



RESPONSABILIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL EN LAS SITUACIONES DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

RAQUEL SERRANO OLIVARES

Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona

DANIEL MARTÍNEZ FONS

Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

EXTRACTO

Pocos temas han suscitado en los últimos tiempos tanto interés como el referido a la responsabilidad empresarial en los supuestos de descentralización productiva. La evolución del sistema económico hace que el modelo de la empresa como organización estable, centro de imputación de las normas laborales, ya no sea apenas compatible con las transformaciones que derivan de los cambios económicos. La empresa se fragmenta dando paso a redes de empresas, más o menos integradas a través de diversos mecanismos de colaboración. Estos procesos de segmentación de la unidad productiva encuentran una única respuesta legal y jurisprudencial en normas sobre contratas y subcontratas o sucesión de empresas. Sólo la responsabilidad, casi siempre solidaria, como mecanismo recurrente en Derecho del Trabajo, es la respuesta ofrecida por el ordenamiento para afrontar los supuestos patológicos de dichos procesos. Respuesta que se articula sobre un modelo de empresa que en la realidad tiende a diluirse y que no siempre toma en consideración las consecuencias derivadas de la colaboración interempresarial en supuestos no patológicos.

La Ley 52/2003, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social, ha intervenido, de manera limitada, sobre el régimen de responsabilidad de Seguridad Social en algunos de los supuestos vinculados a la descentralización productiva. Sin embargo, el resultado de dicha intervención ha quedado muy lejos de la inaplazable revisión de los mecanismos de responsabilidad en la descentralización productiva. El análisis de los cambios legales operados en 2003 desvela que la finalidad última perseguida por el legislador no es otra que la protección del patrimonio de la Seguridad Social.

En este trabajo se realiza un estudio de las modificaciones introducidas por la referida Ley, señalando las principales dificultades e incoherencias técnicas que ha significado este proceso de revisión parcial del sistema de responsabilidad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS SUJETOS OBLIGADOS Y RESPONSABLES EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y EN LA CESIÓN DE TRABAJADORES
3. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS
4. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social, en la versión aprobada por la Comisión de Política Social y Empleo el día 10 de septiembre de 2003, introducía modificaciones y añadía nuevos párrafos al art. 127 LGSS, donde se regula la responsabilidad en orden al pago de prestaciones en supuestos especiales de colaboración interempresarial. El texto finalmente aprobado como Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social (en adelante, LDE) se apartó notablemente del citado Proyecto de Ley, presentando aquél un alcance más limitado que éste en algunos aspectos —contratas y subcontratas y grupos de empresas—, a salvo el supuesto de transmisión de empresa —constitución de una SAL por parte de todos o algunos de los trabajadores de la empresa cedente—.

No cabe duda de que el texto del Proyecto de Ley representaba un cambio sustancial en el régimen de responsabilidades de Seguridad social en los supuestos de descentralización productiva. Así, entre las novedades que se incluyeron en el Proyecto de Ley, cabe destacar, en primer lugar, la relativa a los supuestos de descentralización productiva, dentro de un mismo proceso de producción o de comercialización, en que los empresarios celebran contratos o intervengan en operaciones de maquila u otras en las que se encubra un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios. En estos casos, se señalaba que tales empresarios serían responsables subsidiarios sin los beneficios de excusión y división —responderían, en consecuencia, por la totalidad de la deuda (responsabilidad subsidiaria y solidaria, por tanto)— respecto de las deudas con la Seguridad Social que cada uno de ellos generase por los trabajadores con contrato de trabajo durante la vigencia de aquellos contratos u operaciones ¹.

¹ La principal crítica que el CES efectuó a tal previsión fue la falta de claridad respecto del supuesto que pretendía regular, pues se refería a un término —maquila— carente de preciso significado jurídico y se aludía, además, a otras operaciones, sin clarificar cuáles, en las que se encubriera un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios. Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social. Sesión ordinaria del Pleno de 26 de marzo de 2003.

Parecía que el supuesto que se quería regular se refería a las situaciones en que una misma actividad productiva o proceso comercial se divide en fases y se deslocaliza, de manera que no existe coincidencia locativa de las diversas empresas y, por tanto, resulta difícilmente aplicable la regulación contemplada en el art. 42 ET que, implícitamente, parte del supuesto en que los trabajadores de la empresa contratista prestan sus servicios en los locales o lugares de trabajo de la principal². Se daba a entender que, por primera vez, se quería tomar en consideración la realidad «económica» de la empresa y no así la realidad jurídica, atendiendo al entero proceso productivo como ámbito óptimo para la exigencia de responsabilidades sociales.

Aunque tal previsión iba a tener, sin duda, un efecto beneficioso para los trabajadores afectados por este tipo de operaciones, no puede olvidarse que el principal beneficiado de la extensión de responsabilidad en tales casos era la Tesorería General de la Seguridad Social, de suerte que, para otorgar una protección «socialmente» adecuada, hubiera sido necesario que la responsabilidad subsidiaria se hubiera extendido también en estos supuestos a las deudas salariales, modificando para ello el art. 42 ET a fin de contemplar tal situación.

Con todo, es preciso reconocer la dificultad práctica que se hubiera derivado de esa proyectada modificación, habida cuenta de la compleja identificación de los concretos trabajadores adscritos a cada «contrata» en una situación en que no existe coincidencia locativa de las distintas colectividades de trabajo —la de la empresa principal y la de la empresa contratista—, máxime cuando las empresas contratistas o auxiliares están prestando servicios simultáneamente para diversas empresas clientes. Es por ello que tal previsión hubiera exigido un mayor detalle en cuanto a su aplicación práctica —así, por ejemplo, extendiendo la responsabilidad solidaria respecto del conjunto de trabajadores de la contratista—.

Como es sabido, la LDE no incorporó referencia alguna a tales supuestos, de modo que, difícilmente, podrá extenderse ahora la responsabilidad subsidiaria y solidaria en materia de seguridad social a todos los empresarios participantes en las referidas operaciones comerciales o productivas.

En segundo término, interesa referirse a los supuestos de transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, por cuanto que el Proyecto de Ley daba nueva redacción al art. 127.2 LGSS, en orden a precisar cuándo se consideraba existente una sucesión de empresa, de acuerdo con la nueva definición contemplada en el art. 44 ET. Además, se entendía

² Véase sobre el particular, SERRANO OLIVARES, R.: «El Elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significación y funciones», en VV.AA.: *Descentralización productiva y relaciones laborales* (Dir. Del Rey Guanter, S.), Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 87 y ss.

existente dicha sucesión en los casos de constitución de una sociedad laboral por todos o parte de los trabajadores del empresario que continuasen en todo o en parte la actividad económica.

Con la nueva redacción resultante de la LDE, permanece incólume el art. 127 LGSS, retocándose, no obstante, su alcance de forma indirecta mediante la modificación del art. 104 LGSS, relativo a los sujetos obligados a cumplir la obligación de cotización, cuando lo lógico hubiera sido efectuar el retoque directamente en el texto del citado art. 127 LGSS. Retoque que, como se verá, ha supuesto el mantenimiento, en términos similares a los ya expuestos, de la expresa declaración legal de sucesión de empresa en los casos en que una sociedad laboral continúa la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior.

Por último, es de interés indicar que la redacción que el Proyecto de Ley daba al 127.2 LGSS incluía la extensión de la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social por las cotizaciones y, en su caso, por las prestaciones causadas respecto de sus trabajadores, a cada una de las personas físicas o jurídicas que integraban un grupo o agrupación de empresas, considerándose a estos efectos que las empresas pertenecían a un mismo grupo o agrupación de empresas cuando concurría alguna de las circunstancias siguientes: a) que el nexo o vinculación de aquellas implicase el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las distintas empresas; b) que la prestación de trabajo fuera indistinta o común, en forma simultánea o sucesiva, a favor de los distintos empresarios; y c) que se buscara, mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real, la dispersión o elusión de responsabilidades sociales.

Sin duda, se trataba de una previsión muy positiva desde una perspectiva social, si bien hubiera exigido un mayor grado de concreción y claridad en cuanto a la identificación de los supuestos en que se consideraba concurrente un grupo o agrupación de empresas a tales efectos. Y ello porque el supuesto regulado en la letra a) resultaba ciertamente oscuro, en la medida en que «el funcionamiento integrado o unitario» de las organizaciones de trabajo de los distintos empresarios constituía un concepto jurídico indeterminado de difícil precisión práctica.

La LDE no acogió, sin embargo, tal modificación, pues, ya se ha dicho, el art. 127 LGSS permanece inalterado. Con todo, por vía indirecta, la nueva Ley sí parece atender de forma expresa a los supuestos de grupo de empresas en que se produce una confusión de patrimonios o bien una configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real con el fin de eludir responsabilidades sociales. En efecto, se adiciona un nuevo apartado (4.º) al art. 15 LGSS, en cuya virtud, en caso de que la responsabilidad por la

obligación de cotizar corresponda al empresario, la entidad gestora podrá dirigir el procedimiento recaudatorio «contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes».

En definitiva, los cambios legislativos finalmente operados por la LDE sobre el régimen de responsabilidad de Seguridad Social no han satisfecho las necesidades de modificación del sistema para los supuestos de descentralización productiva. En este sentido, el objetivo último de protección del patrimonio de la Seguridad Social ha determinado, sin lugar a dudas, la naturaleza y alcance de la reforma legal.

En las páginas siguientes se analizan las dificultades técnicas e incoherencias que acompañan esta revisión parcial del sistema de responsabilidad de Seguridad Social en los procesos de descentralización productiva.

2. LOS SUJETOS OBLIGADOS Y RESPONSABLES EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y EN LA CESIÓN DE TRABAJADORES

Como se ha señalado, el artículo 12.1 de la LDE adicionó dos nuevos apartados al artículo 15 LGSS. El nuevo artículo 15.3 LGSS, viene a sistematizar los sujetos responsables de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, ya lo sean en su condición de responsables directos, ya en forma de responsables solidarios o subsidiarios o sucesores *mortis causa*, en los diferentes supuestos de atribución de responsabilidad establecida por Ley, en las normas propias de la Seguridad Social o de otros sectores del ordenamiento, o por los pactos o convenios que no sean contrarios a aquélla³. Dicha previsión legal se completa con la modificación en el artículo 104.1 LGSS operada también por el artículo 12 apartado segundo de la LDE, de modo que ahora la legislación de Seguridad Social recoge específicamente la responsabilidad derivada de naturaleza solidaria, subsidiaria y la que se transmite *mortis causa*. Por último, en el mismo precepto, de forma escasamente sistemática, se introducen aspectos particulares de responsabilidad solidaria referidos a la transmisión de empresa y los socios partícipes de sociedades capitalistas disueltas y liquidadas.

No obstante, las innovaciones en el artículo 15 LGSS no se limitan al mero perfeccionamiento técnico del referido precepto, sino que en su apar-

³ PANIZO ROBLES, J.A.: «La Seguridad Social en el inicio del año 2004. (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 251, 2004, pág. 68.

tado cuarto parece contemplarse una regla específica relativa a la responsabilidad en materia de cotización y pago de los demás recursos. Efectivamente, indica el artículo 15.4 LGSS que en los supuestos en los que el responsable de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social sea el empresario, la Entidad Gestora podrá dirigir el procedimiento recaudatorio contra quien «efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes».

De la dicción literal del redactado del artículo 15.4 LGSS no cabe duda de que se está refiriendo a los supuestos en los que el empresario es responsable obligado al pago. De este modo, quien reciba la prestación es igualmente responsable del pago de las cotizaciones y demás recursos de la Seguridad Social en los términos que establece el nuevo artículo 30 LGSS.

Así pues, a la vista de lo antedicho y de los antecedentes de la reforma del artículo 15 LGSS, es lógico entender que, aún de manera indirecta, la Ley alude a determinados supuestos de integración en los grupos de empresa.

Como es sabido, a pesar de que los artículos 104 y 127 LGSS nada establecían acerca de la responsabilidad en los grupos de empresas, la doctrina judicial mayoritaria, en aplicación de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo, consideraba responsables solidarios a los grupos de empresa⁴. Para ello el orden contencioso administrativo ha venido exigiendo, con carácter general, la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones laborales; la prestación de trabajo en común, de forma sucesiva o simultánea, en diversas empresas del grupo; la confusión de patrimonios de las distintas sociedades o, en fin, la creación artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real que dan lugar a una elusión de las responsabilidades⁵.

El legislador en el proyecto de Ley sobre Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social trató de corregir la laguna legal incluyendo, de manera un tanto confusa, un supuesto específico de la responsabilidad soli-

⁴ No obstante, se indica en la STSJ Asturias de 9 de mayo de 2003, JUR 2003/2247562, que teniendo en cuenta que las cotizaciones de la Seguridad Social son prestaciones patrimoniales de carácter público, «conforme a lo señalado en el artículo 31.3 de la Constitución, su establecimiento sólo puede venir determinado con arreglo a la ley y así debe ser en lo que se refiere a su establecimiento». Así, se llega a la conclusión de que fuera de los supuestos tasados por la ley para la responsabilidad solidaria no es posible atraer a otros sujetos para derivar hacia ellos las consecuencias inherentes a este tipo de responsabilidad. En definitiva, se indica que carece de fundamento la TGSS para dirigirse a otra empresa en el pago de las deudas contraídas por la sociedad que constaba como empleadora.

⁵ Véanse, por todas, las SSTSJ País Vasco de 21 de marzo de 2003, JUR 142297/2003; Galicia de 21 de octubre de 2002, RJCA 507/2003.

daria para los grupos de empresas⁶. Efectivamente, en el proyecto de ley se pretendía la legalización de la doctrina judicial del levantamiento del velo sostenida por el orden contencioso administrativo⁷.

Si bien en el redactado definitivo de la LDE desapareció la referencia a la responsabilidad solidaria en los supuestos de grupos de empresas, la dicción literal del nuevo artículo 15.4 LGSS permite, dados los antecedentes de la tramitación de la norma, referirse a ellos. Sin embargo, la nueva fórmula adoptada en la LDE, no sólo no solucionó los problemas técnicos puestos de manifiesto en el proyecto de ley, sino que terminó por agravarlos. Efectivamente, a la vista de la literalidad del precepto, cabrá predicar la obligación directa del pago de las obligaciones de la Seguridad Social en los siguientes supuestos.

En primer lugar, en los supuestos en los que exista unidad empresarial del grupo de empresas. Esto es, en aquellos supuestos en los que bien

⁶ En particular, se indicaba que se extendería la responsabilidad solidaria a los supuestos en los que concurriese alguna de las siguientes circunstancias (Proyecto de Ley de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, BOCG, Serie A, núm 147-1, 9 de mayo de 2003) :«a) que el nexo o vinculación jurídica de aquéllas implique el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las distintas empresas b) que la prestación de trabajo sea indistinta o común, en forma simultánea o sucesiva, a favor de los distintos empresarios. c) que se busque, mediante configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real, la dispersión o elusión de responsabilidades sociales».

⁷ Se advierte fácilmente la identidad entre la redacción, reseñada en la nota pie anterior, que pretendía darse al artículo 127 LGSS y la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el orden contencioso administrativo. Sin embargo, como se habrá reparado, la propuesta contenida en el proyecto legislativo mercería ser matizada a la luz de la jurisprudencia de la Sala Cuarta. Así, no puede olvidarse que la prestación laboral en distintas empresas del grupo no dará lugar a la unidad empresarial si cada una de las empresas del grupo mantiene el marco de organización, decisión y gestión diferenciados en los que se desenvuelvan las relaciones laborales de cada una de aquellas con sus trabajadores (SSTS de 30 de abril de 1999, RJ 4660/1999; y 27 de noviembre de 2000, RJ 10407/2000.). Junto con ello, la actuación unitaria del grupo tiende a ser relativizado por la jurisprudencia cuando no concurren otros indicios como la confusión de plantilla o la integración patrimonial de la empresa, de lo contrario desembocaría en la aplicación de la responsabilidad empresarial solidaria en la mayoría de casos de grupos de empresas. En definitiva, el proyecto legislativo parecía obviar que la construcción de la teoría del levantamiento del velo se realiza a partir de la apreciación de los distintos indicios en su conjunto, o cuando menos, a partir de la particular intensidad de algunos de ellos. Al margen de las referidas precisiones, no cabe duda que la reproducción en la Ley de los criterios judiciales en el sentido apuntado hubiere dado lugar a ciertas dificultades técnicas, puesto que la referida redacción del precepto entorpecía la diferenciación de los supuestos fraudulentos de aquellos que no lo son a los efectos de la derivación de la responsabilidad solidaria al grupo de empresas. Asimismo, tal y como indicaba el informe del CES al anteproyecto de LDE, la conceptualización del grupo de empresas «resultaría más propia de una norma sustantiva —seguramente el Estatuto de los Trabajadores— que de una norma de Seguridad Social».

existan empresas meramente aparentes, de carácter meramente instrumental —infracapitalizadas para desarrollar su objeto social—, bien exista una integración de las distintas organizaciones en los que la actuación unitaria del grupo de empresas se acompañe inexcusablemente de la prestación laboral en las distintas empresas del grupo, ya sea de forma sucesiva o simultánea. En tales casos nos hallaremos ante un sujeto responsable carente de personalidad jurídica de los que se alude en el artículo 15.3 LGSS.

Asimismo, en segundo término, también serán responsables directos del pago de las cotizaciones y demás prestaciones de la Seguridad Social las distintas empresas del grupo para las que el trabajador preste temporalmente sus servicios, a pesar de que las distintas empresas mantengan de manera diferenciada sus organizaciones laborales. En este punto, es evidente la contradicción entre la responsabilidad directa en materia de Seguridad Social que deberán asumir las distintas empresas del grupo con la posición mantenida por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸. Ciertamente, la movilidad dentro del grupo cuenta entre sus principales dificultades la ausencia de una construcción que permita identificar sus características esenciales que permita separarla de la figura de la cesión ilegal prohibida por el artículo 43 ET, sin que ello signifique poner en duda quién es el sujeto patronal, esto es, afirmar la unidad empresarial del grupo de empresas.

La jurisprudencia avala la circulación de los trabajadores dentro del grupo, asimilándola a la comisión de servicios en la Administración Pública, cuando existen razones organizativas o técnicas que revelen la inexistencia de un ánimo defraudatorio⁹, de manera que se mantengan separadas las organizaciones laborales de cada una de las empresas del grupo¹⁰. Con todo, en tales casos se aplican de manera analógica las garantías contempladas en

⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: «Interposición y mediación en el contrato de trabajo», *Revista de Política Social*, núm. 91/1971, págs. 62 a 66; GARCÍA MURCIA, J.: «Cesión de trabajadores» en VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Dir. Borrero Dacruz, E.), Edersa, Madrid, 1982, pág.302; MARTÍNEZ BARROSO, M.^aR.: «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62/1993, págs. 933 y 934. En contra, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL entiende que toda cesión, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, cumple el tipo legal, sin que sea preciso un especial ánimo defraudatorio, de tal suerte que la transferencia de trabajadores de una empresa a otra, aún dentro de un grupo, constituye un supuesto de cesión ilegal de mano de obra, en «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeas: el caso español», *Documentación Laboral*, núm. 33/1991-1, págs. 43 y 47.

⁹ SSTS de 26 de noviembre de 1990, RJ 8605/1990; y de 30 de junio de 1993, RJ 4939/1993.

¹⁰ STS 27 de noviembre de 2000, RJ 10407/2000.

el artículo 43 ET ¹¹. Sin embargo, como ha quedado dicho, a la vista del artículo 15.4 LGSS deberá concluirse que cada una de las empresas en las que preste servicios el trabajador será responsable directo. Es lógico entender que lo será únicamente de las obligaciones nacidas durante el tiempo en que se presten servicios para otras empresas.

Por el contrario, no resultará de aplicación el artículo 15.4 LGSS a los grupos de empresas que presenten un alto grado de integración en los que se advierta una dirección unitaria del grupo acompañada de la confusión de patrimonios de las distintas sociedades del grupo. En tal caso, únicamente el recurso a la doctrina del levantamiento del velo permitirá la derivación de la responsabilidad solidaria a los distintos sujetos que integran el grupo de empresas.

No terminan aquí las dificultades exegéticas que suscita la fórmula escogida por el legislador en el artículo 15.4 LGSS. Como se habrá advertido ya, el supuesto de hecho en el que se produce la sustitución del obligado directo coincide asimismo con el instituto de la cesión de trabajadores. Es indiscutible que la cesión de trabajadores, tanto legal como ilegal, se define precisamente por la integración del trabajador en el ámbito organizativo del empresario cesionario. Tal y como indica en el artículo 15.4 LDE, en la cesión de trabajadores nos hallamos ante una relación tripolar en la que entre quien realiza la prestación y el que la recibe aparece otro sujeto empresarial que, en apariencia, tiene la condición de empleador. Así las cosas, no sorprenderá que se afirme la contradicción evidente entre el artículo 15.4 LDE cuando atribuye la condición de responsable del pago al empresario cesionario y el artículo 127.2 LGSS del que deriva la responsabilidad solidaria en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores. Más aún, en una interpretación literal del precepto se extendería la condición de sujeto obligado a la empresa usuaria en los supuestos de cesión de legal de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

No parece que la voluntad del legislador sea la de extender la condición de sujeto obligado a los supuestos de cesión legal de trabajadores. Además en razón de la previsión contemplada en la norma especial, artículo 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal y 17 RD 17/1995, es lógico pensar que continuará aplicándose la responsabilidad subsidiaria contemplada en los referidos artículos de la normativa sobre empresas de trabajo temporal.

Mayores dificultades se presentan para salvar la contradicción entre el artículo 15.4 y 127.2 LGSS. Inicialmente, cabría pensar en una interpretación integradora de ambos preceptos a partir de la diferenciación de los dis-

¹¹ Por todas, STSJ Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 1998, AS 3620/1998.

tintos supuestos que podrían concurrir: por un lado, los casos de cesión ilegal a través de empresas reales y, por otro, la simulación contractual o la cesión a través de empresas meramente interpuestas. De este modo, podría pensarse que la alusión a los supuestos en los que puede identificarse un empleador que recibe la prestación distinto de aquél que aparece como tal, se estaba refiriendo únicamente a los supuestos en los que existe una mera simulación empresarial. Así podría desprenderse del tenor literal de precepto cuando señala que «aunque formalmente no figure como empresario». De conformidad con tal interpretación, en los supuestos de mera simulación empresarial, el verdadero empleador sería sujeto obligado; por el contrario para el resto de supuestos de cesión ilegal entre empresas resultará de aplicación el artículo 127. 2 LGSS ¹².

No obstante, tal interpretación deviene inviable tras la reciente modificación legal del artículo 43 ET. Efectivamente, el RDL 5/2006, trasladando a la Ley la jurisprudencia sobre la materia, incluye como manifestación de cesión ilegal los supuestos en que «la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad». Así pues, resulta difícilmente superable la contradicción entre los artículos 15.4 y 127.2 LGSS.

Al margen de las referidas dificultades exegéticas, parece evidente que resulta del todo punto incoherente el sistema de responsabilidad contemplado en la LGSS, con el tratamiento diferenciado que se desprende para la circulación de trabajadores dentro de los grupos de empresas y la cesión ilegal de trabajadores. A todo ello aún debe añadirse que los sujetos referidos en el artículo 15.4 LGSS solamente responderán de la obligación de cotizar, a diferencia del proyecto de Ley en el que se aludía expresamente al pago de las prestaciones causadas. Así pues, en lo referido al pago de las prestaciones en los supuestos de grupos de empresa la derivación de la responsabilidad continuará exigiendo de la aplicación de la técnica del levantamiento del velo. En definitiva, como se habrá advertido ya, resulta ciertamente difícil determinar cuál es la lógica del artículo 15.4 LGSS dentro del sistema de responsabilidad en orden a la cotización y pago de las demás recursos de la Seguridad Social.

Finalmente, en otro orden de cosas, en relación la actividad probatoria, parece claro que la Administración deberá probar de manera fehaciente la existencia la concurrencia del aprovechamiento directo de la actividad la-

¹² No obstante, y a pesar de que teóricamente podía procederse a tal diferenciación, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria venía tratando ambos supuestos —la cesión a través de empresa interpuesta y la mera apariencia empresarial— como manifestaciones de la cesión ilegal del artículo 43 ET.



boral del trabajador si quiere dirigirse otros sujetos distintos del que formalmente aparece como empresario.

3. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Mucho se ha debatido acerca de la complejidad del sistema de responsabilidad derivada en materia de contratas y subcontratas¹³. A ello ha contribuido, sin lugar a dudas, la deficiente técnica legislativa, así como la más que aparente contradicción de fines e intereses presentes en la regulación estatutaria, por un lado, y, en materia de Seguridad Social.

Inicialmente es preciso realizar algunas consideraciones generales acerca del sistema de responsabilidad de Seguridad Social en materia de contratación y subcontratación. La primera de ellas, hace referencia al ámbito objetivo de aplicación de la responsabilidad en materia de contratas y subcontratas. La propia lógica de la responsabilidad solidaria prevista en la regulación legal permite respaldar la idea de que el elemento locativo constituye un requisito implícito. Y es que cuando el lugar de la contrata no se corresponde con el lugar o centro de trabajo de la empresa principal no parece posible identificar o individualizar a los trabajadores de la empresa contratista que van a beneficiarse de la responsabilidad legalmente prevista, aun en los supuestos en los que la empresa contratista preste sus servicios en exclusividad para la empresa principal, puesto que la referida relación de exclusividad no permitirá, con seguridad, al menos en todos los casos, determinar qué trabajadores de la empresa quedan cubiertos por la referida responsabilidad. Efectivamente, cuando se trabaja en los lugares de trabajo de la empresa contratista, y más aún cuando no se trabaja en exclusiva para la

¹³ Sobre el particular, *vid.*, entre otros: CAMPS RUIZ, L.M.: «El nuevo Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras y servicios», *Tribuna Social*, núm. 71, 1996; GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 412 y ss. TOLOSA TRIVIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas», *Relaciones Laborales*, 1998, núm. 13; PÉREZ CAPITÁN, L.: «La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999; LÓPEZ GANDIA, J. y TATAY PUCHADES, C.: «Contratas, subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social» en AA.VV.: *Estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; BLASCO LAHOZ, J.F.: *La cotización a los regímenes general y de trabajadores autónomos*, Comares, Granada, 2003, págs. 8 y ss; MATEOS BEATO, A. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R.: «Las contratas y subcontratas en la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, núm. 68, 2003.

empresa principal sino que se prestan servicios simultáneamente a otra u otras empresas, resulta ardua la tarea de deslindar qué trabajadores y qué concretas funciones aparecen adscritos a una determinada contrata ¹⁴.

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina en numerosas ocasiones, se trata de una normativa que se aleja de la realidad de los procesos de colaboración interempresarial. En la externalización de las fases enteras del proceso productivo de las empresas industriales, las actividades de descentralización suelen realizarse fuera de los centros de trabajo de la empresa principal ¹⁵. Tendencia que se acentúa con la aplicación intensiva de las tecnologías de la información y comunicación. De este modo, es más que razonable dudar de la aplicación del régimen jurídico de responsabilidad de las contratas y subcontratas, concebido, como se ha indicado, para los casos en que concurre el elemento locativo ¹⁶. En este sentido, ya quedó dicho más arriba que el proyecto LDE extendía la responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de Seguridad Social a los empresarios «que, dentro de un mismo proceso de producción o de comercialización, celebren contratos o intervengan en operaciones de maquila u otras en las que se encubra un contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios a cambio de una contraprestación de dinero por unidad o de un porcentaje en especie del producto final».

Al margen de las dificultades técnicas que implicaba la utilización de conceptos desconocidos por la legislación laboral como el de «maquila», merece destacarse la voluntad de extender la responsabilidad para la empresa comitente también en los supuestos en los que la contrata y subcontrata se ejecutara lejos del centro de trabajo de la empresa contratista ¹⁷. Así, el proyecto de LDE procedía a derivar la responsabilidad por todas las deudas que se generasen durante la ejecución de la contrata con independencia de la exclusividad o no en la realización de la contrata. No obstante, tal y como se ha venido indicando, hubiere requerido de mayores precisiones técnicas a los efectos de articular la deuda.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, en las SSTSJ Cataluña de 4 de julio de 1996, AS 2905/1996; y 10 de diciembre de 1998, AS 4690/1998, otorgan una relevancia decisiva al hecho de que entre los trabajadores de la empresa contratista y la empresa principal se origine un cierto control sobre la ejecución de la contrata; control que no tiene lugar cuando se realiza fuera del ámbito locativo de la empresa principal por más que desarrollen su actividad en espacios geográficos próximos.

¹⁵ Vid. ICHINO, P.: «Le nuove forme del decentramento produttivo», *Rivista italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, III, págs. 150 y ss.

¹⁶ SERRANO OLIVARES, R.: «El elemento locativo ...», cit., pág. 100.

¹⁷ En este sentido, Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social.



Por otra parte, merece destacarse que en el proyecto de Ley se optaba por un único sistema de responsabilidad de naturaleza subsidiaria; superando la distinción trazada por el legislador laboral entre contrataciones de propia actividad y las que no lo son. Se evidenciaba, una vez más, la diferenciación de distintos regímenes de responsabilidad en razón de la naturaleza de la actividad descentralizada. En otras palabras, el régimen jurídico de la responsabilidad derivada se articulaba en torno a la eventual alternativa de deslocalizar o no la actividad del proceso productivo que se descentraliza recurriendo a la contrata. Así, la segmentación del colectivo de los trabajadores a través de las contrataciones que se integran en el lugar del empresario comitente hubieren mantenido un régimen de tutela claramente diferenciado de aquellos otros supuestos en los que la fragmentación del proceso productivo, en razón de la actividad descentralizada, se realiza a partir de la deslocalización de la actividad.

En nuestra opinión es claro que, tanto desde la lógica jurídica en la derivación de responsabilidades como desde la tutela adecuada de los supuestos de colaboración interempresarial, el reto consistirá en reunir bajo un régimen jurídico común a todos aquellos que tienen intereses comunes por que participan en el mismo proceso productivo. Es precisamente en este sentido que parece avanzar el legislador cuando en los artículos 42.7 y 81 ET vienen, en cierto modo, a contemplar la «unidad social» de todos los trabajadores que participan en el mismo proceso productivo compartiendo de manera continuada centro de trabajo. Creemos que la referida opción del legislador por reintegrar la unidad perdida, por así llamarla, a consecuencia del proceso de descentralización productiva, debería inspirar la revisión del régimen de responsabilidades en materia de contratación y subcontratación.

En otro orden de cosas, es claro que tampoco se aprovechó la ocasión para solventar las dificultades técnicas derivadas de la conjunción de los artículos 42 ET, 127.2 LGSS, 97 LSS y 10 RGR¹⁸. En este sentido, hubiere sido deseable, a fin de ofrecer mayor seguridad jurídica, legalizar los criterios jurisprudenciales que, en ocasiones, de manera contradictoria ofrecen respuesta a tales cuestiones. Y entre ellas, sin lugar a dudas, debería ofrecerse una respuesta a las cuestiones relativas a la aplicación de la configuración temporal de la responsabilidad solidaria, o la extensión de la responsabilidad subsidiaria, o, en fin, los efectos exoneratorios de la certificación de descubiertos

¹⁸ Por todos, MATEOS BEATO, A. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R.: «Las contrataciones y subcontratas en la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, núm. 68, 2003; SERRANO TRIANA, A.: «La responsabilidad subsidiaria por deudas sociales, en particular el artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 1998, núm. 39.

4. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

Teniendo en cuenta que la LPD no alteró, al menos de forma directa, el art. 127 LGSS, conviene establecer hasta qué punto tal precepto, y el entendimiento que del mismo venían haciendo los Tribunales, se ve afectado por las modificaciones normativas indirectas que se han operado en el supuesto de hecho de que se trata.

Hasta la entrada en vigor de las modificaciones operadas por la LDE, el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad en orden al pago de prestaciones en el marco de una transmisión de empresa puede resumirse en los siguientes puntos¹⁹:

- 1.º) la doctrina judicial mayoritaria aplica la regulación dispuesta en el art. 127.2 LGSS y art. 10.1 RD 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema, con preferencia sobre la prevista en el art. 44 ET, en base al carácter de «ley especial» de aquella.
- 2.º) a diferencia de lo que sucede en el art. 44 ET, en el art. 127.2 LGSS se indica claramente que la titularidad de la obligación no pasa del cedente al cesionario, sino que se trata únicamente de un supuesto de extensión de responsabilidades sociales, permaneciendo la deuda en la persona del anterior empresario, de suerte que, en su caso, el empresario cesionario podrá reclamar al empresario cedente el importe de las deudas ajenas.
- 3.º) el alcance de la responsabilidad prevista en el art. 127. 2 LGSS es sensiblemente más amplio que el de la contemplada en el art. 44 ET, por cuanto que aquella no tiene límite temporal —a diferencia del plazo de 3 años que prevé el art. 44 ET—, alcanzando a cualquier prestación causada antes de la transmisión de empresa, esto es, no sólo al pago de prestaciones nacidas y exigibles antes de la transmisión sino también a las nacidas con anterioridad a la transmisión y exigibles con posterioridad a la misma, e, incluso, a las nacidas con posterioridad siempre que se basen en incumplimientos anteriores a la transmisión. En cambio, si aplicáramos el art. 44 ET, empresario cedente y cesionario resultarían responsables solidarios únicamente por un plazo de tres años respecto del pago de prestaciones nacidas y exigibles antes de la transmisión.

¹⁹ En este sentido, GALA DURÁN, C.: *La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 512 y ss.

- 4.º) Según lo expuesto, la regulación dispuesta en el art. 127.2 LGSS tiene la finalidad de garantizar y facilitar el cobro tanto por parte de la TGSS como del propio trabajador afectado, de las prestaciones respecto de las cuales se haya declarado responsable directo al empresario.
- 5.º) Pese a todo, el art. 127.2 LGSS prevé la posible exoneración de responsabilidad por parte del empresario cesionario en los casos de que se trata señalando que «reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes». Aunque tal precepto no se ha desarrollado todavía reglamentariamente, tal vacío se ha cubierto mediante la Circular de la TGSS núm. 2002, de 18 de enero de 1989, en cuya virtud la expedición de dicho certificado se regula de forma analógica por lo dispuesto en el art. 26 —actualizado— de la Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General en materia de responsabilidad en orden al pago de cotizaciones.

De ello resulta que el empresario cesionario puede solicitar a la TGSS la expedición de un certificado que acredite la situación de la empresa en cuanto a sus obligaciones de cotización; expedición que deberá efectuarse en el plazo de un mes. Sin entrar a analizar los problemas aplicativos que se derivan de la falta de determinación del preciso momento en que ha de solicitarse tal certificado así como de los efectos derivados de la falta de expedición del certificado en el plazo de un mes, interesa señalar que si el empresario cesionario solicita tal certificado y no existen descubiertos de cotizaciones, no asumirá responsabilidad alguna en cuanto al pago de prestaciones. Además, si una vez expedido el certificado se conociesen descubiertos por la existencia de trabajadores no dados de alta, el empresario cesionario no asumirá responsabilidad alguna respecto de tales descubiertos, a menos que se hubiese subrogado en la posición de deudor del cedente por aplicación del art. 44 ET, al no existir un pacto excluyente de la asunción de deudas por parte del cesionario.

Si, por el contrario, el empresario cesionario no solicita tal certificado, no podrá eximirse de responsabilidad en orden al pago de prestaciones por incumplimiento de la obligación de cotizar del cedente.

Aunque la doctrina mayoritaria ha negado virtualidad jurídica al art. 26 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, en la medida en que no constituye una norma reglamentaria, es lo cierto que cabe aplicar el régimen jurídico que se acaba de exponer en base al instituto de la analogía, pues existe identidad de razón entre la responsabilidad empresarial en materia de cotización y la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones

que, precisamente, tiene su origen en el incumplimiento de la obligación de cotizar²⁰.

Lo decisivo es resaltar que, como en los supuestos de contrata y subcontrata de obras y servicios, la finalidad última del régimen de responsabilidad en materia de Seguridad social parece ser la de proteger los intereses de la Seguridad Social frente a la falta de cotización por parte del empresario obligado, pues si se hubiera pretendido proteger los intereses de los concretos trabajadores afectados por la contrata o por la sucesión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, no cabría la exoneración de responsabilidad del empresario principal o cesionario con la mera expedición de certificación negativa de descubiertos, ya que tal certificación no refleja ni los supuestos de falta de alta de trabajadores de la plantilla ni los de infracotización²¹.

La principal novedad que introdujo la LDE en este ámbito consiste en la expresa consideración de que existe sucesión de empresa, aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior.

Como se avanzó, el Proyecto de Ley modificaba el art. 127.2 LGSS en orden a precisar cuándo se consideraba existente una sucesión de empresa, acudiendo a tales efectos a la definición contemplada en el art. 44 ET. De esta forma, se reforzaba la plena incorporación del concepto «laboral» de transmisión de empresa al ámbito de la responsabilidad en el pago de prestaciones en los casos de sucesión de empresa, poniendo el acento, a su vez, en la necesidad de acoger la noción «actualizada» de transmisión de empresa resultante de la reforma del art. 44 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Como concreción de tal definición, se entendía expresamente que existía transmisión de empresa en los casos de constitución de una sociedad laboral por todos o parte de los trabajadores del empresario que continuasen en todo o en parte la actividad económica.

Con la redacción resultante de la LDE, permanece incólume el art. 127 LGSS, retocándose, no obstante, su alcance de forma indirecta mediante la modificación del art. 104.1 LGSS, relativo a los sujetos obligados a cumplir la obligación de cotización, cuando lo lógico hubiera sido efectuar el retoque directamente en el texto del citado art. 127. Ciertamente, el nuevo

²⁰ GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial...*, cit., pág. 531.

²¹ Aunque en relación con los supuestos de contrata y subcontrata de obras y servicios, véase la crítica a esta forma de exoneración de responsabilidad en LUQUE PARRA, M.: «La responsabilidad empresarial en materia de seguridad social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios», en VV.AA.: *Descentralización productiva...*, cit., págs. 290 y ss.

art. 104.1 LGSS indica que la responsabilidad solidaria por sucesión «en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 127 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior».

Ante ello, conviene acudir, en primer lugar, a la jurisprudencia del TJCE, y, en particular, a la doctrina sentada en el caso *Süzen*²², donde el TJCE ha precisado que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre transmisión de empresa, no se aplica a una situación de sucesión de contratistas si la operación no va acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

Consiguientemente, de conformidad con tal tesis, la mera circunstancia de que se prosiga idéntica o similar actividad no es suficiente para la aplicación de la Directiva, si bien debe atenderse al tipo de empresa o de centro de actividad.

Así, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos del activo material o inmaterial, la existencia o inexistencia de transmisión no puede depender, por definición, de la cesión de tales elementos. En tales casos, pues, entre otras circunstancias de hecho, debe tomarse en consideración el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores en aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, ya que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica.

Por tanto, la corrección de la previsión introducida en el art. 104 LGSS, y que se pretendió incluir en el art. 127 LGSS por el Proyecto de Ley, dependerá del tipo de actividad de que se trate, pues la mera continuación de la actividad por todos o parte de los trabajadores del empresario mediante una sociedad laboral deberá considerarse o no transmisión de empresa en función de tal parámetro. En suma, dependerá de si se trata de una empresa de tipo industrial o de servicios, pues en el primer caso será preciso que se transmitan también los principales elementos estructurales de la empresa.

Ahora bien, repárese en que el Proyecto de Ley entendía que existía transmisión de empresa en los casos de constitución de una sociedad laboral por todos o parte de los trabajadores del empresario que continuasen en

²² STJCE de 11 de marzo de 1997.

todo o en parte la actividad económica, en tanto que la LDE considera existente la transmisión de empresa aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior. Ello significa que con la nueva redacción operada sobre la normativa de Seguridad Social se amplía aún más el concepto de transmisión a efectos de la responsabilidad en el cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de prestaciones, pues incluso si la continuidad del negocio no es asumida por los antiguos trabajadores del empresario sino por trabajadores distintos constituidos en sociedad laboral, se entenderá igualmente existente la sucesión de empresa. En nuestra opinión, ello sólo sería posible si se transmitieran los principales elementos organizativos de la anterior empresa, pues, descartada la transmisión de parte del personal del anterior empresario en cuanto elemento organizativo básico, habría que estar a otros elementos de tipo estructural tales como maquinaria, instalaciones, cartera de clientes, u otros. En suma, pues, la nueva Ley no acoge plenamente la noción de transmisión elaborada por la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la Directiva 77/187/CEE, ya derogada por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Con todo, lo expuesto hasta el momento debe matizarse en atención al hecho de que, en tales casos, suele suceder que la nueva empresa —SAL— nace en el marco de un previo proceso de suspensión o de quiebra y liquidación de la anterior, y, por tanto, una vez despedidos todos o gran parte de los trabajadores al servicio de ésta. La particular situación en que se produce la constitución de una SAL por los trabajadores afectados por un ERE ante supuestos de insolvencia o de cierre y liquidación de la empresa ha determinado la aparición en los últimos años de una línea jurisprudencial tendente a fomentar la continuidad de la actividad empresarial, evitando la imposición a la SAL de trabas excesivas que pudieran volverse contra la finalidad de la Directiva y del propio art. 44 ET, que es la de protección de los trabajadores.

Ciertamente, «habida cuenta que el instituto de la sucesión recogido en el art. 44 ET tiene como finalidad primordial la de mantener los puestos de trabajo que hubiera en la entidad transmitida, aplicar a un supuesto como el presente dicho precepto supondría retorcér su interpretación para conseguir lo contrario de lo que con él pretendió el legislador, puesto que la empresa quebrada prescindió de todos sus trabajadores y serían éstos precisamente, constituidos en Sociedad Anónima Laboral, los que, sufrirían las consecuencias que pudieran derivarse de la aceptación de la sucesión»²³. En esta lí-

²³ STS de 25 de febrero de 2002, RJ 2002/6235.

nea, se señala también que «la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral, y en estos casos —en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa— no se está en el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el artículo 4 bis de la Directiva CE 77/187, en la redacción dada por la Directiva CE 98/50»²⁴.

Sin embargo, lo cierto es que, aun tomando esta tesis como punto de partida, es dable advertir una doble vía argumental en cuanto a los fundamentos jurídicos empleados para la decisión del caso concreto. Así, en los supuestos en que no son los trabajadores los que reclaman los beneficios de la transmisión —responsabilidad solidaria en el pago de deudas— sino el FOGASA, según constante doctrina del Tribunal Supremo²⁵, se viene considerando que el art. 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los contratos de trabajo se han extinguido. Y es que la garantía de continuidad de los contratos de trabajo establecida en el art. 44 ET presupone: a) que, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor, y no se hayan extinguido válidamente; b) que cuando el cambio de titularidad de una sociedad anónima a una sociedad anónima laboral es transparente y no contiene elementos de fraude de ley, tal actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral, de acuerdo con disposiciones de Derecho interno y de Derecho comunitario para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes; y 3) que la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad.

En efecto, la finalidad del art. 44 ET, que es la defensa de la continuidad de la relación de trabajo, no resulta compatible con la tesis del FOGASA,

²⁴ STS de 11 de julio de 2001, RJ 9274, con cita de la STS de 15 de abril de 1999, RJ 4408.

²⁵ SSTS de 15 de abril de 1999, RJ 1999/ 4408; de 11 de abril de 2001, RJ 2001/5113; y de 25 de junio de 2001, RJ 2001/6333.

que tiene en cuenta únicamente un interés legítimo pero parcial dentro del conjunto de intereses a considerar en situaciones de dificultad empresarial. La defensa prioritaria de dicho interés parcial que pretende el FOGASA pondría en peligro un proyecto empresarial nuevo de los trabajadores de la empresa en crisis, trabajadores que, por otra parte, ya están desvinculados de la sociedad titular anterior mediante el preceptivo expediente de regulación de empleo²⁶.

En cambio, cuando la reclamación de la responsabilidad solidaria de la SAL proviene no sólo del FOGASA sino también de alguno de los trabajadores afectados por el ERE, se constata la existencia de lo que, a falta de confirmación en sentencias posteriores, parece un giro jurisprudencial. Así, en tanto la STS de 11 de julio de 2001²⁷ y anteriores, aplican como *ratio decidendi* la tesis ya anunciada de la inaplicabilidad del art. 44 ET en supuestos en que se ha producido previamente la válida extinción de contratos en el marco de un ERE, máxime cuando la Directiva 2001/23/CE permite excepcionar en tales casos la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa, la más reciente STS de 25 de febrero de 2002²⁸, excluye tal tesis señalando que no es posible afirmar que a partir de la quiebra de una empresa ya no sea posible hablar de sucesión, pues el art. 51.11 ET exige aceptar tal posibilidad.

Pese a ello, el Alto Tribunal entendió que no podía sostenerse que la nueva entidad —SAL— sustituyera en su identidad a la empresa anterior, «puesto que la empresa a la que venía a sustituir se hallaba declarada en quiebra, había cesado en su actividad productiva cuando las nuevas empresas hoy recurrentes nacieron, y los bienes que la nueva entidad utilizó no constituyen elementos productivos que puedan considerarse suficientes como para afirmar que aquella continuidad se dio. Aquella empresa a la que vinieron a sustituir había dejado de existir como tal empresa cuando las nuevas comenzaron a funcionar y, por lo tanto no permanecía como tal entidad en el momento en que éstas iniciaron su actividad, sino como una «masa» integrada por un pasivo que superaba el activo (eso es la quiebra) y, por lo tanto, sin capital social ni organización que es lo que en términos mercantiles identifican a una empresa». Argumentos que resultan extensibles a buena parte de los supuestos de constitución de una SAL por todos o parte de los trabajadores afectados por la quiebra de una empresa. No puede extrañar, por tanto, que en el caso concreto que se enjuiciaba, el Alto Tribunal concluyese que la SAL no podía considerarse «sucesora» de la anterior empresa a los efectos previstos en el art. 44.1 ET.

²⁶ STS de 11 de abril de 2001, RJ 2001/5133.

²⁷ RJ 2001/9274.

²⁸ RJ 2002/6235.

En cualquier caso, resulta obvio el cambio de perspectiva en el enjuiciamiento de estos supuestos que parece apuntar la STS de 25 de febrero de 2002, y que nos lleva a plantearnos cuál es la tesis jurídica adecuada a la luz de la regulación de los procesos concursales derivada de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

A este respecto, conviene empezar indicando que la referida Sentencia de 25 de febrero de 2002 incluía un voto particular discrepante con la argumentación jurídica que fundamentaba el fallo. En síntesis, la posición disidente alegaba que la garantía del art. 44 ET no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato en base a una causa prevista en la Ley, es decir, cuando ha habido resolución administrativa firme que ha declarado la extinción de los contratos en expediente de regulación de empleo, a lo que se añade que el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE señala que, «salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes, de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento en quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)», de modo que si la voluntad del legislador en el precepto objeto de interpretación hubiese sido la de establecer la responsabilidad del cesionario por las obligaciones causadas con anterioridad a la extinción de la relación laboral y sucesión empresarial, o lo que es igual, establecer una regulación interna más favorable que la establecida en la Directiva, habría de ser expresado en la forma clara y evidente, sin utilizar dicciones que sólo forzando su tenor literal puedan llegar a ello.

Ésta es la perspectiva que debe adoptarse en la solución jurídica del supuesto que nos ocupa, esto es, atender a la regulación que el legislador español ha establecido en punto a la continuidad de la empresa cuando ésta se ve inmersa en un procedimiento concursal.

A tales efectos, resulta obligado acudir a lo dispuesto en los arts. 100 y 148 y 149 de la Ley Concursal, en función de si la transmisión de una parte o de la totalidad de la empresa se sitúa en la fase de convenio o de liquidación, teniendo en cuenta que durante la fase común del concurso se prima la continuidad de la empresa en las manos del deudor.

En la fase de convenio, la enajenación de determinadas unidades productivas se contempla como una medida más sin otorgarle carácter prioritario²⁹, ya que, como se avanzó, en esta fase, la lógica parece ser la de conti-

²⁹ Así, en la fase de convenio, el art. 100.2 de la Ley indica que «también podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes

nidad de la empresa en manos del deudor. Además, y siguiendo con esta lógica, parece darse prioridad a la transmisión *parcial* de la empresa. Junto a ello, la Ley impone que, en su caso, las proposiciones de enajenación incluyan la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o de las unidades productivas a las que afecte, de modo que el adquirente no puede «cerrar» la empresa a continuación de su adquisición. En suma, pues, en la fase de convenio, y pese a que la finalidad básica de la Ley concursal no es la de conservación de la empresa, se prima la continuidad de la actividad empresarial en manos del deudor o, en su defecto, mediante un convenio de cesión que impone al cesionario tal continuidad. Sin embargo, repárese en que no se impone expresamente al cesionario la continuidad de los puestos de trabajo.

Con todo, la ley deja sin resolver diversos aspectos que, a nuestros efectos, resultan fundamentales. En efecto, no se indica ni cuál es el régimen jurídico aplicable en punto a las deudas anteriores del empresario transmisor, ni si los trabajadores afectados por la cesión van a mantener las mismas condiciones laborales de las que disfrutaban, ni qué régimen jurídico resultará de aplicación si se pretende modificar, suspender o extinguir esas relaciones laborales en el marco de un convenio en el que se acuerda la transmisión parcial o total de la empresa.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, entendemos que, habida cuenta de que deberá alcanzarse un acuerdo sobre las deudas pendientes, es lo cierto que nada impedirá que se pacte que el adquirente no asuma las deudas anteriores ni que se considere responsable solidario, pues la Ley Concursal es *lex specialis* en este caso y no limita la libertad de las partes del convenio en este punto³⁰.

Tampoco la Ley Concursal excluye la posibilidad de que, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, previa la transmisión o con ocasión de la transmisión, se proceda a una modificación, suspensión o despido colectivos siguiendo a tal efecto las reglas previstas en el art. 64 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud es el juez de lo

y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores». Véase sobre el particular, DEL REY GUANTER, S., LUQUE PARRA, M.: «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24/2003, págs. 145 y ss.

³⁰ En este sentido, DEL REY GUANTER, S.-LUQUE PARRA, M.: «La transmisión...», cit., pág. 153.

mercantil el que, a falta de acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, podrá decidir discrecionalmente sobre la oportunidad de tales medidas. Téngase en cuenta a este respecto que, como se avanzó, la Ley Concursal no impone al cesionario la continuidad de los puestos de trabajo, planteándose la duda de si es válida una extinción colectiva de contratos de trabajo con ocasión de la transmisión cuando, posteriormente, el empresario cesionario contrata a nuevos trabajadores para continuar la actividad.

Por otra parte, y pese a que la Ley Concursal no prevé expresamente tal posibilidad, nada impide que el cesionario y los representantes de los trabajadores suscriban acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, amparándose a tal fin en lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44 ET.

En la fase de liquidación, en cambio, se prevén dos regímenes jurídicos diferenciados. Así, por una lado, el art. 148.1 de la Ley Concursal, de conformidad con el cual dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, ésta presentará al juez «un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos»³¹.

En este caso, a diferencia de la fase de convenio, se alude a la enajenación unitaria o total de la empresa y al adquirente ya no se le exige ni siquiera la continuidad de la actividad empresarial, esto es, no impone la Ley que se prioricen las ofertas que pretendan dicha continuidad. Además, a diferencia también del supuesto anteriormente analizado, se expresa claramente que es posible la extinción, suspensión y modificación colectiva de contratos siguiendo a tales efectos lo dispuesto en el art. 64, que, como se avanzó, otorga al juez mercantil la última palabra en cuanto a la decisión extintiva, suspensiva o modificativa.

Con todo, la Ley Concursal prevé un régimen supletorio —propuesta supletoria— para los casos en que fracase la propuesta principal, esto es, no llegue a aprobarse un plan de liquidación o, de aprobarse, para todo aquello que no hubiere previsto el aprobado. Dichas reglas supletorias, que regirán las operaciones de liquidación, se recogen en el art. 149 Ley Concursal³².

³¹ Asimismo el art. 148.4 señala que «4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley».

³² De conformidad con el referido precepto, deben destacarse las siguientes medidas: «1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades producti-

Del citado precepto se infiere que, en cuanto derecho supletorio, se prioriza tanto la transmisión total de la empresa como las ofertas de compra que garanticen la continuidad de la empresa o de las unidades productivas autónomas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En este caso, sí se alude expresamente a que el compromiso de continuidad del adquirente alcanza al mantenimiento de los puestos de trabajo. Con todo, aunque este tipo de ofertas tendrán carácter preferente, no queda totalmente excluida la posibilidad de aceptar ofertas de compra en sentido contrario.

En esta fase el legislador concursal sí se refiere expresamente a la posible existencia de una sucesión de empresa cuando la liquidación de la misma suponga la enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas, indicando que, en tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA. De la misma manera, la ley prevé que, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

vas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

2.^a En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley.

3.^a (...) En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.^a del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorias, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo».

Sea como fuere, lo decisivo es que el régimen de la transmisión de empresa no presenta el mismo alcance en uno u otro supuesto de solución del concurso y que, como regla general, no se aplica el régimen jurídico del art. 44 ET, al menos en toda su extensión, cuando nos situamos ante supuestos de insolvencia, entendida ésta como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones.

De ahí, pues, que pueda sostenerse que el legislador español se ha acogido a las excepciones previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE en los supuestos de convenio y liquidación, respectivamente. Pese a todo, hay que reconocer que, a efectos prácticos, la nueva regulación puede interpretarse en clave más protectora que la hasta fechas recientes vigente. Ciertamente, las decisiones sobre extinción, suspensión, modificación y transmisión de la empresa se van a adoptar de forma integral en el marco de un único procedimiento dentro del que se va a priorizar la continuidad de la actividad empresarial respecto de aquellas empresas que se consideren total o parcialmente viables, pese a que el régimen jurídico del art. 44 ET podrá verse fuertemente modalizado por la posibilidad de extinguir, suspender y/o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores, y limitar o excluir la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas del anterior.

En cambio, la regulación anterior no priorizaba la continuidad de la actividad empresarial en los casos de declaración de quiebra, de modo que si los síndicos acordaban la no continuidad, era posible acudir a un ERE, y, únicamente en caso de venta judicial de una entidad económica, se aplicaba el régimen jurídico del art. 44 ET con la salvedad de que el nuevo adquirente podía proceder a un ERE si decidía no continuar o suspender la actividad del anterior. Cierto es que, de producirse la continuidad de la actividad empresarial, en principio, no cabía acudir sin más —por el mero hecho de la transmisión— a medidas modificativas, extintivas o suspensivas, mas no es menos cierto que tal régimen —más rígido— producía un contraefecto negativo como es la penalización de la continuidad de la empresa. Tratándose de supuestos menos graves —suspensión de pagos—, la normativa anterior no contemplaba una regulación específica, debiendo acudirse, en su caso, a lo dispuesto con carácter general en el art. 51 ET si es que la solución a la situación empresarial pasaba por la extinción de contratos. De este modo, en ambos casos, si tras la aprobación del ERE, algunos o todos los trabajadores afectados por el mismo decidían constituir una SAL y proseguir la totalidad o parte de la actividad empresarial, se aplicaba igualmente sin matices lo dispuesto en el art. 44 ET. Ante ello, como se ha visto, la jurisprudencia reaccionó efectuando una interpretación finalista de tal precepto legal.

Retomando en este punto la cuestión principal que nos ocupa, esto es, determinar la corrección de la previsión introducida en el art. 104 LGSS, en

cuya virtud se entenderá que existe sucesión de empresa aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior, cabe empezar señalando que resulta obvio que tal modificación normativa responde a la voluntad del legislador de zanjar la línea jurisprudencial favorable a la inaplicabilidad o aplicabilidad excepcional del régimen del art. 44 ET a tales supuestos, en base a una interpretación finalista de la garantía prevista en tal precepto legal. Al margen de que ello nos pueda parecer reprochable desde una perspectiva social, no puede negarse que la ley tiene, en principio, competencia para corregir tal criterio jurisprudencial. Sin embargo, más dudosa resulta la posibilidad de que esa ley obvie la nueva regulación que se deriva de otra ley —la Ley Concursal—, que resulta ser ley especial por lo que se refiere al instituto de la transmisión de empresa en los supuestos de insolvencia empresarial.

Y es que, constante doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha venido considerando que el concepto *laboral* de transmisión de empresa es el que resulta aplicable al ámbito de la Seguridad Social³³, sin que quepa manejar un concepto autónomo desligado del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE, y ahora también de la Ley Concursal. Del mismo modo, el art. 10.1 RD 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema, confirma la traslación del concepto «laboral» de transmisión de empresa al ámbito que nos ocupa³⁴. Consiguientemente, el LGSS no puede considerar existente una sucesión de empresa, de forma automática y sin matizaciones, en un supuesto en que «laboralmente» sería dudosa su calificación como tal, no sólo porque siempre será preciso acreditar que se ha transmitido una «entidad económica», sino también porque la aplicación del régimen jurídico del art. 44 ET dependerá en cada caso de la solución concreta que se dé al procedimiento concursal.

Todo ello evidencia que, en definitiva, el régimen especial de responsabilidad a efectos de Seguridad Social previsto en los arts. 104 y 127 LGSS no pretende tanto la protección de los intereses de los trabajadores como la

³³ Por todas, STS de 28 de octubre de 1997, RJ 1997/7085: «fijada dicha sucesión por la jurisdicción laboral, no puede ser desconocida en este orden contencioso-administrativo, y una vez establecido, por tanto, el vínculo entre ambas empresas, tal decisión fijada por el orden jurisdiccional laboral que le es propio, incide necesariamente en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

³⁴ En efecto, el referido precepto reglamentario nos indica que «tal responsabilidad no es exigible a los adquirentes de elementos aislados de la explotación, industria o negocio respectivo, salvo que las adquisiciones aisladas, realizadas por una o varias personas, permitan la continuación de la explotación, industria o negocio».



protección del patrimonio de la Seguridad Social. Finalidad que se ha llevado demasiado lejos por la LDE al no tomar en consideración la particular situación de las SAL y la necesidad de no gravar en exceso las iniciativas tendentes al mantenimiento de la empresa, máxime cuando son los propios trabajadores afectados por la crisis empresarial los que apuestan por su continuidad.