

Resumen

Estima el TS el recurso de casación formulado por la federación accionante contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo sobre derecho al cómputo del tiempo de servicios prestados en las empresas del grupo eléctrico demandado, tanto a los efectos de establecer el cómputo de años para determinar el porcentaje del salario por ocupación, como de determinar los bienios que generan el premio de antigüedad. Señala la Sala que admitida la definición amplia del grupo empresarial, determinada por la dirección unitaria y presumible por la situación de control, tal cualidad resulta de innegable predicamento, no solamente de las empresas que formalmente integran en el supuesto enjuiciado el grupo, sino también de aquellas otras entidades participadas mayoritariamente en su capital, y con las que los miembros del citado grupo convinieron mercantilmente la contrata de servicios.

NORMATIVA ESTUDIADA

Convenio de 29 abril 2002. II Conv. Colectivo del Grupo de Unión Fenosa

art.33 , art.35

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

art.42 , art.43

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

EN GENERAL

CESIÓN ILEGAL

CONTRATO DE TRABAJO

ANTIGÜEDAD

Cómputo

Otras cuestiones

EMPRESA Y EMPRESARIO

RESPONSABILIDAD

Contratas

GRUPOS DE EMPRESAS

EN GENERAL

SUPUESTOS DE APRECIACIÓN

SALARIO

ESTRUCTURA DEL SALARIO

Complementos

Por antigüedad

SECTORES Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS

ELÉCTRICO

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Sindicato; Desfavorable a: Empresa/Empresario

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.42, art.43 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita RD 996/2000 de 2 junio 2000

Cita Ley 44/1999 de 29 noviembre 1999

Cita RD 2486/1998 de 20 noviembre 1998. Reglamento de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados
Cita RD 537/1997 de 14 abril 1997. Reglamento del Impuesto de Sociedades
Cita art.16.5, art.205.e, art.233.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral
Cita art.3.5, art.25, art.44, art.51.14 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores
Cita Ley 22/1992 de 30 julio 1992. Medidas Urgentes de Fomento del Empleo y Protección por Desempleo
Cita art.87 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas
Cita Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores
Cita art.7 de RD 830/1985 de 30 abril 1985. Empresas Conjuntas de Pesca Marítima
Cita Ley 18/1982 de 26 mayo 1982. Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas
Cita art.14 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.42 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAN Sala de lo Social de 21 febrero 2008 (J2008/37832)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL STS Sala 4ª de 3 noviembre 2008 (J2008/227899)

Cita en el mismo sentido sobre SALARIO - ESTRUCTURA DEL SALARIO - Complementos - Por antigüedad STS Sala 4ª de 12 junio 2008 (J2008/155886)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - ANTIGÜEDAD - Cómputo - Otras cuestiones STS Sala 4ª de 21 mayo 2008 (J2008/119134)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 28 septiembre 2006 (J2006/278559)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 4 julio 2006 (J2006/277464)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 14 marzo 2006 (J2006/37440)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 13 octubre 2005 (J2005/206268)

Cita en el mismo sentido sobre SALARIO - ESTRUCTURA DEL SALARIO - Complementos - Por antigüedad STS Sala 4ª de 7 junio 2005 (J2005/108903)

Cita en el mismo sentido sobre SALARIO - ESTRUCTURA DEL SALARIO - Complementos - Por antigüedad STS Sala 4ª de 16 mayo 2005 (J2005/83728)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 16 junio 2003 (J2003/239086)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 30 mayo 2002 (J2002/27392)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 4 abril 2002 (J2002/27100)

Cita en el mismo sentido sobre GRUPOS DE EMPRESAS - EN GENERAL STS Sala 4ª de 23 enero 2002 (J2002/2647)

Cita en el mismo sentido sobre GRUPOS DE EMPRESAS - EN GENERAL STS Sala 4ª de 26 septiembre 2001 (J2001/70720)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 14 septiembre 2001 (J2001/70649)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 17 diciembre 2001 (J2001/61280)

Cita en el mismo sentido sobre GRUPOS DE EMPRESAS - EN GENERAL STS Sala 4ª de 21 diciembre 2000 (J2000/55084)

Cita en el mismo sentido sobre GRUPOS DE EMPRESAS - EN GENERAL STS Sala 4ª de 26 enero 1998 (J1998/680)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 12 diciembre 1997 (J1997/10605)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 27 octubre 1994 (J1994/9819)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 19 enero 1994 (J1994/242)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 17 julio 1993 (J1993/7273)

Cita en el mismo sentido sobre GRUPOS DE EMPRESAS - EN GENERAL, GRUPOS DE EMPRESAS - SUPUESTOS DE APRECIACIÓN STS Sala 4ª de 30 junio 1993 (J1993/6495)

Cita en el mismo sentido sobre CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - EN GENERAL, CESIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL - CESIÓN ILEGAL STS Sala 4ª de 26 noviembre 1990 (J1990/10768)

Cita en el mismo sentido sobre GRUPOS DE EMPRESAS - EN GENERAL, GRUPOS DE EMPRESAS - SUPUESTOS DE APRECIACIÓN STS Sala 4ª de 3 mayo 1990 (J1990/4657)

Bibliografía

Citada en "Principales aspectos procesales en la cesión ilegal"

Convenios

Aplica art.33, art.35 de Convenio de 29 abril 2002. II Conv. Colectivo del Grupo de Unión Fenosa

AURELIO DESDENTADO BONETE

MILAGROS CALVO IBARLUCEA

LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

JORDI AGUSTI JULIA

ROSA MARÍA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de junio de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Enrique Aguado Pastor, en nombre y representación de la Federación de Industrias Afines de la Central Sindical Unión General de Trabajadores (FIA-UGT) frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 21 de febrero de 2008, dictada en el procedimiento núm. 178/07 EDJ 2008/37832, en virtud de demanda formulada por Federación de Industrias Afines de la Central Sindical Unión General de Trabajadores (FIA-UGT) frente a UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA S.A., UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A., UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A., SEC. SIND. USO, SEC. SIND. CC.OO., y SEC. SIND. CIG EN UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA S.A., SEC. SIND. USO, SEC. SIND. CC.OO. y SEC. SIND. CIG EN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A., en demanda sobre conflicto colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE UGT, se planteó conflicto colectivo, del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: "se declare el derecho de los afectados a que les sea computado el tiempo de servicios prestados en la empresas del Grupo UNIÓN FENOSA distintas de las demandadas, tanto a los efectos de establecer el cómputo de uno o dos años para determinar el porcentaje del salario por ocupación, al que se refiere el art. 33 del convenio, como a los efectos de determinar los bienes que generan el premio de antigüedad contemplado en el art. 35 del convenio".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 21 de febrero de 2008 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional EDJ 2008/37832 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos la excepción opuesta de inadecuación procesal y, a su vez, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE UGT y a la que se adhieron USO, CC.OO. y CIG contra UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA S.A., UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A., UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A., SEC. SIN. USO, SEC. SIND. CC.OO. y SEC. SIND. CIG EN UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A., debemos absolver y absolvemos a dichas empresas de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda".

CUARTO.- En dicha sentencia EDJ 2008/37832 se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El presente conflicto afecta a trabajadores, en número aproximado de 40, que fueron contratados en empresas (en su día o actualmente) participadas mayoritariamente en su capital por Unión Eléctrica Fenosa, y que posteriormente, pasaron a prestar servicios para esta empresa principal (esencialmente en Unión Fenosa Distribución SA), en virtud de contratos mercantiles entre la empresa que los contrató y esta última (UFD), y que tras un período en tal situación, durante el cual prestaron sus servicios para la patronal de destino -bajo sus direcciones y órdenes y esencialmente en funciones idénticas a las de su propio personal - percibieron sus retribuciones con cargo a la empresa de origen (con

Convenio Colectivo distinto al de empresa de destino). Estos trabajadores fueron, finalmente, contratados directamente por Unión Fenosa Distribución SA, o alguna de las otras dos demandadas, pasando desde tal momento a mantener con éstas a relación laboral sometida al Convenio Colectivo propio común de Unión Fenosa Distribución S.A., Unión Fenosa Generación S.A. y Unión Eléctrica Fenosa S.A.".2º.- El personal afectado se rige actualmente por el II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa, publicado, por resolución de 23.5.02 en el BOE de 13 de junio de 2002, con vigencia hasta el 31.12.05 y actualmente prorrogado por la tática en virtud de sus propias decisiones. 3º.- El presente conflicto versa sobre la retribución del personal de nuevo ingreso (art. 33 del Convenio) y el premio de antigüedad (art. 35 del Convenio) respecto del colectivo de trabajadores afectados, el orden a la aplicación del mismo del citado Convenio Colectivo por prestas servicios para alguna de las tres empresas del Grupo Fenosa, aunque lo fuera mediando contratación con empresa ajena a su ámbito de aplicación. 4º.- La cuestión suscitada en este conflicto colectivo ha sido planteada con carácter previo ante la Comisión mixta. Con posterioridad, ante la falta de solución en el seno de dicha Comisión, se suscitó también ante el SERVICIO INTERCONFEDERAL DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE; la mediación se celebró el 13 de junio de 2007, habiendo resultado sin acuerdo en relación con la cuestión planteada en esta demanda de conflicto colectivo. Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FIA-UGT), basándose en los siguientes motivos: a) Al amparo del art. 205, e) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , por infracción de los arts. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475. b) Al amparo del art. 205, e) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , por infracción de los arts. 33 y 35 del II Convenio Colectivo del GRUPO UNIÓN FENOSA, en relación con el art. 25 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y con el art. 14 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

SEXTO.- Por providencia de fecha 17 de noviembre de 2008 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de junio de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En 28/09/07 se formuló demanda de Conflicto Colectivo por la Federación de Industrias Afines de la Central Sindical Unión General de Trabajadores (FIA-UGT) frente a «Unión Eléctrica Fenosa, S.A.» (UEF), «Unión Fenosa Generación S.A.» UEF y «Unión Fenosa Distribución S.A.» (UFD), reclamando que «se declare el derecho de los afectados a que les sea computado el tiempo de servicios prestados en las empresas del Grupo Unión Fenosa distintas de las demandadas, tanto a los efectos de establecer el cómputo de uno o dos años para determinar el porcentaje del salario por ocupación, al que se refiere el artículo 33 del Convenio, como a los efectos de determinar los bienes que generan el premio de antigüedad contemplado en el artículo 35 del Convenio ».

SEGUNDO.- 1.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda por sentencia de 21/Febrero/2008 EDJ 2008/37832 , rechazando la aplicabilidad -directa o indirecta- de los arts. 42, 43 y 44 ET EDL 1995/13475 que se invocaban en la pretensión, basándose fácticamente -hechos declarados probados- en que: a) los accionantes han sido trabajadores de empresas participadas mayoritariamente en su capital por UEF y que por virtud de contratos mercantiles han prestado servicios para alguna de las empresas codemandadas (UEF; UFG; y UFD), bajo su dirección y órdenes, con funciones idénticas a las de su propio personal, aunque percibiendo retribuciones con cargo a la empresa de origen; y b) los citados trabajadores han sido finalmente contratados por las diversas empresas codemandadas, sin que se les haya reconocido a ningún efecto el tiempo en que prestaron servicios para las mismas por virtud de los referidos contratos mercantiles.

2.- Decisión que se recurre por la FIA-UGT, denunciando en su primer motivo la infracción de los arts. 42 y 43 ET EDL 1995/13475 y en el segundo la de los arts. 33 y 35 del II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa, en relación con el art. 25 ET EDL 1995/13475 y 14 CE EDL 1978/3879 , a la luz de doctrina jurisprudencial relativa al cómputo de los años de servicios (STS 04/07/06 -rco 1077/05 EDJ 2006/277464 -). Denuncia que acogemos, tal como acto continuo pasamos a justificar.

TERCERO.- Por razones de lógica expositiva hemos de rechazar en primer término que el derecho de los trabajadores pueda derivar directamente de los arts. 33 y 35 del Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa.

El primero de los preceptos citados dispone que «La retribución del personal de nuevo ingreso se determinará en función de los niveles de formación y experiencia del empleado y de la complejidad de la ocupación de destino. Teniendo en consideración estos elementos y una vez estén dotados los porcentajes totales de retribución variable, podrán establecerse transitoriamente, durante el primer y segundo año desde la incorporación, unos salarios por ocupación específicos para cada caso concreto, nunca inferiores al 60% y 80% respectivamente de los que figuran en la tabla salarial. Posteriormente la retribución estará vinculada a la evolución profesional de cada trabajador, de acuerdo con lo que se indica en los artículos 27º y 31º, lo que posibilitará alcanzar niveles retributivos superiores a los del sistema anterior.

Por su parte, el art. 35 señala que «Cada período de dos años continuados de permanencia del trabajador en la Empresa generará un premio de antigüedad que se abonará distribuido en las doce mensualidades y las dos pagas extraordinarias de junio y noviembre. Se percibirá a partir del mes de enero o julio del año en que se genere, según que el ingreso en la Empresa se hubiera producido en el primer o segundo semestre del año. Dejará de devengarse cuando el trabajador cumpla los 65 años de edad».

Como es fácilmente observable, aunque la redacción de los preceptos indicados comprende -entre otros contenidos- las expresiones que el recurso argumenta, al hacer referencia -respectivamente- a los «niveles de formación y experiencia del empleado» (como determinante de la retribución del personal, en el art. 33) y a los «años continuados de permanencia del trabajador en la empresa» (como

generadores del premio de antigüedad, en el art. 35), de todas formas esas expresiones no pueden amparar por sí mismas que los «trabajadores de nuevo ingreso» en el Grupo Unión Fenosa puedan invocar a los aludidos efectos salariales los servicios prestados en régimen de subcontrata para las empresas del citado Grupo, perteneciendo a la plantilla de la empresa contratista y estando por ella retribuidos, siendo así que con toda rotundidad las normas convencionales se refieren -también respectivamente- a los conceptos «ingreso» (art. 33) y a la fecha de «ingreso en la empresa» (art. 35) como determinantes de los componentes retributivos que regulan, y que claramente aluden a la incorporación formal en plantilla, de manera que el elemento literal de las normas pactadas es opuesto a la conclusión que los demandantes sostienen.

CUARTO.- 1.- Idéntica razón expositiva nos lleva a rechazar la cesión ilegal de trabajadores, materia que debe ser objeto de examen prioritario, pues aunque la parte recurrente hubiese manifestado en el escrito de alegaciones sobre diligencias finales que «no se solicita la declaración de cesión ilegal de trabajadores, sin duda existe cesión de trabajadores en la empresa, pero éste no es el objeto de este conflicto», esta afirmación -contrariamente a lo que la decisión recurrida sostiene- no determina la improcedencia de examinar tal materia, sino que tan sólo excluye la misma como objeto directo de la pretensión, pero no como presupuesto de ella, de forma que en esta última calidad ha de ser examinada; y constituye buena prueba de lo dicho lo que al respecto -cesión ilegal- se alega en demanda y se insiste en el recurso, con la oportuna denuncia normativa y consiguiente argumentación.

2.- Sobre este tema mantiene la Sala, como principio general del que se ha de partir, que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (así lo reconoce el art. 42.1 ET EDL 1995/13475), lo que supone que -con carácter general- la denominada descentralización productiva sea lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (en tal sentido, las SSTS 27/10/94 -rec. 3724/1993 EDJ 1994/9819 -; y 17/12/01 -rec. 244/2001 EDJ 2001/61280 -). Y que -se dice rectificando criterio anterior- no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/94 -rcud 3400/92 EDJ 1994/242 -), pues «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial» (STS 12/12/97 -rcud 3153/96 EDJ 1997/10605 -) y porque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal» (STS 17/07/93 -rcud 1712/92 EDJ 1993/7273 -) (STS 17/12/01 -rec. 244/2001 -).

3.- Pero como en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario, cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal (éste es el caso de autos) se dificulta notablemente diferenciarla de la cesión ilegal, por lo que siendo difícil establecer en tales supuestos el límite entre el ilícito suministro de trabajadores (art. 43 ET EDL 1995/13475) y una descentralización productiva lícita (art. 42 ET EDL 1995/13475), la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor orientador que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... (entre las más modernas, SSTS de 14/09/01 -rcud 2142/00 EDJ 2001/70649 -; 17/01/02 -rec. 3863/2000-; 16/06/03 -rcud 3054/01 EDJ 2003/239086 -; 14/03/06 -rcud 66/05 EDJ 2006/37440 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -). En palabras de la STS 30/05/02 (-rcud 1945/2001 -) EDJ 2002/27392 , «para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas».

4.- En el caso objeto de debate no está declarado probado indicio alguno -de los referidos- que nos lleve a concluir la ilicitud de los servicios prestados en virtud de las contratas entre las demandadas y las contratistas, sin que conste tampoco atisbo de que las últimas se limitaban a suministrar la mano de obra, sin poner a contribución los elementos que conforman su estructura empresarial y sin asumir los riesgos propios del negocio, lo que lleva a excluir que estemos en presencia del rechazable prestamismo laboral. Y es más, hay un dato que decisivamente excluye la existencia de la cesión ilegal que se cuestiona, pero que sin embargo -como se verá- paradójicamente determina la estimación del recurso por aplicación del art. 43 ET EDL 1995/13475 que se señala como infringido, cual es la de que las empresas contratistas («Soluziona Norcontrol, SL», «Soluziona Applus Norcontrol, S.L.U...») forman parte -real, aunque no formal- del Grupo de Empresas «Unión Fenosa», siendo así que para esta Sala IV no integra cesión ilegal la circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo, porque «salvo supuestos especiales... los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar el empresario real» (STS 26/11/90 -rec. 645/90 EDJ 1990/10768 -. Doctrina reiterada por muchas otras sentencias, y entre las últimas las de 04/04/02 -rcud 3045/01 EDJ 2002/27100 -; 13/10/05 -rcud 5208/04 EDJ 2005/206268 -; 04/07/06 -rcud 1077/05 EDJ 2006/277464 -; 28/09/06 -rec. 2691/05 EDJ 2006/278559 -; y 17/02/09 -rcud 2748/07 -). Doctrina nuestra que se basa -frente a quienes defienden la aplicación de un criterio objetivo y la inexigencia legal de ánimo defraudatorio- en una interpretación del art. 43 ET EDL 1995/13475 que exige un patógeno elemento subjetivo en la figura ilícita, consistente en su finalidad especulativa y fraudulenta, de manera que por regla general los intercambios personales en el seno del grupo no tienen finalidad interpositoria, sino que obedecen -se dice- «un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica»; lo que no obsta para tal circulación de trabajadores haya de tener trascendentes efectos respecto de sus derechos, como posteriormente veremos.

Pero para llegar a tales efectos -exclusión de la cesión ilegal, pero proclamación de determinados derechos para los trabajadores-, previamente ha de razonarse la existencia de grupo societario entre contratistas y comitentes en el caso de autos; lo que nos lleva a la escasa regulación y al impreciso concepto del «grupo de empresas».

QUINTO.- 1.- Destaquemos, en primer lugar, las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales.

En el ámbito del Derecho Mercantil son destacables los tratamientos sobre las Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29/Abril), las Agrupaciones de Empresarios (a las que aplicar el art. 42 del CCo EDL 1885/1 , el art. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 y el art. 4 la Ley 24/1988 de Mercado de Valores EDL 1988/12634); las Uniones Temporales de Empresas (Ley 18/82, de 26 EDL 1982/9184 /mayo, modificada por la Ley 12/1991, de 29/Abril); y en materia de seguros privados (RD 2486/98, de 20 EDL 1998/45897 /Noviembre, modificado por RD 996/2000 EDL 2000/83211 , de 02/Junio).

Y aún menores son las referencias legislativas en el campo del Derecho Fiscal (art. 38 Ley 10/1985, de 26 /Abril, que modifica la LGT; y RD 537/97 EDL 1997/22938 , de 14/Abril), lo mismo que en materia de Derecho Laboral, que se concretan en el art. 3 y la DA Cuarta del RD-Ley 1/1992 (13 /abril; después Ley 22/1992 EDL 1992/16253 , de 30/Julio, sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo), el art. 7 del RD 830/85 EDL 1985/8375 (30 /abril, sobre Empresas Pesqueras Conjuntas), el art. 51.14 ET EDL 1995/13475 , la Ley 10/97 (24 /abril; sobre Derechos de Información y Consulta de los Trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, modificada por la Ley 44/99 EDL 1999/63604 , de 29/noviembre) y algunas alusiones en sede procesal (como los arts. 16.5, 80.1.b, 82.3.a y 247.2 LPL EDL 1995/13689). Ausencia de regulación específica y sistemática que ha llevado a afirmar que el fenómeno de agrupamiento empresarial es una realidad económica más que jurídica y que el concepto -ya más específico- del «grupo de empresas» tiene base fundamentalmente teórica.

2.- Pues bien, con independencia -más bien consecuencia- de tan escaso tratamiento legal, la cuestión primordial que se plantea radica -efectivamente- en definir el grupo de sociedades, cuyo concepto se configura en el Derecho Mercantil de forma estricta en el art. 42 del CCo EDL 1885/1 , caracterizándolo por el control de una empresa por otra (por poseer la mayoría de votos en ella; por poder disponer de tal mayoría por acuerdos con otros socios; por la facultad de nombrar y revocar a la mayoría de sus administradores; y por haberlo hecho así en tres ejercicios); y de forma más flexible en el art. 87 LSA EDL 1989/15265 , que atiende al dato de que una sociedad «pueda ejercer una influencia dominante» sobre la actuación de la otra (lo que se presume en los supuestos del art. 42 CCo EDL 1885/1), y en el art. 4 LMV que lo extiende a la dirección unitaria (siendo presunción de ella la situación del art. 87 LSA EDL 1989/15265).

Por su parte, tampoco en el Derecho del Trabajo existe una definición general del «grupo de empresas». La estableció - ciertamente- la citada DA Cuarta de la Ley 22/1992 EDL 1992/16253 (30 /Julio), pero su descripción estaba orientada al ámbito del fomento de la contratación indefinida y en todo caso fue derogada por el RD- Ley 9/1997; y en la actualidad únicamente persiste la ofrecida por el art. 3 de la Ley 10/1997 (24 /Abril), conforme al cual «a los efectos de esta Ley» se entiende por grupo «el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas». Y es precisamente en atención a que no existe en la legislación española un concepto general del grupo de empresas, por lo que en la mejor doctrina se propone su caracterización «a partir de una noción amplia de grupo, basada en la dirección unitaria, aunque, por razones de orden práctico, sería necesario presumir esa unidad de decisión en los supuestos en que exista una relación de dominio o control». Definición coincidente con la efectuada por el art. 2 de la Directiva 94/45 / CE, de 22/Septiembre/1994 (traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24/Abril) y para el que «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:... b) «grupo de empresas»: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas».

3.- Todos estas deficiencias definatorias y de regulación no han impedido un copioso tratamiento Jurisprudencial de la materia, que parte de las SSTs de 05/01/68 y 19/05/69 y en el que se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo), sin perjuicio de que se aceptas.en desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley), al más moderno criterio (muy particularmente desde la STS 03/05/90 EDJ 1990/4657 que sistematiza la doctrina), que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.

SEXTO.- 1.- Pues bien, admitida como válida aquella definición -amplia- del «grupo empresarial» (determinada por la dirección unitaria y presumible por la situación de control), tal cualidad resulta de innegable predicamento no solamente de las empresas que formalmente integran el llamado «Grupo Unión Fenosa», sino también de aquellas otras entidades «participadas mayoritariamente en su capital por Unión Eléctrica Fenosa» y con las que los miembros del citado grupo convinieron mercantilmente la contrata de servicios «para la patronal de destino, bajo sus direcciones y órdenes y esencialmente en funciones idénticas a las de su propio personal», aunque «percibieron sus retribuciones con cargo a la empresa de origen, con Convenio Colectivo distinto al de la empresa de destino» (primero de los hechos declarados probados). Esa participación mayoritaria en el capital nos sitúa ante la relación de control y presumible dirección final unitaria de que hablan los art. 42 CCo EDL 1885/1 , 87 LSA EDL 1989/15265 y art. 4 LMV, así como la definición doctrinal más arriba transcrita, de manera que las contratas de servicios pactadas presentan -bajo su ropaje mercantil- el fenómeno de prestación sucesiva de servicios entre empresas del mismo grupo, primero a través de la figura de «puesta a disposición» y con posterioridad mediante la cesión definitiva que se instrumenta por la sustitución de contratos (extinción del primitivo con la empresa que figura como comitente y celebración de uno nuevo con la que ostenta formal cualidad de principal).

2.- Y retomando las afirmaciones precedentes en orden a la licitud general de la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial (fundamento cuarto, apartado 4), hemos de añadir ahora que se trata -en efecto- de «una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, las que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 »; así se expresa la citada STS 26/11/90 (-rec. 645/90 -) EDJ 1990/10768 , en términos

que reproducen literalmente las posteriores decisiones de la Sala que más arriba indicábamos (a las que añadir las de 30/06/93 -rcud 720/92 EDJ 1993/6495 -; 26/01/98 -rcud 2365/97 EDJ 1998/680 -; 21/12/00 -rec. 4383/99 EDJ 2000/55084 -; 26/09/01 -rcud 558/01 EDJ 2001/70720 -; y 23/01/02 -rcud 1759/01 EDJ 2002/2647 -; y 17/02/09 -rcud 2748/07-). Porque lo que no hay que olvidar es que pese a su general licitud, salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador) de la que en autos no consta dato alguno acreditado como probado, en todo caso no dejamos de estar en presencia de una cesión de trabajadores (por los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa) y como tal cesión -aunque legal- no puede limitar los derechos del empleado, tal como la Sala ha afirmado con carácter general en la doctrina antes citada, proclamando la observancia de las garantías establecidas por el art. 43 ET EDL 1995/13475 , y que más específicamente reconocemos ahora en materia de antigüedad, de acuerdo con el texto de la norma previamente referida («si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión») y como hemos afirmado en supuestos de cesión ilegal de trabajadores por parte de empresa de trabajo temporal (SSTS 04/07/06 -rcud 1077/05 EDJ 2006/277464 -; 03/11/08 -rcud 3883/07 EDJ 2008/227899 -; y 17/02/09 -rcud 2748/07 -); antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales e indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación -sin solución de continuidad- con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET EDL 1995/13475). Máxime cuando con la antigüedad se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios en la misma (en este sentido, SSTS -por ejemplo- de 16/05/05 -rec. 2425/04 EDJ 2005/83728 -; 07/06/05 -rec. 2370/04 EDJ 2005/108903 -; 12/06/08 -rcud 2544/07 EDJ 2008/155886 -; y 21/05/08 -rcud 4511/06 EDJ 2008/119134 -), en afirmación jurisprudencial que se ajusta a los términos en que se expresan los arts. 33 y 35 del II Convenio Colectivo del «Grupo Unión Fenosa» (siquiera aludan, todo hay que decirlo, al «ingreso» en la empresa como fecha inicial de cómputo). Y más claro aún resulta cuando de lo que se trata es de determinar los «niveles de formación y experiencia del empleado» (art. 33 del II Convenio del Grupo), extremo en el que resultaría del todo impresentable que se prescindiese de la experiencia adquirida trabajando en régimen de contrata para la misma empresa, en el mismo puesto de trabajo y con identidad de funciones.

Las precedentes consideraciones nos llevan -oído el Ministerio Fiscal- a revocar la sentencia recurrida, por no ser ajustada a Derecho, y a acoger en su integridad la pretensión ejercitada; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL EDL 1995/13689).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FIA-UGT), casando y revocando la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 21/Febrero/2008 (procedimiento 178/2008) EDJ 2008/37832 , y acogiendo la pretensión ejercitada en el presente Conflicto Colectivo, al que se adhirieron las Secciones Sindicales de COMISIONES OBRERAS (CCOO), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) y de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el procedimiento planteado frente a «UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A.» (UEF), «UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A.» (UFG) y «UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A.» (UFD), a que les sea computado el tiempo de servicios prestados en las empresas del Grupo Unión Fenosa distintas de las demandadas, tanto a los efectos de establecer el cómputo de uno o dos años para determinar el porcentaje del salario por ocupación, al que se refiere el artículo 33 del Convenio, como a los efectos de determinar los bienes que generan el premio de antigüedad contemplado en el artículo 35 del Convenio.

Sin condena en costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012009100541