

**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) Elementos definitorios. B) Cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización en caso de despido. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo: recargo de prestaciones. C) Extinción de contratos temporales vinculados a una contrata y posterior disminución del volumen de servicios contratados: no es despido por causas económicas. D) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Retribución de los trabajadores en misión: derecho a percibir la remuneración total establecida para el puesto de trabajo que desarrolla en la empresa usuaria. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: reclamación de diferencias salariales por determinación del convenio colectivo aplicable. C) Consecuencias de la cesión: efectos retroactivos al momento de inicio de la cesión ilegal. D) Excepción de litispendencia en proceso de despido hallándose pendiente de resolución demanda de cesión ilegal: no procede. **7. Sucesión de empresas.** A) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. B) Convenio colectivo aplicable. C) Subrogación contractual.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1640 a J 2329) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en

supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. EMPRESARIO

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

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro, que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación —derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar— y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración —que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial—, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene 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 lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores’”. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, la STS de 28 de abril de 2005, I.L. J 1851, centrada, recordemos, en analizar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa del abono de la paga extraordinaria de antigüedad de los profesores, señala que “la Administración sólo podrá asumir las cargas salariales de los centros concertados hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados. Y que, por consiguiente, las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores bien para incrementar los conceptos retributivos previstos en la fecha de suscripción del concierto, bien para crear otros nuevos, sólo podrán ser asumidas por la Administración si no superan el citado límite legal”. De tal manera que “pretender que las previsiones del IV Convenio Colectivo vinculan en todo caso a la Administración, además de conculcar la normativa antes aludida, que claramente explicita hasta donde alcanza su responsabilidad, supondrá desconocer la previsión del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual los convenios colectivos sólo tienen fuerza de obligar a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación”.

A este mismo problema alude la STS de 29 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2251, la STS de 30 de septiembre de 2005, u.d., I.L. J 1858, la STS de 22 de septiembre de 2005, u.d., I.L. J 1856 y la STS de 18 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2142, si bien al tratarse en todos los casos de recursos de casación para la unificación de doctrina y apreciarse inexistencia de contradicción, el Alto Tribunal no entra a analizar el fondo de la cuestión.

### 3. GRUPO DE EMPRESAS

#### A) Elementos definitorios

Un grupo de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en el período estudiado aluden a idéntico supuesto de hecho, en el que se reclama la existencia de responsabilidad solidaria de diversas empresas bajo la argumentación de encontrarnos ante un grupo de empresas (STS de 3 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 1887; STS de 13 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 1919; STS de 25 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 1999; STS de 4 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 1966). Al tratarse en todos los casos de recursos de casación en unificación de doctrina y apreciarse la falta de contradicción, el Alto Tribunal no entra en consideraciones de fondo, si bien del análisis sobre la diversidad existente entre el supuesto planteado y el examinado en la sentencia citada como contradictoria podemos extraer algunas consideraciones acerca de cuándo existe grupo de empresas a efectos laborales en términos jurisprudenciales y cuándo no. Y recalamos que utilizamos la expresión “grupo de empresas a efectos laborales” porque es la que usa la jurisprudencia, si bien hemos de anotar que realmente bajo tal enunciado el Tribunal Supremo alude a los supuestos en los que, justamente por no existir grupo de empresas en sentido estricto sino un único empresario real, atribuye las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de empleador de forma solidaria a todos los entes implicados en el teórico grupo. Volviendo al caso de autos, con exposición simplificada, estamos ante la contratación de trabajadores por una entidad dedicada a la enseñanza de idiomas, administrada por el Grupo Ceac, SA, que, a su vez, es administrado por el Grupo Editorial Ceac, SA, dándose la circunstancia de que el representante de estas dos últimas sociedades es el mismo. De la empresa Grupo Editorial Ceac, SA es socio único Grupo Ceac, SA. Ante esta situación, y a diferencia de lo que acontece en el caso analizado en la sentencia de contraste, la STS de 3 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 1887, señalará que hay “una unidad de dirección y gestión del grupo, que encubre una realidad subyacente de unidad empresarial, en la que la independencia de cada una de las empresas aparentes carece de sustento real”; y la STS de 13 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 1919, añadiendo a los datos fácticos el hecho de que los trabajadores percibían sus salarios indistintamente de la empresa contratante y de otra entidad distinta administrada por la misma sociedad, afirmará que estamos “ante un entramado de órganos de dirección, accionariado, objeto social y patrimonio, en el que se ha producido una constitución de empresas sin sustrato material de apoyo, sin titularidades patrimoniales conocidas y que inevitablemente son insolventes cuando llegan las situaciones de crisis, siendo la solvente la que de facto ha venido administrando las creadas”. Similares apreciaciones y argumentaciones se recogen en la STS de 25 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 1999 y en la STS de 4 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 1966.

En relación a esta misma cuestión, aunque de forma más directa y en sentido contrario, la STS de 3 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2094, sostendrá que “el reconocimiento de un grupo de empresas en el ordenamiento laboral (...) exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización del trabajo; y estos factores (...) configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades”, de

### III. Empresario

tal manera que “la mera presencia de administradores o accionistas comunes, o de una dirección comercial común, o de sociedades participadas entre sí no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales”.

#### B) Cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización en caso de despido

Aunque sea bajo la premisa de la interpretación *a contrario sensu*, de la argumentación contenida en la STS de 3 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2094, cabe deducir que, apreciada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, el cómputo de la antigüedad del trabajador al objeto del cálculo de la indemnización por despido debe realizarse desde la fecha de comienzo de la prestación de servicios para cualquiera de las empresas que conforman el grupo, y no desde la fecha de inicio de la prestación de servicios para la última de las sociedades.

### 4. CONTRATAS

#### A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

#### B) Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo: recargo de prestaciones

La delimitación del sujeto responsable en materia de seguridad y salud laboral en lo supuestos de contratas de obras y servicios es uno de los temas de más difícil concreción de cuantos se suscitan en el ámbito de las relaciones laborales, sin que las sucesivas previsiones normativas sobre el particular parezcan ofrecer soluciones claras a las muy diversas situaciones planteables. Entre la panoplia de responsabilidades que pueden derivarse del incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el artículo 123 LGSS establece un recargo en las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando la lesión se produzca como consecuencia de la inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. En términos generales, tal responsabilidad recae en el “empresario infractor”, sujeto cuya determinación en los casos de contratas y subcontratas ha dado origen a abundante jurisprudencia. A uno de estos supuestos se enfrenta la STS de 9 de diciembre de 2005, u.d., I.L. J 2212, que debe determinar si una empresa dedicada a la fabricación e instalación de elevadores (Thissen Krupp elevadores, SA), contratista de un trabajo de desmontaje de montacargas antiguos y montaje de otros nuevos por cuenta del dueño de la obra (Confederación Hidrográfica del Guadalquivir), ha de responder o no solidariamente del recargo de prestaciones junto con la empresa subcontratista de segundo grado (A. Gámez) a quien la empresa Thissen Krupp, SA encargó las operaciones de desmontaje de los antiguos montacargas en el curso de las cuales se produjo un accidente de trabajo que costó la vida de un trabajador de A. Gámez. El accidente de trabajo se produjo como consecuencia, entre otras circunstancias, de la adopción de un método de trabajo manifiestamente inadecuado desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Al tratarse de un recurso de casación para uni-

ficación de doctrina, la Sala debe apreciar en primer lugar si existe o no la alegada contradicción, labor en la que obtiene un juicio negativo, lo que le lleva a la desestimación del recurso sin entrar en el fondo de la cuestión. Pese a todo sí puede extraerse alguna lección del pronunciamiento analizado, en particular la que se desprende de la consideración de situación diversa a la estudiada por la sentencia en examen de aquella a la que responde la sentencia de contraste y que no es otra que la de un supuesto de una empresa promotora que encarga a una empresa constructora principal la realización de una obra de construcción de un edificio de viviendas; empresa constructora que, a su vez, subcontrata a varios subcontratistas diferentes labores del proceso productivo, accidentándose uno de los trabajadores de estas subcontratistas al realizar un trabajo de aislamiento de cubiertas debido a un fallo de freno de una grúa accionada por un trabajador de otra de las empresas subcontratistas. El TS entiende que las obras contratadas en ambos supuestos, el tipo de accidente, las interrelaciones de las empresas implicadas en el proceso productivo, así como la imputación de responsabilidad controvertida (en la sentencia de contraste no es la de la empresa constructora principal sino la de la empresa promotora que encargó a la anterior el conjunto de la obra de edificación a realizar) no son los mismos, por lo que no existen términos hábiles para establecer un juicio positivo de contradicción entre las sentencias comparadas. Un estudio de las últimas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia sobre esta cuestión puede encontrarse en el núm. 25 de estas crónicas.

### C) Extinción de contratos temporales vinculados a una contrata y posterior disminución del volumen de servicios contratados: no es despido por causas económicas

La STSJ de Asturias de 27 de mayo de 2005, I.L. J 1773, debe determinar si, como pretende el sindicato recurrente, la extinción de forma individual de una pluralidad de contratos de trabajo para obra o servicio determinado celebrados en atención a la contrata para la prestación de los servicios de *telemarketing* que tenía suscrita la empresa es o no nula por vulneración del procedimiento establecido en el artículo 51.1 del ET. Se da la circunstancia de que la extinción contractual viene motivada por una disminución en el volumen de servicios contratados por la empresa principal. La Sala, recogiendo doctrina judicial precedente, concluye que no se trata de un supuesto de despido colectivo, señalando que cuando el convenio colectivo aplicable contempla la posibilidad de extinción de los contratos de obra o servicio en razón a la disminución real del volumen de la obra o servicios contratados, “no viene a disponer (...) una posibilidad de extinción *ante tempus* sin respetar la normativa sobre contratos de obra o servicio, y sobre despido colectivo y extinción por causas organizativas, tecnológicas y económicas —artículos 51 y 52 ET—, sino que, por el contrario, se limita a especificar una posibilidad de actuación de la causa de extinción cuando sin haber finalizado en su totalidad la contrata empresarial se ha reducido su volumen haciendo innecesario el número de trabajadores contratados, lo que posibilita el que pueda reducirse su número en proporción a la disminución del volumen de obra o servicios contratados. El supuesto es análogo a los de reducción parcial de la contrata, con extinción de los contratos de trabajo afectados (...) y nada tiene que ver

con las causas motivadoras de un despido colectivo, o debido a causas objetivas, pues se trata de un supuesto de extinción de los contratos de obra o servicio determinado debida a la finalización de la obra o servicio, en razón, en este caso, a una extinción parcial de la contrata por reducción de su objeto, que además de contemplarse en el texto colectivo de aplicación, se pactó en el contrato de trabajo y así se recogió en el contrato de servicios, suscrito entre ambas demandadas que da cobertura formal al contrato de trabajo (...).”

### D) Sucesión de contratas y sucesión de empresas

Véase apartado 7.A).

## 5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### A) Retribución de los trabajadores en misión: derecho a percibir la remuneración total establecida para el puesto de trabajo que desarrolla en la empresa usuaria

El artículo 11.1 LETT establece, desde su reforma de 1999, que los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las empresas usuarias, a percibir, como mínimo “la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria”. Ahora bien, lo que no especifica el precepto es si esta equiparación retributiva entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria incluye eventuales percepciones que la empresa usuaria aplique a sus trabajadores en virtud de concesión general de carácter colectivo, no reconocida, sin embargo, en el convenio colectivo. La cuestión es analizada por la SAN de 19 de abril de 2005, I.L. J 1759, que, recordando la solución ofrecida en su momento por el Tribunal Supremo, señala que

“la interpretación del término ‘convenio colectivo’ que usa el artículo 11 de la Ley 14/1994 (...) es que el trabajador en misión perciba el mismo salario que perciba un trabajador de la empresa usuaria en su mismo puesto de trabajo sin más excepciones que aquellas retribuciones que ostente éste a título personal. O lo que es lo mismo que el régimen retributivo de los trabajadores en misión ha de incluir cualquier concepto retribuible con independencia del instrumento (legal, convencional o de concesión empresarial) del que derive con carácter general para todos los trabajadores que prestan servicios en la empresa usuaria a excepción de condiciones más beneficiosas a título individual, complementos *ad personam* o retribuciones personales (por títulos o idiomas..., etc.) no predicables al trabajador en misión, porque lo que en realidad se pretende es evitar el ‘dumping laboral’ en la retribución propia de un puesto de trabajo concreto, por vía de acudir a trabajadores en misión de una ETT”.

Solución, por lo demás, que es la que se consagra en el IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, y que viene a significar que la garantía retributiva del artículo 11 de la LETT coloca a los trabajadores en misión, a estos únicos efectos, “en igualdad salarial que el que en ese puesto percibiría un trabajador de la empresa usuaria

no en función del Convenio Colectivo propio de la empresa usuaria (que no se le aplica) sino porque el Convenio Colectivo de las ETT así lo dispone, por lo que el trabajador en misión no tiene los derechos del Convenio Colectivo de la empresa usuaria sino una garantía salarial mínima que, por remisión, se integra en el Convenio Colectivo nacional para empresas de trabajo temporal”.

## 6. CESIÓN ILEGAL

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

Como hemos puesto de manifiesto en muchas ocasiones, la delimitación jurisprudencial del supuesto de hecho del artículo 43 ET se ha realizado muy frecuentemente sobre la base de establecer sus diferencias con el fenómeno lícito de las contrata, dada la usual utilización práctica de estas últimas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de suministro de trabajadores entre cedente y cesionario. A uno de estos supuestos alude la **STS de 3 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1819, que realiza un útil análisis de los criterios de valoración a los que, con carácter indicativo u orientador y de forma complementaria y no excluyente, ha recurrido la doctrina judicial para determinar los límites entre el mero suministro de mano de obra y la legítima descentralización productiva. De forma sintética esos criterios y la doctrina a la que han dado origen son los siguientes:

- La justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto y la aportación de medios de producción propios son elementos que indican la existencia de una auténtica contrata.
- El ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista evidenciada en datos económicos (capital, estructura productiva, patrimonio, ...) son, igualmente, importantes indicios de la presencia del lícito fenómeno descentralizador.
- Ello, no obstante, no significa que sólo en caso de empresas aparentes pueda darse la cesión; ésta puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, cuando, pese a tratarse de empresas reales, no se pone en juego la organización empresarial, limitándose la empresa contratista al mero suministro de mano de obra.
- La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para descartar la existencia de cesión si aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

Estos indicios y criterios jurisprudenciales parecen haberse consolidado legalmente, al menos en una primera impresión, en el actual artículo 43.2 ET tras su modificación por el RD-L 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, si bien ha-

brá que esperar a futuros pronunciamientos judiciales para ver cómo la nueva regulación normativa incide en la interpretación de la jurisprudencia.

Volviendo a la **STS de 3 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1819, la aplicación de los anteriores criterios al supuesto enjuiciado –trabajador que presta servicios en el laboratorio de abastecimiento del Consorcio de aguas de Bilbao Bizkaia (CABB) en el marco de la contrata que el citado Consorcio había celebrado con la UTE por cuenta de quien trabajaba aquél– conduce al Tribunal Supremo a estimar la existencia de cesión ilegal dado que “la contrata carece de cualquier autonomía técnica en relación con la prestación del demandante, que ha realizado trabajos distintos de los contratados por la UTE, encuadrado en un servicio de la CABB y bajo la dependencia de personas pertenecientes a esa entidad”. A ello hay que añadir la falta de soporte material de la contrata, destacando la “limitación de los medios aportados (dos vehículos y teléfono móvil) en relación con la complejidad de una contrata para la asistencia técnica en el muestreo y determinaciones analíticas en el abastecimiento de aguas potables, y se manifiesta también en la forma de retribución donde la ponderación del coste del personal es el elemento fundamental en la facturación”.

A un caso de cesión ilegal encubierta bajo la apariencia formal de contrata se refiere también la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 2299, que comentamos en un apartado posterior.

Finalmente, encontramos en el período estudiado un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo (**STS de 15 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2265; **STS de 16 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2175; **STS de 16 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2237; **STS de 19 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2215; **STS de 19 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2238), referidas todas a idéntico supuesto de hecho, en las que la falta de contradicción impide que el Tribunal Supremo determine si realmente existe cesión ilegal. De todas formas, el análisis de la situación manifestada en el caso de autos y la que se produce en los pronunciamientos aportados como de contraste puede servir para extraer algunas indicaciones indirectas sobre la doctrina jurisprudencial en materia de cesión ilegal.

### B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: reclamación de diferencias salariales por determinación del convenio colectivo aplicable

Apreciada la existencia del fenómeno interpositorio prohibido, el problema se traslada a la determinación de las consecuencias y efectos a tal constatación ligados. El artículo 43.2 y 3 ET explicita algunos, pero otros no quedan directamente reflejados en el precepto citado, dando lugar al consiguiente debate judicial. Uno de estos últimos es el que se refiere al eventual derecho del trabajador objeto de cesión a reclamar las diferencias salariales existentes entre lo percibido de la empresa cedente y lo que se derivaría de la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo aplicable a la cesionaria. A esta cuestión ha de responder la **STS de 30 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2105, cuya doctrina enseguida expondremos; interesa destacar previamente, dada la diversidad de supuestos posibles y las muy distintas circunstancias en que esta reclamación puede producirse, que en el caso de autos el reconocimiento del derecho, en su caso, se haría a favor de un tra-

bajador cuya relación laboral ya se ha extinguido y que no ha realizado una previa opción de integración en la plantilla de la empresa cesionaria. Pues bien, en tales circunstancias y tras realizar un estudio de la evolución jurisprudencial del entendimiento del fenómeno de la cesión, en particular por lo que respecta al valor que puede tener la distinción de la jurisprudencia, a los efectos del ejercicio de la opción de fijeza prevista en el artículo 43.3 ET, entre los casos de cesión entre empresas reales y empresas aparentes o ficticias, la Sala desestimaré el recurso interpuesto por las empresas frente a la sentencia recaída en suplicación que las condenaba a abonar al trabajador de forma solidaria las diferencias salariales reclamadas. Se argumenta que

“El hecho de la cesión ilegal es de suyo expresivo de que durante el período objeto de tal reclamación la vinculación laboral del actor se producía real y verdaderamente con Sniace, SA [cesionaria], aun cuando formalmente apareciese que lo era con Asistencia Médico Laboral, SL [cedente]. Siendo la propia y verdadera relación laboral la existente entre el actor y Sniace, SA, es claro que deben ser reconocidos los efectos económicos consecuentes, como es el devengo salarial durante dicho período de trabajo de acuerdo con las previsiones del Convenio Colectivo de la empresa, tal y como ha hecho la sentencia recurrida.”

Y a esta conclusión no se opone el texto del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, pues

“El silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes. Pues bien, en lo que se refiere al presente caso, el hecho de que el mencionado artículo 43.3 ET nada diga acerca de los efectos económicos como los ahora postulados no comporta su negativa o exclusión, máxime cuando se trata de efectos que derivan —por su propia naturaleza— de la prestación y actividades realizadas en el marco de una relación laboral existente en realidad.”

Idéntico problema se plantea en la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 2299, que debe pronunciarse, en un supuesto de aparente contrata que realmente encubre una cesión ilegal, acerca del derecho de la trabajadora a percibir las diferencias económicas entre el salario que le fue abonado por la empresa que formalmente aparecía como empleadora y el que le hubiera correspondido de su empleadora real conforme al convenio colectivo aplicable a esta última. La Sala, trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual la finalidad del artículo 43 ET consiste en que “la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le correspondan”, estima el recurso de la trabajadora frente a la sentencia de instancia que desestimó su pretensión, afirmando que lo previsto en el artículo 43.3 ET implica

“la equiparación de trato laboral dentro de la empresa cesionaria entre trabajador cedido ilegalmente y trabajador en situación irregular. La ley no establece distinción ni restricción

de efectos entre uno y otro contratos laborales, precisamente porque, como se ha dicho, la finalidad de la norma es evitar el perjuicio que supone para el trabajador la falta de reconocimiento formal de cuál es su empleadora formal”.

### C) Consecuencias de la cesión: efectos retroactivos al momento de inicio de la cesión ilegal

Las razones que llevaron al Juzgado de lo Social en el supuesto recién comentado de la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 2299, a desestimar la pretensión —que se reproducen en los escritos de impugnación del recurso— nos permiten abordar otro tema, cual es el de los eventuales efectos retroactivos de las consecuencias conexas a la declaración de existencia de cesión ilegal. Tales motivos desestimatorios descansan, según el Juzgado de lo Social, en el hecho de considerar que la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal tiene efectos constitutivos, de forma que no puede retrotraer sus efectos a una fecha previa al momento en que fue dictada. A tal argumentación responde la Sala del TSJ recordando que la misma cuestión se planteó en una sentencia del TS relativa a un supuesto de cesión de mano de obra que concluyó con la incorporación de los trabajadores cedidos a la plantilla de la empresa cesionaria; supuesto en el que también se discutía si los trabajadores tenían derecho a los salarios correspondientes a los trabajadores de idéntica categoría en la empresa cesionaria en referencia a un período anterior a la declaración formal de cesión. La respuesta afirmativa del Alto Tribunal es reproducida ahora por la Sala del TSJ, indicando que “acreditada la existencia de simulación de un contrato de trabajo (...) la relación laboral debe desplegar todos sus efectos, entre ellos el relativo a la retribución prevista en las normas profesionales aplicables, que surge en virtud del trabajo prestado”, y que “de no entenderlo así, la norma del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de protección del trabajador, se convertiría paradójicamente en una norma de protección del negocio simulado”.

### D) Excepción de litispendencia en proceso de despido hallándose pendiente de resolución demanda de cesión ilegal: no procede

La articulación procesal de las garantías sustantivas previstas en el artículo 43.3 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores ha dado origen a ciertos problemas interpretativos. La conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir en muchas ocasiones entre el despido del trabajador cedido y la propia cesión ilegal, es la raíz de buena parte de esos interrogantes. Si ya en crónicas precedentes (véase crónica núm. 25) hemos comentado cómo la doctrina jurisprudencial se ha mostrado favorable a la posibilidad de poder alegar en un proceso de despido la existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido sin que ello constituya una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por el artículo 27.2 LPL, en esta ocasión el Tribunal Supremo, en su **STS de 5 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2209, mantendrá que no procede la excepción de litispendencia en proceso de despido por hallarse pendiente de resolución una previa demanda de cesión ilegal entre las mismas partes. Recordando pronunciamientos precedentes, la Sala argumentará que “para que pueda apreciarse dicha excepción las acciones ejercitadas han de ser de la misma naturaleza, y si bien es cierto que la finalidad

esencial de la excepción de litispendencia es evitar sentencias contradictorias, sin embargo esta contradicción ha de ser plena y no meramente circunstancial, de modo que cuando se ejerciten acciones tan plenamente diferenciadas que es obligado ejercerlas en procedimientos distintos, no son acciones aptas para causar litispendencia, pues la satisfacción del derecho que amparan prevalece sobre el riesgo de una eventual contradicción circunstancial que nunca podrá ser plena, dado el perfil propio e individualizado de las acciones objeto de litigio”.

## 7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) Sucesión de contratos y concesiones administrativas y sucesión de empresas

Como es habitual, no faltan en el período examinado pronunciamientos judiciales que aborden el tema de la aplicación de los efectos subrogatorios previstos en el artículo 44 ET a los supuestos de sucesión de contratos y concesiones administrativas. En esta ocasión, sin embargo, se trata de sentencias del TS dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina (STS de 18 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2232; STS de 5 de diciembre de 2005, u.d., I.L. J 2154; STS de 7 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2122), en las que la inexistencia de la contradicción alegada impide que el Alto Tribunal aborde cuestiones más sustantivas. De todas formas, dejamos anotado que los pronunciamientos citados se refieren a supuestos de sucesión en contratos de limpieza, en los que las sentencias de los Tribunales inferiores de suplicación habían considerado, en un caso (STS de 7 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2122), que la asunción por la cesionaria de una parte significativa de la plantilla de la cedente constituía un criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa, y en los otros dos (STS de 18 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2232; STS de 5 de diciembre de 2005, u.d., I.L. J 2154), que la empresa saliente no había acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el convenio colectivo aplicable para que procediera la subrogación. Para un más detallado análisis de lo postura del TJCE sobre los elementos constitutivos del presupuesto de hecho de la sucesión de empresa y su recepción por los Tribunales españoles pueden verse los comentarios realizados en crónicas anteriores.

### B) Convenio colectivo aplicable

El artículo 44.4 ET establece una serie de prescripciones acerca del convenio colectivo que ha de aplicarse a los trabajadores cuya relación laboral ha sido objeto de subrogación laboral en supuestos de transmisión de empresa. En aplicación del mencionado precepto, la STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2005, I.L. J 1657, desestima el recurso interpuesto por las empresas cedente (“Rail Gourment, SA”) y cesionaria (“Wagons Lits”), y reconoce el derecho de los trabajadores a disfrutar de la jornada laboral fijada en el convenio colectivo aplicable a la empresa cedente, pues “no figura en el relato fáctico elemento alguno que permita afirmar que exista un acuerdo entre la cesionaria y los representantes de los

trabajadores para que las relaciones de los trabajadores que provenían de la empresa ‘Rail Gourment, SA’ se rijan por el convenio colectivo de ‘Wagons Lits’, no constando en autos ni siquiera que aquéllos hubieran suscrito masivamente el acuerdo de aplicar el Convenio de la última empresa citada”.

### C) Subrogación contractual

De nuevo hemos de hacer referencia en estas crónicas al examen de la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La cada vez más copiosa doctrina unificada del TS sobre el particular ha dejado sentando que en estas ocasiones no estamos ante “una propia y verdadera sucesión de empresas, toda vez que la empresa cedente lo único que hace es transferir parte de su personal a la nueva empresa, que figura como adjudicataria del servicio, por lo que la primera sigue subsistiendo con su propio nombre y elementos patrimoniales y organizativos y la segunda se presenta como adjudicataria de una parte o proporción de dichos servicios” (STS de 22 de septiembre de 2005, u.d., I.L. J 1687). De ahí que no se pueda hablar de un supuesto del artículo 44 ET, sino de una cesión de contratos entre empresas que, de acuerdo con el artículo 1205 Código Civil, exige para su validez el consentimiento del trabajador afectado, sin que aquél pueda ser sustituido por el de los representantes legales o sindicales de los trabajadores que intervinieran en el acuerdo celebrado entre ambas empresas (STS de 13 de octubre de 2005, u.d., I.L. J 2035; STS de 27 de julio de 2005, u.d., I.L. J 1787). Ahora bien, la doctrina judicial, conocedora de esta tesis, en ocasiones, como apunta la STS de 8 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2082, se aparta de ella en aplicación, se dice, del criterio del TJCE relativo a la denominada “sucesión de plantilla”. Y es a este entendimiento al que responde la mencionada STS de 8 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2082, indicando “que es precisamente la existencia de una sucesión de plantillas lo que se está discutiendo”, de tal forma que en el supuesto de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros

“lo que se ha producido es una decisión de la empresa demandada, ‘Iberia’, de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es notorio, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores (...) Y el hecho de que tal decisión de la empresa se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de ‘Iberia’ que decidan pasar a la nueva concesionaria, pero no obliga a los trabajadores que no han participado en ese concurso, y que, por su condición de personas, tampoco pueden ser objeto del mismo. Lo mismo hay que decir sobre los acuerdos con los órganos de representación de personal, porque ya la Sala ha precisado que esos acuerdos no pueden alterar el régimen de garantías que deriva

del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de que, como también ha dicho la Sala, se trata más bien de acuerdos de 'método' que de acuerdos de establecimiento de la sucesión".

En el mismo sentido, con amplia argumentación en relación a la validez de la tesis de la "asunción de plantilla" como criterio para determinar la existencia de una transmisión de empresa, **STS de 16 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2141 y **STS de 2 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2056, que, a las anteriores consideraciones añade que, si bien podría objetarse que en estos casos la transferencia de plantilla va acompañada de una sucesión en la actividad, "la mera sucesión en la actividad no es un soporte suficiente para apreciar la existencia de una transmisión de empresa".

La especial situación originada por este proceso liberalizador no sólo ha suscitado problemas de identificación del fenómeno acaecido sino también de delimitar los efectos o consecuencias a él conexas. Y a tales efectos, la Sala del TS ha entendido que, aunque no estemos en presencia de una situación regida por el artículo 44 ET, en relación a ciertas cuestiones resulta aplicable la doctrina dictada en aplicación del mencionado precepto. En concreto esta tesis se ha utilizado para resolver el debate acerca del pretendido derecho de los trabajadores que prestaban servicios para Iberia y que pasan a hacerlo con el nuevo operador a seguir disfrutando de "billetes de avión de tarifa gratuita y con descuento", tal como se recogía en el convenio colectivo aplicable a la empresa Iberia. La **STS de 27 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 2000, responderá negativamente argumentando que el derecho reclamado "no puede ser calificado como un derecho consolidado en poder de los trabajadores que pasaron de una empresa a otra en tanto en cuanto se trata de un derecho establecido en atención a las concretas condiciones y situación de dicha empresa, o sea en relación con el hecho de que Iberia era una empresa dedicada al transporte de pasajeros, y por lo tanto sólo aplicable a quienes estuvieran en permanente relación de trabajo con dicha empresa; estamos en presencia, por lo tanto y más bien, de un derecho condicionado a la permanencia efectiva de la relación laboral dentro de aquella empresa, por lo que no puede serles reconocidos a quienes por la causa que sea, y aun cuando exista un pacto de subrogación como el antes contemplado, pasen al servicio de otra empresa que no reúna las condiciones determinantes del derecho en cuestión cual ocurre con la empresa que ahora recurre en su condición de empresa que presta servicios de *handling* y por lo tanto servicios exclusivamente en el aeropuerto". En idéntico sentido y con similar argumentación, **STS de 22 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2048.

Otra de las cuestiones que estos supuestos de subrogación contractual está suscitando es la relativa a la determinación si la acción del trabajador tendente a la declaración de nulidad de la subrogación –y de su consiguiente derecho al reintegro en su posición respecto a su anterior empleadora– es imprescriptible o no. La **STS de 21 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1675, recordando su doctrina ya unificada y tras poner de manifiesto las diferencias existentes entre el acto nulo de pleno derecho y el acto anulable, al objeto de concretar si está sujeto o no a prescripción, señalará que

"con independencia de que la decisión empresarial no fuese ajustada a derecho, en modo alguno se trata de un acto que contravenga una prohibición legal establecida por razones de interés general, sino que encaja perfectamente en la condición de decisión o acto anulable, no ajustado a derecho, en aquellos casos en que no se contó con la voluntaria aceptación de los interesados. Por ello, esa decisión está sujeta a plazo de prescripción, que no puede ser otro que le previsto de manera específica en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en que la acción recitada se deriva incuestionablemente del contrato de trabajo y agota sus efectos precisamente en dicho ámbito laboral".

La doctrina recién expuesta es aplicada también por la **STS de 5 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2109.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO