venido adjudicando sucesivamente el servicio de mantenimiento de las cintas transportadoras de equipaje y de las puertas automáticas del Aeropuerto de Gran Canaria a diversas empresas. La sentencia citada señalará que en este caso “resulta difícil atisbar transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una empresa dedicada a la prestación de servicios (concretamente de mantenimiento de instalaciones) la sucesión en la concesión administrativa otorgada por AENA lo que implica es que pasen a cargo de la nueva empresa concesionaria las instalaciones del Aeropuerto de Gran Canaria para llevar a cabo las labores de mantenimiento de las mismas. Pero el mantenimiento de instalaciones es una actividad intensiva de mano de obra, por lo que para determinar la existencia o inexistencia de sucesión empresarial habrá de estarse a la prueba de que cada nuevo contratista se ha hecho cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (...) Por tanto, a la actividad desarrollada por las empresas sucedidas y sucesoras es la misma, los mismos medios, los métodos de organización y el procedimiento y la misma mano de obra ocupada, por lo cual hemos de concluir necesariamente que se produce una sucesión en una entidad económica autónoma susceptible de explotación”.

Las tesis de la “sucesión de plantilla” (que “hay que tomarla con reservas, pero siguiendo la doctrina comunitaria”) es también el principal fundamento utilizado por la **STSJ del**

País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 980 para predicar la aplicación del efecto subrogatorio al supuesto enjuiciado. No obstante, éste presentaba una singularidad adicional pues, habiéndose hecho cargo la nueva contratista de todos los trabajadores de la anterior, no asumió los contratos de trabajo de aquellos que en el momento de la transmisión se encontraban en situación de incapacidad temporal, por lo que la Sala añade que “existe una posible discriminación”. En la misma línea, es, de nuevo, el criterio de la asunción de plantilla y el cambio de doctrina de nuestro TS a la luz de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular el centro de la argumentación de la **STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 1233. Se afirmará así que “puede existir sucesión cuando la empresa adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte significativa de la plantilla de la anterior empresa que lo venía prestando (...), lo que permite afirmar que se ha producido una sucesión que obliga a la recurrente a la subrogación de los contratos de trabajo, de conformidad con el artículo 44 del ET, sin que a ello sea obstáculo el que la nueva contrata no coincida exactamente con la anterior al haberse ampliado el servicio, que comprende no sólo la información, promoción y venta de los productos y servicios comercializados por Amena en los puntos de venta establecidos por la dirección de ventas, que fue el objeto de la contrata anterior, sino también la realización de un servicio de reporting comercial a elaborar con carácter diario sobre ventas y stocks, así como la coordinación de este servicio con un seguimiento de calidad de venta y exposición de producto, pues lo esencial es que el mismo servicio que antes se prestaba se sigue realizando en los mismos lugares y en otros, y es llevado a cabo en su práctica totalidad por los mismos trabajadores, sin que conste la aportación de una significativa infraestructura o de especiales elementos materiales que antes no se utilizaban”.

Por el contrario, considera que en el supuesto enjuiciado (sucesivos contratos de arrendamientos de servicios por parte de una Comunidad de Propietarios a diversas empresas para el mantenimiento y control de acceso a garajes y sus dependencias) no procede la aplicación del artículo 44 ET y las consecuencias a él ligadas la **STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007**, I.L. J 979, dado que “no se ha transmitido elemento patrimonial alguno. Tampoco el nuevo empresario ha incluido en su plantilla trabajadores procedentes de la anterior concesión. No hay así elemento alguno que sea determinante de una sucesión de empresas que obligue a la subrogación. No se ha transmitido posesión de bienes, simplemente se ha ordenado que se realicen las tareas de gestión del aparcamiento sin que ello implique titularidad alguna ni arrendaticia ni de ningún otro tipo de los bienes cuya gestión se encarga al cesionario. Por ello no puede mantenerse que exista sucesión”.

Tampoco aprecia la existencia de sucesión empresarial la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 834. Ante un supuesto de sucesión de contratistas de limpieza, la Sala examinará la existencia o no del efecto subrogatorio desde dos ópticas diversas. En primer lugar, analizará si en el caso de autos se dan o no los requisitos que la norma convencional exige para que el cambio de contratista lleve aparejada la obligación del nuevo empresario de asumir los contratos de trabajo del anterior. Tras sintetizar la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, la respuesta será negativa. A continuación la Sala estudiará la eventual aplicación del artículo 44 ET a la situación enjuiciada y, tras un largo análisis de los cambios de la doctrina del TS a la luz de los pronunciamientos comunitarios, rechazará igualmente tal posibilidad, argumentando que en el caso de autos no concurren los requisitos precisos

para la aplicación de la tesis de la asunción de la plantilla pues “pese a que estemos ante el servicio de limpieza de las instalaciones de una empresa, que se venía prestando mediante una contrata individualizada (lo que constituye una entidad económica con entidad propia), y si bien es cierto que no consta transmisión de elementos patrimoniales, resulta notorio que este tipo de servicios los requiere en grado mínimo, siendo el elemento central de aportación empresarial la mano de obra que suministra. Ahora bien, no hay dato alguno expresivo de que la recurrente haya asumido a quienes trabajaban en el servicio por cuenta de la contratista saliente o de que estuviera obligada a asumirlos (...)”.

Similar doble análisis realiza la **STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2007**, I.L. J 1138, ante un supuesto de sucesión en la adjudicación del servicio de aprovisionamiento de comidas preparadas de la empresa RENFE. Frente a una pretendida aplicación de la teoría de la existencia de sucesión empresarial en caso de sucesión de contratas en las que el objeto de la transmisión es una actividad cuya ejecución requiere, esencialmente, mano de obra, la sentencia citada mantendrá que “la empresa de la que se predica la condición de transmitente se dedica a la actividad de provisión de comidas preparadas, lo que quiere decir que, en la medida en que no hay dato alguno en el relato fáctico que permita entender que las actoras realizasen actividades no relacionadas con ese objeto —cuya consecución requiere, como elemento esencial, contar con la necesaria infraestructura patrimonial que permita la condimentación, traslado, conservación y servicio de comida a pasajeros—, como tampoco la hay de la transmisión de los elementos materiales necesarios para su ejecución, no podrá hablarse de empresa de actividad cuyo objeto esencial es mano de obra carente de infraestructura productiva material. Por lo tanto, la aplicación del artículo 44 ET hubiera requerido la transferencia de dichos activos patrimoniales”.

Rechazada la aplicación del artículo 44 ET al concreto supuesto de sucesión de contratas examinado y fundamentado el efecto subrogatorio pretendido en las previsiones de la norma convencional, cabe plantearse el alcance de la responsabilidad empresarial en tales supuestos. Para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero 2007**, I.L. J 1190, habrá que estar a lo previsto al efecto en el convenio colectivo, que es el que determina las consecuencias subrogatorias derivadas de la sustitución de la prestación de servicios, sin que sea posible extender sin más en estos casos la garantía de la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 44.3 ET.

C) Sucesión *ex lege* indisponible para las partes

Como precisa la **STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 862, “la subrogación empresarial por cambio de empresario puede venir impuesta por Ley (fundamentalmente vía artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores), por convenio colectivo o porque así venga impuesta en el clausulado condicional de un pliego de condiciones administrativas que asume la adjudicataria del concreto servicio”. Ahora bien, los efectos y naturaleza de cada uno de estos mecanismos son diversos; en el caso del artículo 44 ET “el mecanismo de sucesión *ex lege* (...) es indisponible para las partes (*ius cogens*), de forma que cuando se dan todos los requisitos exigidos para que opere, el mismo entra en juego inexora-

blemente y con independencia de la naturaleza pública o privada de la empresa en la que preste servicios el trabajador. Todo ello con independencia de que, en aquellos casos especiales en los que un convenio colectivo o un pliego de condiciones de un concurso de adjudicación de una concesión administrativa impongan la subrogación del personal en los supuestos de cambio de empresario (normas más favorables para el trabajador), la misma operará aunque no se den los requisitos previstos en el tantas veces referido artículo 44 del Estatuto” (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 944). Por tanto, “en la medida en que el cambio de contratista reúna los rasgos propios de la sucesión de empresas, la regulación convencional deberá ser respetuosa con los mínimos establecidos en ese precepto estatutario [artículo 44 ET]” (**STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 834).

D) Alcance de la responsabilidad solidaria

El artículo 44 ET contempla dos tipos diversos de garantías para los supuestos de sucesión de empresa, a saber, la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (artículo 44.1 ET) y la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos* (artículo 44.3 ET). Se trata de dos mecanismos distintos, con presupuestos diferenciados, pero que evidentemente pueden cruzarse en ocasiones a la hora de determinar el fundamento en el que descansa la imputación de la responsabilidad por una concreta obligación a tales sujetos. Así, de acuerdo con la **STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 891, el artículo 44.3 ET se refiere “a los supuestos en que se produce una transmisión (cesión) de un conjunto organizado de bienes de una empresa a otra, es decir, aquellos en que existe un negocio jurídico entre dos entes resultado del cual se transmite una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, pero de modo tal que después del negocio jurídico los dos entes subsisten (...) Para este supuesto lo que dispone es que, no sólo el cesionario (lo que es evidente dada la subrogación general y atendiendo a lo dispuesto en el apartado 1), sino también el cedente responde, y los dos solidariamente, de las obligaciones nacidas con anterioridad (e incluso de las nacidas posteriormente si la cesión fue declarada delito). El cesionario responde por la regla del apartado 1, el cedente por la regla del apartado 3”. Desde esta perspectiva, y en relación al caso enjuiciado (responsabilidad del cesionario por las consecuencias de una enfermedad profesional nacida con anterioridad a la cesión pero que se exterioriza tras ésta), entiende la Sala que “carece de sentido (...) referirse al plazo de tres años que se prevé en el artículo 44.3, pues ese plazo no atiende a la responsabilidad del cesionario, sino a la inclusión en la responsabilidad del cedente. El actor dirigió su demanda contra la entidad cesionaria (...) y la misma no puede oponer el transcurso de ese plazo; pudo oponer la excepción de prescripción, la general del artículo 59 (...)”. Conviene precisar que si bien en el supuesto enjuiciado la tesis expuesta sirve para solucionar el problema, subrogación y responsabilidad solidaria poseen requisitos y alcance diversos. Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, el propio pronunciamiento comentado lo recuerda —aunque añade que a veces se han aceptado reglas especiales—, que el mecanismo del artículo 44.1 ET exige que los contratos estén en vigor en el momento de la transmisión, presupuesto no aplicable a la responsabilidad solidaria (**STSJ del País Vasco de 16 de**

enero de 2007, I.L. J 979). Esto significa que tratándose de obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión pero no ligadas a relaciones laborales respecto de las que se ha producido la subrogación, la eventual responsabilidad del cesionario sólo sería exigible por la vía del artículo 44.3 ET.

Uno de los elementos configurados de la responsabilidad solidaria ex artículo 44.3 ET, como acabamos de exponer, es su alcance temporal, que el precepto determina en los siguientes términos: cedente y cesionario “responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. El significado de ese plazo de tres años ha sido objeto de cierta polémica, en particular en lo que se refería a su conexión con el plazo general de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo de un año contenido en el artículo 59 ET, en la medida en que aquél pudiera significar o no una excepción a éste (en general sobre el alcance de la responsabilidad solidaria, véanse crónicas números 2, 6, 8, 16 17, 19 y 20). No exactamente a esta cuestión concreta pero sí al significado del plazo de los 3 años mencionados en el artículo 44.3 ET alude la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2007**, I.L. J 1007, que debe pronunciarse sobre la eventual responsabilidad de cedente y cesionario por las consecuencias derivadas de la falta de cotización durante un período de 12 meses correspondientes a fecha anterior a la transmisión, y de un mes que tuvo lugar con posterioridad a ésta. La Sala sostendrá que

“la empresa cedente (...) y la cesionaria (...) responden solidariamente del pago del incremento de la duración del subsidio por desempleo reconocido al actor, derivado de las consecuencias de la falta de cotización de los períodos a que hace referencia el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, al haberse producido los mismos dentro del plazo de tres años anteriores a la transmisión, salvo un mes que quedaría fuera de dicho plazo; dato este que la Sala ignora, dada su mínima trascendencia en el resultado total del descubierto y en la responsabilidad empresarial consiguiente”.

Con tales palabras, la sentencia analizada parece entender que la mención de los tres años tiene por función establecer el campo temporal de nacimiento de las obligaciones garantizadas con la responsabilidad solidaria, limitando ésta a las obligaciones nacidas en el período comprendido entre la fecha de la transmisión y los tres años previos a ella, cuando el precepto estatutario lo que realmente hace es delimitar el ámbito temporal de exigencia de esa responsabilidad que en lo que a las obligaciones cubiertas comprende todas las nacidas con anterioridad a la transmisión sin límite alguno.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO