

# DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO

ELENA DESDENTADO DAROCA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*  
Universidad de Castilla-La Mancha

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Concurso, descentralización, transmisión de empresas**

El presente trabajo aborda los problemas que plantea la descentralización productiva, la sucesión de empresa y los grupos de sociedades cuando alguna de las empresas afectadas es declarada en concurso de acreedores. En la descentralización productiva se trata fundamentalmente de cuestiones de orden procesal: las acciones de responsabilidad se escinden y ello requiere medidas específicas de coordinación, especialmente en la fase de ejecución. En la sucesión de empresa y en los grupos de sociedades, aparte de estas exigencias de coordinación, hay que tener en cuenta la regulación específica prevista en la Ley Concursal. Los cambios introducidos por esta ley son, sin embargo, insuficientes. La regulación de los grupos de sociedades se limita a prever, en ciertos supuestos, la declaración conjunta de concurso y la acumulación, pero en términos muy restrictivos. Por su parte, la regulación de la transmisión de empresas ha resultado ser excesivamente tímida. No se ha logrado resolver los problemas que plantea la venta de la empresa en el marco del concurso, limitándose el legislador, en esta materia, a establecer ciertas medidas de moderación en la responsabilidad del adquirente.

## ABSTRACT

**Key Words: Creditors' meeting, decentralization, bankruptcy or insolvency laws**

The present work deals with problems that are directly derived from the productive decentralization, such as selling the business to new owners, and society groups when one of the companies is declared under the Administration order or in bankruptcy or insolvency. The productive decentralization deals with the fundamental questions of insolvency Laws: the actions of responsibility are forgotten and this requires some specific coordination measures, especially in the execution phase. In companies succession or when the business is being sold and in society groups, apart from these coordination exigencies, we need to take into account the specific regulation on Business Law (Ley Concursal in Spanish legislation, Law of 22/2003 July 9th). The changes though, introduced by this Law are insufficient. The regulation of society groups only limits to foresee, in certain cases, the declaration as a whole of insolvency and capital accumulation under very restricted terms. The regulation for 'company's transference' or selling companies to other owners has been quite conservative. And the regulation does not solve the problems aroused while a company is on sale in a Administration framework, and the legislator in this field needs to establish certain moderation measures and responsibility.

## ÍNDICE

- I. PANORAMA GENERAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES LABORALES EN LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES
  - 1.1. El régimen de responsabilidad en la descentralización productiva
  - 1.2. La cesión de trabajadores y el régimen derivado del art. 43 ET
  - 1.3. La transmisión de empresa y sus efectos
  - 1.4. La responsabilidad en los grupos de sociedades
2. PARTICULARIDADES DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LA SUCESIÓN DE EMPRESAS Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO
  - 2.1. Descentralización productiva y cesión de trabajadores. Remisión
  - 2.2. La regulación específica de los grupos de sociedades en el concurso
  - 2.3. La transmisión de empresas en la Ley Concursal
3. PROBLEMAS PROCESALES. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ SOCIAL Y EL MERCANTIL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN CASO DE CONCURSO
  - 3.1. El esquema general de distribución de competencias previsto en la Ley Concursal
  - 3.2. La responsabilidad solidaria y el concurso de acreedores. Problemas de coordinación competencial

## 1. INTRODUCCIÓN. PANORAMA GENERAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES LABORALES EN EL MARCO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, SUCESIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES

El objeto de este trabajo es el estudio de los problemas específicos que pueden plantear en el concurso la descentralización productiva, la transmisión de empresa y los grupos de sociedades. Primero se va a exponer un panorama general, muy esquemático, del régimen de responsabilidades que se producen en el ámbito laboral como consecuencia de estos fenómenos de coordinación empresarial. Después se examinarán las normas específicas que, sobre estos supuestos, aparecen en la Ley Concursal. En tercer lugar, se hará una referencia, muy breve también, a la delimitación de competencias entre el juez social y el juez mercantil en los litigios que afectan a empresas en concurso. Y, sobre estas bases, se analizarán los problemas que pueden producirse en el ámbito procesal en relación con las responsabilidades compartidas que surgen como consecuencia de la descentralización productiva, la sucesión y los grupos de empresa, cuando alguno de los responsables se encuentra en concurso.

### 1.1. El régimen de responsabilidad en la descentralización productiva

En la descentralización productiva el precepto básico es el art. 42 ET que, entre otros aspectos a los que ahora no se puede hacer referencia, dispone que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras

o servicios correspondientes a su propia actividad responderán solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social que, durante el período de la contrata, hayan podido contraer los empresarios contratistas. Se trata de un régimen de responsabilidad severo. Pero, ¿qué manifestaciones de descentralización productiva están sometidas a este régimen de responsabilidad y cuáles escapan del precepto para desarrollarse libremente?

La delimitación de los supuestos incluidos en el art. 42 ET no es, en absoluto, una tarea fácil. No obstante, de su lectura se puede extraer una primera conclusión: el legislador no ha pretendido someter al art. 42 ET todas las manifestaciones de descentralización lícita. Muy al contrario, sólo están incluidas en este precepto las que cumplan tres exigencias: 1) debe tratarse de colaboraciones entre empresarios; 2) estas colaboraciones, además, se deben instrumentar a través de un determinado tipo de negocio jurídico (las contratas y subcontratas de obras y servicios) y 3) el servicio u obra contratado debe referirse a la propia actividad de la empresa que contrata. Todas las descentralizaciones que no reúnan estos tres elementos serán descentralizaciones libres.

Veamos la primera exigencia: el supuesto del art. 42 ET parte de una contratación entre empresarios, lo que significa que cuando no se trata de colaboraciones entre empresas no juega este precepto. En el concepto de empresario se debe incluir la Administración Pública en la medida en que actúe como empresario laboral<sup>1</sup>.

La segunda exigencia opera ya en el plano negocial: la descentralización debe realizarse a través de un determinado negocio jurídico, la contrata o subcontrata. Pero, ¿a qué se refiere el legislador con el término “contrata o subcontrata”? Se trata de una terminología vulgar, que procede del argot de la construcción y que no tiene una traducción jurídica precisa. En todo caso, es pacífico en la doctrina, tanto judicial como científica, que con el término contrata el legislador se está refiriendo a los contratos de ejecución de obra y de arrendamiento de servicios. Se trata, pues, de negocios cuyo objeto son obligaciones de hacer y no de dar. Quedan excluidos, por tanto, los contratos de compraventa y suministro, una exclusión que es, además, lógica, pues, en realidad, este tipo de contratos no suponen ninguna manifestación de descentralización productiva. Se trata, simplemente, de relaciones comerciales comunes entre empresarios.

Pero dentro de los contratos que tienen como objeto obligaciones de hacer hay que precisar algo más. La concepción clásica de contrata se limitaba a los contratos de ejecución de obra. Posteriormente este concepto restringido se amplió para incluir a las prestaciones de servicios. Las contratas de servicios tradicionales eran las de limpieza, seguridad y transporte. En la actualidad, sin embargo, han surgido otras formas más modernas de prestación de servicios

<sup>1</sup> STS 12.12.2007 (RJ 1781/2008).

entre empresas: el *outsourcing* informático, el *engeeniering*, la colaboración financiera y gestión de cobros, el *marketing*, el *merchandising* y un largo etcétera. El gran interrogante es: ¿se incluyen todas las prestaciones de servicios en el concepto de contrata a que se refiere el art. 42 ET?

Para responder a esta cuestión es útil distinguir dos tipos de prestaciones: prestaciones “hacia dentro” y prestaciones “hacia fuera”. Las prestaciones hacia dentro son aquellas que ayudan a completar el ciclo productivo del empresario comitente. Por el contrario, en las prestaciones “hacia fuera”, el empresario, que ya ha completado ese ciclo productivo y ha conseguido obtener el resultado esperado, busca la forma de dar salida a sus bienes o servicios. Son las prestaciones típicas de los contratos de distribución. Pues bien, una posible solución es entender que el art. 42 ET tan sólo se refiere a las prestaciones hacia dentro. Si se acepta esta interpretación quedarían fuera del ámbito de aplicación de este precepto todas las modalidades contractuales de distribución comercial: contrato de agencia, concesión comercial y franquicias.

Ya hemos delimitado el negocio jurídico al que se refiere el art. 42 ET. Pero el campo de aplicación de este precepto se reduce todavía más con una tercera exigencia que se aplica al objeto de ese negocio jurídico: la obra o servicio contratado debe corresponder a la propia actividad de la empresa comitente. Se trata de un requisito ciertamente oscuro, que ha dado lugar, básicamente, a dos interpretaciones. Una amplia, de acuerdo con la cual estarían incluidas dentro del concepto de “propia actividad” todas aquellas tareas que resulten necesarias para alcanzar los objetivos empresariales del comitente, aunque no formen parte del ciclo productivo de la empresa (limpieza, seguridad, contabilidad, gestión de recursos humanos...). Y una segunda interpretación mucho más estricta, que tan sólo admite como “propia actividad” aquellas operaciones inherentes al proceso productivo de la empresa comitente. De acuerdo con este segundo criterio quedarían fuera del art. 42 ET todas las tareas que, aunque necesarias para el funcionamiento normal de la empresa, no forman parte del estricto ciclo productivo. La jurisprudencia, tras algunas vacilaciones, ha adoptado el criterio de la actividad inherente al proceso productivo. Esta doctrina puede considerarse actualmente consolidada<sup>2</sup>.

Una vez delimitado el supuesto de hecho previsto en el art. 42 ET, pasemos brevemente a analizar las consecuencias de su aplicación. Este precepto impone la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social del contratista y subcontratista. Un estudio de este régimen de responsabilidad exige analizar cuál es su alcance subjetivo, objetivo y temporal.

<sup>2</sup> La doctrina arranca con la STS de 18 de enero de 1995 (RJ 514/1995). En la misma línea, vid. SSTS de 24.11.1998 (RJ 10034/1998); 22.12.2002 (RJ 510/2003); 20.6.2005 (rec. 2760/2004); 23.1.2008 (2775/2008); 24.6.2008 (4233/2008) y 3.10.2008 (JUR 359050/2008).

La letra de la ley ha sido bastante confusa a la hora de deslindar subjetivamente el alcance de la responsabilidad. La norma, en la redacción introducida por la Ley 12/2001<sup>3</sup>, se limita a indicar que el empresario principal debe responder solidariamente de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas. Esta falta de precisión suscita problemas en las contratas en cadena, donde se pueden defender dos soluciones distintas: una responsabilidad “general” o “ascendente”, que se proyectaría sobre toda la cadena de contratas y subcontratas que ligan al empresario principal con sus contratistas, o una responsabilidad “limitada” o “bipolar”, que se circunscribiría a la relación que une a cada principal con su contratista. La Sala IV del Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la generalización de la responsabilidad<sup>4</sup>. En todo caso, hay que tener en cuenta que en las obligaciones de Seguridad Social el empresario principal puede evitar la responsabilidad solidaria solicitando el certificado de descubiertos a la TGSS. Si este certificado es negativo o no se expide por la Administración en plazo el empresario principal no será responsable solidario de las obligaciones de Seguridad Social de la contratista. Ya veremos que, en estos casos, el empresario seguirá siendo responsable, aunque con carácter subsidiario.

Pasando al plano objetivo, la responsabilidad solidaria se encuentra con un límite importante en el ámbito laboral, pues sólo afecta a las obligaciones que tienen naturaleza salarial. Quedan incluidos en la protección los distintos conceptos salariales y excluidos los que no tienen esa naturaleza conforme al art. 26.2 ET. El problema se ha planteado a la hora de determinar la naturaleza salarial o no de algunos conceptos, especialmente en relación con los salarios de tramitación. En 1994 el Tribunal Supremo los asimiló al salario<sup>5</sup>, pero, poco después<sup>6</sup>, la Sala IV, volviendo a la doctrina tradicional, ha afirmado su carácter indemnizatorio y su exclusión del ámbito de la responsabilidad del empresario principal, argumentando que estos “salarios de tramitación” no son retribución del trabajo prestado, sino compensación por la ausencia de trabajo

<sup>3</sup> Antes se refería sólo a la responsabilidad de los subcontratistas (en realidad, de contratistas), por lo que resultaba más coherente entender que la responsabilidad estaba limitada a cada escalón de la cadena: cada principal con su contratista. La redacción actual parece contemplar varios escalones de la responsabilidad del principal: principal-contratista; principal-subcontratista; aparte de la que se produce en cada escalón, pues cada contratista que subcontrata es también principal de su contratista.

<sup>4</sup> STS de 9 de julio de 2002 (RJ 10538/2002). Resulta interesante detenerse en el supuesto decidido. Se trata de una obra encargada por el Teatro del Liceo. El primer contratista era una UTE formada por Dragados y OSHA, el primer subcontratista era la empresa Auxiliar de Construcciones, que a su vez contrata con la empleadora directa del trabajador, la empresa Alex. Resultan condenadas todas menos el Teatro Liceo, que no había sido demandado. Hay, por tanto, responsabilidad por toda la cadena y dentro de cada eslabón.

<sup>5</sup> STS 7.7.1994 (RJ 1994/2057).

<sup>6</sup> STS 14.7.1998 (RJ 1998/8544).

y de su correspondiente retribución<sup>7</sup>. Solución distinta se ha aplicado a otro concepto controvertido, la compensación dineraria de la falta de disfrute de las vacaciones, que se ha asimilado al salario<sup>8</sup>.

En materia de Seguridad Social la responsabilidad alcanza tanto a las obligaciones de cotización como a las prestaciones. Quedan excluidas, no sin alguna duda, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo para la responsabilidad solidaria del art. 42 ET<sup>9</sup> y así se desprende también del art. 127.1 de la LGSS para la responsabilidad subsidiaria<sup>10</sup>. También se excluye el recargo de prestaciones<sup>11</sup>, que no es una prestación de Seguridad Social, sino una indemnización con un cierto alcance punitivo<sup>12</sup>. Por otra parte, hay que entender que las obligaciones a las que se refiere la ley son tanto las contraídas con la Administración de la Seguridad Social como con el beneficiario<sup>13</sup>.

La responsabilidad solidaria del art. 42 ET tiene un límite temporal, en la medida en que la misma se extiende exclusivamente al periodo de vigencia de la contrata (art. 42.2 ET). Este límite opera con independencia del plazo para formular la reclamación, que, según el precepto, es de un año contado desde la terminación del encargo. Se trata de una regla especial de prescripción que

<sup>7</sup> En el mismo sentido, SSTS 10 julio 2000 (RJ 2000/7175); 2.10.2000 (RJ 2000/8351); 16.12.2000 (RJ 2001/1880) y 26.12.2006 (RJ 2006/5489).

<sup>8</sup> SSTS 23.12.2004 (RJ 2004/1062); 9.3.2005 (RJ 2005/3499); 23.12.2006 (RJ 2006/924); y 24.4.2006 (RJ 2006/5864). Queda pendiente de resolver otro concepto polémico -el interés por mora en el pago de salario- respecto al que se aprecia falta de contradicción en la STS 23.12.2004 (RJ 2004/4964).

<sup>9</sup> SSTS 19.5.1998 (RJ 1998/4730); 16.9.1999 (RJ 1999/7226); 14.2.2000 (RJ 2000/2036); y 22.12.2000 (RJ 2001/1873). En contra de la exclusión de las mejoras vid., por todos, Montoya Medina (Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 229 a 241) y Molero Marañón (La descentralización productiva en la unificación de doctrina, La Ley, Madrid, 2003, pp. 195 a 207).

<sup>10</sup> El art. 127.1 LGSS prevé que la responsabilidad del empresario principal opera cuando el contratista es declarado responsable de la prestación conforme al art. 126 LGSS, responsabilidad que sólo es aplicable para las prestaciones de Seguridad Social.

<sup>11</sup> El recargo puede entrar, sin embargo, en la responsabilidad de la empresa principal, pero no por la vía de las obligaciones de Seguridad Social, sino por la de la prevención de riesgos laborales. Vid. Molero Marañón, La descentralización productiva en la unificación de doctrina, cit., pp. 207 a 222.

<sup>12</sup> SSTS<sup>4</sup> 8.3.1993 (RJ 1993/1714); 16.11.1993 (RJ 1993/9069); 7.2.1994 (RJ 1994/809); 9.2.1994 (RJ 1994/820); 23.3.1994 (RJ 1994/2627); y 22.4.2004 (RJ 2004/4391). Dice esta última que el recargo de prestaciones “no es una prestación de la Seguridad Social, sino un incremento a cargo del empresario, que no se incluye en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque tome como módulo de cálculo el importe de la prestación”.

<sup>13</sup> Desde la perspectiva de una norma que lo que pretende garantizar es la efectividad de los derechos de los trabajadores en los supuestos de descentralización productiva no tendría sentido establecer una garantía limitada sólo para los créditos de los organismos gestores de la Seguridad Social, dejando fuera la protección de los beneficiarios, que es la finalidad última y esencial de un sistema público de cobertura.

plantea un problema de coordinación con los plazos de prescripción de los derechos laborales del art. 59 ET. Lo más razonable será entender que existen dos plazos de prescripción: el inherente al derecho y el que afecta a la posibilidad de exigirlo frente al empresario principal.

Queda ya únicamente por examinar el tipo de responsabilidad que se establece para el empresario principal. Se trata, como sabemos, de una responsabilidad solidaria. Ahora bien, es importante precisar que esta responsabilidad es por deuda ajena, pues el vínculo obligatorio con los trabajadores lo tiene únicamente el contratista. El empleador es éste y no el principal. El empresario comitente tan sólo responde del incumplimiento del contratista. Por ello, el contenido de su responsabilidad es simplemente indemnizatorio del interés del acreedor, como una especie de fianza *ex lege*<sup>14</sup>. En las relaciones internas entre los empresarios es lógico que el principal pueda regresar contra el contratista exigiendo el reembolso de todo lo abonado al trabajador, al igual que sucede con el fiador *ex art. 1838 CC*.

Las contrataciones que no son de la propia actividad se desarrollan libremente en el ámbito laboral. Pero en materia de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales existen normas especiales de responsabilidad para los supuestos de descentralización productiva<sup>15</sup>.

El régimen de responsabilidad especial en materia de Seguridad Social se prevé en los arts. 15, 104 y 127 de la LGSS. El art. 15, relativo a la cotización, después de establecer la responsabilidad de las personas a quienes las normas aplicables impongan directamente la obligación de cotizar, dispone que también responderán de forma subsidiaria, solidaria o como sucesores los que lo sean “en aplicación de cualquier norma con rango de ley”<sup>16</sup>. Se trata, por tanto, de una norma de mera remisión con alcance para todo el Sistema. Para el Ré-

<sup>14</sup> En este sentido, STS de 20 de septiembre de 2007.

<sup>15</sup> También deben tenerse en cuenta las garantías específicas que en materia de descentralización productiva se han introducido en el sector de la construcción a través de la Ley 32/2006 y del RD 1109/2007. Esta nueva normativa no supone un cambio significativo en materia de responsabilidad en el marco de la descentralización productiva. La única medida que tiene relevancia en esta materia es la que se establece en el art. 5 de la Ley 32/2006, que limita el encadenamiento de contrataciones. De acuerdo con este precepto, con carácter general sólo pueden producirse tres niveles de subcontratación, comenzando a contar desde el primer contratista, con lo que queda excluido el primer eslabón entre el promotor y el contratista. Pues bien, el art. 7.2 de la Ley dispone que el incumplimiento de los límites de subcontratación del art. 5 determina la responsabilidad solidaria del contratista y del subcontratista en las obligaciones laborales y de Seguridad Social del subcontratista responsable del incumplimiento, cualquiera que fuera la actividad de las empresas. De esta forma se amplía, para estos supuestos de incumplimientos de la cadena de contrataciones, el régimen de responsabilidad previsto en el art. 42 ET: primero, porque se aplicará no sólo a las contrataciones de la propia actividad sino, en general, a todas; y segundo, porque la responsabilidad se extiende a todas las obligaciones laborales, no sólo a las de carácter salarial.

<sup>16</sup> Redacción de la Ley 52/2003.

gimen General hay una regulación más concreta que, también en materia de cotización, se contiene en la segunda norma citada: el art. 104.1.2º LGSS. De acuerdo con este precepto del pago de las cotizaciones “responderán ( ) solidaria, subsidiariamente o por *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los arts. 15 y 127.1 y 2 de esta ley”<sup>17</sup>. En este último artículo, que afecta a la acción protectora, la regulación acaba de perfilarse en su número 1. Éste prevé que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del ET para las contratatas y subcontratatas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”<sup>18</sup>.

La responsabilidad subsidiaria se extiende a todas las contratatas<sup>19</sup>. La única excepción que se prevé son las reparaciones que pueda contratar un amo de casa en relación con su vivienda<sup>20</sup>. Esta excepción resulta mucho más restrictiva que la dispuesta en el art. 42 ET, que, como se vio, alcanza también a todo comitente que no tenga la condición de empresario. Además, la responsabilidad no puede excluirse mediante el control previo de la situación del contratista. El certificado de descubiertos no tiene aquí el efecto que puede tener en el régimen del art. 42 ET: se puede contratar con un empresario que está en regla en el momento de la suscripción de la contrata y responder de un incumplimiento que se produce durante la vigencia de ésta.

En el plano objetivo la responsabilidad subsidiaria coincide con la solidaria del art. 42 ET. Su alcance, además, está acotado por la vigencia de la contrata. Es cierto que los artículos 104 y 127 de la LGSS no prevén esta limitación temporal de forma expresa, al contrario que el art. 42 ET, pero se deduce claramente de la propia naturaleza de la institución, pues carece de

<sup>17</sup> Redacción de la Ley 52/2003.

<sup>18</sup> Estas normas se completan con las reglas de procedimiento que se contienen en los arts. 12, 13 y 15 del Reglamento de Recaudación de Recursos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 1415/2004. La confusión inicial creada por el Reglamento aprobado por el RD 1637/1995 -que refería también la responsabilidad subsidiaria a las contratatas de la propia actividad- fue superada por la modificación del RD 1426/1997. Sobre esta confusión vid. Llano Sánchez, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

<sup>19</sup> Pero sólo a las contratatas. Es aplicable aquí todo lo que en su momento se dijo sobre el límite que deriva del tipo negocial. Por tanto, no quedan afectados por el régimen de responsabilidad en materia de Seguridad Social aquellos contratos que no puedan calificarse como contratatas: contratos de compraventa y suministro, y todas las modalidades contractuales de distribución comercial (contrato de agencia, concesión comercial y franquicias).

<sup>20</sup> Se amplía, así, de manera desproporcionada, el ámbito de aplicación de estos preceptos, incluyendo a comitentes que no tienen la condición de empresarios. Vid. sobre el particular Llano Sánchez, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

sentido hacer responsable al comitente de hechos acontecidos antes o después de ese período.

Al tener naturaleza subsidiaria, la responsabilidad únicamente opera cuando ha existido una previa declaración de insolvencia del contratista (art. 127 LGSS y art. 14 RGRSS) y, al igual que en la responsabilidad solidaria del art. 42 ET, también en este caso hay acción de reintegro del empresario principal frente al contratista.

La existencia de dos regímenes de responsabilidad en materia de Seguridad Social para los fenómenos de descentralización productiva plantea la necesidad de su coordinación a la hora de aplicar las normas correspondientes. Esta coordinación se resuelve mediante la concurrencia parcialmente acumulativa, en virtud de la cual el art. 42 ET se aplica sólo a las contrataciones de la propia actividad, pero el régimen de la LGSS se aplica tanto a las contrataciones que no son de la propia actividad, como a las que se refieren a la propia actividad cuando éstas quedan excluidas de la regulación del art. 42 ET<sup>21</sup>. Así, la responsabilidad solidaria del art. 42 ET no absorbe el régimen de responsabilidad subsidiaria previsto en la LGSS. De esta forma, en el caso de las contrataciones de la propia actividad la empresa principal responde de las deudas de Seguridad Social por dos vías: en primer lugar, solidariamente por la vía del art. 42 ET; pero, en segundo lugar, si escapa a esta responsabilidad -por la existencia de una certificación negativa, por la no expedición en plazo del certificado o por el transcurso del plazo de un año después de terminada la contrata- responderá subsidiariamente de acuerdo con el régimen común. Esta interpretación es la que se ha impuesto tanto en la doctrina científica<sup>22</sup>, como en la judicial<sup>23</sup>

En materia de prevención de riesgos laborales también es aplicable un régimen de responsabilidad especial. Este régimen no está incluido en el art. 42 del ET, que se refiere únicamente a las obligaciones salariales y a las de Seguridad Social, y tampoco en la regulación de la LGSS. El precepto básico en esta materia es el art. 42.1 de la LPRL, a tenor del cual “el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención por riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento”. Como puede observarse, el precepto no se refiere de forma específica a la responsabilidad de la empresa principal y aunque el art. 42.3 de la LISOS sí lo hace hay que tener en cuenta que tiene un ámbito de aplicación reducido exclusivamente a las sanciones administrativas.

<sup>21</sup> Martínez Emperador, *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980, pp. 36 y 37.

<sup>22</sup> Vid., para un panorama general, Llano Sánchez (*op. cit.*, pp. 276 a 282) y Montoya Medina (*op. cit.*, pp. 302 a 306).

<sup>23</sup> STS3ª 6.7.2005 (RJ 2005/9535).

¿Qué ocurre, entonces, con las responsabilidades de carácter resarcitorio? ¿No hay responsabilidad de la empresa principal?

La jurisprudencia<sup>24</sup> ha dado solución a esta laguna legal. De los daños producidos como consecuencia de una infracción de las medidas de seguridad e higiene debe responder el empresario infractor. Ahora bien, a la hora de determinar quién tiene esta condición, se admite que pueda serlo tanto el empresario directo del trabajador accidentado, como la empresa principal en cuyo ámbito se ejecuta la prestación de trabajo. Y en este sentido poco importa si la contrata es o no es de la propia actividad; el empresario principal responderá siempre que haya incumplido con sus obligaciones de prevención de riesgos. Además en estos casos responderá también el contratista o subcontratista que sea empresario directo, pues está siempre obligado a impedir que sus trabajadores presten servicios en condiciones que no son las correctas.

La responsabilidad del empresario principal es una responsabilidad directa como agente infractor al margen de su relación con el empleador del trabajador accidentado y al margen también de la relación laboral, por lo que entramos en el marco de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC<sup>25</sup>. La responsabilidad se deriva del incumplimiento de un deber de seguridad ante una persona que no tiene ningún vínculo contractual con el agente productor del daño. Esta conclusión plantea problemas a la hora de determinar el carácter antijurídico del daño<sup>26</sup>. El problema surge porque si estamos ante una responsabilidad extracontractual ya no serían en principio aplicables las obligaciones de prevención que la LPRL define y construye en el marco de la relación laboral como obligaciones de este carácter. ¿Cuáles son las obligaciones de seguridad de un empresario frente a quien trabaja en su centro de trabajo pero no es un trabajador a su servicio? La LPRL no aclara esta cuestión: establece en atención a esta condición determinadas obligaciones de coordinación, información, instrucciones y vigilancia, pero no aborda directamente con carácter general este problema. Falta una norma que establezca que el empresario en cuyo centro presten servicios trabajadores empleados por otro empresario responderá frente a estos trabajadores del cumplimiento de las obligaciones de seguridad que se refieran a las instalaciones y los medios de trabajo que están bajo el control del titular del centro. Esa norma la ha formulado la doctrina jurisprudencial a partir del art. 1902 CC. Sin embargo, no es posible mantenerse en ese plano general y en la práctica habrá que determinar qué deberes de seguridad tiene el empresario titular del centro frente a los trabajadores “externos”, lo que dependerá de si la medida de prevención queda o no incluida en su esfera de control.

<sup>24</sup> A partir de la STS 18.4.1992 (RJ 1992/4849).

<sup>25</sup> Vid. en este sentido la STS1ª 23.10.2006 (RJ 2006/8929).

<sup>26</sup> Sobre el debate en la doctrina civilista en relación con la exigencia del carácter antijurídico del daño, vid. E. Roca, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 89 y 90.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo han ido más lejos y fundan la responsabilidad del empresario principal no en una infracción directa por él de las medidas de seguridad sino en una infracción indirecta por incumplimiento de la obligación de vigilancia del art. 24.3 LPRL, lo que plantea más dudas<sup>27</sup>.

## 1.2. La cesión de trabajadores y el régimen derivado del art. 43 ET

La cesión de trabajadores es un fenómeno interpositorio. En la relación laboral, el empresario formal aparece entre el trabajador y el empresario real, para ocultar a éste. Su objetivo es suministrar trabajadores, lo que normalmente va acompañado de una degradación de garantías y del estatuto profesional del trabajador cedido, aunque esta circunstancia no es necesaria.

La definición legal es muy imperfecta porque tan sólo se refiere a la “contratación de trabajadores *para cederlos temporalmente* a otra empresa”. Hay dos elementos que no son correctos, porque el fenómeno interpositorio prohibido existe aunque el trabajador no sea contratado para cederlo; basta simplemente que se ceda, aunque hubiera sido contratado con la finalidad de que preste servicios para la empresa cedente. En segundo lugar, tampoco la prohibición queda limitada a las cesiones temporales; incluye, por supuesto, las cesiones permanentes. Además, falta en la definición legal un elemento decisivo para la interposición, al que sí aludía la legislación anterior: la no incorporación del trabajador cedido a la plantilla de la empresa cesionaria, que es el dato que produce el ocultamiento de la posición del empresario real. Este dato es el que permite distinguir la cesión de trabajadores interpositoria, es decir con ocultamiento del empresario real, de las cesiones de trabajadores no interpositorias, en las que ese ocultamiento no se produce. Sólo las primeras están en el art. 43 ET.

<sup>27</sup> En esta línea hay que citar las SSTs 22.11.2002 (RJ 2005/6026), 11.5.2005 (RJ 205/9702), 26.5.2005 (RJ 2005/9702) y 30.9.2008. Las SSTs 11 y 26 5.2005 se refieren a una reclamación de recargo; la STS 22.11.2002 a la reclamación de una indemnización. La solución y los argumentos de la última sentencia citada resultan especialmente discutibles. En el caso suscitado un centro público regional de menores que es titular de una línea de alta tensión y de un centro de transformación contrata el mantenimiento de los mismos con una empresa especializada, que a su vez subcontrata con otra este servicio. El accidente se produce con infracción de medidas de seguridad por parte de la empleadora, que no contaba con un sistema de organización de recursos para las actividades preventivas, no había efectuado una evaluación de riesgos y había defectos de formación en el personal. La sentencia reproduce el criterio del empresario infractor y considera que esa doctrina, aplicada al caso debatido, implica la responsabilidad solidaria del centro público como empresa principal. Esta decisión es problemática, primero porque no se trata de infracciones directas de la empresa principal sino de infracción de deberes propios de la empleadora, y además porque no puede derivarse de una infracción indirecta por falta de vigilancia, porque ésta en la ley queda limitada a las contrataciones de la propia actividad y el mantenimiento eléctrico no es propia actividad del centro público de menores.

La finalidad del art. 43 ET no es sólo la lucha contra el fraude, que puede no existir, sino, principalmente, la recuperación de la realidad empresarial mediante la ruptura del mecanismo de interposición. En el art. 43 ET están las cesiones fraudulentas y las no fraudulentas<sup>28</sup>, las que suponen una degradación de las condiciones de los trabajadores y las que no conllevan ese efecto<sup>29</sup>. No están, sin embargo, las cesiones sin interposición<sup>30</sup>.

Salvo en los supuestos excepcionales de externalización a través de empresas de trabajo temporal, la cesión de trabajadores está prohibida y tiene consecuencias tanto de orden sancionador<sup>31</sup>, como en el propio contrato de trabajo.

En el contrato de trabajo el primer efecto es el establecimiento de una responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social durante la vigencia de la cesión. De esta forma se rompe el efecto de pantalla del negocio interpositorio y se restaura el sistema de garantías a favor del trabajador. Obsérvese que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 42 ET, aquí la solidaridad cubre todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

El segundo efecto es la posibilidad de adquirir la condición de trabajador fijo en cualquiera de las empresas implicadas. Realmente si se trata de una interposición la reconstrucción del vínculo laboral real debería ser exclusivamente con el empresario real, deshaciendo el efecto interpositorio, pero el legislador ha querido conceder una opción al trabajador para el supuesto, realmente extraño, en el que prefiera mantener el vínculo con el empresario cedente. Este efecto puede tener determinadas limitaciones, como muestra la jurisprudencia reciente<sup>32</sup>.

La reconstrucción de la relación laboral real determina además que se apliquen al trabajador cedido las condiciones de trabajo propias de la empresa cesionaria. En este punto ha habido una importante evolución jurisprudencial. Inicialmente la doctrina jurisprudencial mantuvo que el efecto de la declaración de la existencia de cesión era constitutivo, de forma que la aplicación de las condiciones de trabajo de la empresa cesionaria sólo se producía a partir

<sup>28</sup> SSTs 14.9.2001 (RJ 2002/582), 17.1.2002 (2002/3755), 16.6.2003 (RJ 2003/7092), 3.10.2005 (RJ 2005/733).

<sup>29</sup> STS 25.6.2009 (rec. 57/2008)

<sup>30</sup> SSTs 20.7.2007 (RJ 2007/6961), 4.3.2008, 26.2.2009 (rec. 57/2008).

<sup>31</sup> Por un lado, está tipificada como infracción administrativa en el art. 8.2 de la LISOS, de acuerdo con el cual “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”. Determinadas cesiones pueden también constituir un ilícito penal, de conformidad con los arts. 312 y 311 del CP.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, la pervivencia del período de prueba en el caso de la STS 30.5.2006 (RJ 2006/3350) y las particularidades de las Administraciones Públicas de acuerdo con una reiterada jurisprudencia [SSTs 28.4.2009 (rec. 66/2008) y 23.4.2009 (rec. 70/2008), entre las más recientes] según la cual el trabajador cedido en estos supuestos no adquiere propiamente fijeza, sino que se convierte en lo que se ha llamado “indefinido no fijo”

de esa declaración (efecto *ex nunc*); luego<sup>33</sup> se admitió que, siendo el cedente un empresario ficticio, la relación laboral siempre se había mantenido con la empresa cesionaria, con lo cual se debían aplicar las condiciones de trabajo de ésta desde el comienzo de la cesión (efecto *ex tunc*). Posteriormente<sup>34</sup> el efecto *ex tunc* se generaliza, para aplicarse en todo caso<sup>35</sup>.

### 1.3. La transmisión de empresa y sus efectos

La regulación del art. 44 ET responde a la necesidad de establecer garantías para los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas; garantías que se proyectan sobre la conservación del contrato, el mantenimiento del estatuto profesional del trabajador y la responsabilidad. El supuesto de hecho del art. 44 ET se vincula a los cambios de titularidad de la empresa o de las unidades productivas autónomas. En el número 2 de este artículo se precisa que existe sucesión cuando se produce una transmisión que afecta a “una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizativos a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Esta definición, algo “sofisticada”, es una transcripción, más que una trasposición, de la que figura en la Directiva 2001/23/CE<sup>36</sup>.

El alcance de la transmisión puede ser total (la empresa en su conjunto) o parcial (un centro de trabajo o una unidad productiva). Lo importante es distinguir entre la transmisión de *elementos aislados*, que no está en el art. 44 ET, y la transmisión de *un conjunto susceptible de explotación*, sea total parcial, que sí está incluida en el precepto. La clave no es el criterio ontológico de la identidad, como dice el art. 44. 2 ET copiando la directiva, sino el criterio funcional: la idoneidad de lo transmitido para cumplir una función económica empresarial.

Se trata de una valoración empírica de carácter económico. Se exige que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad como conjunto de medios organizados para cumplir una actividad económica. ¿Cuál es esa identidad? Si observamos el funcionamiento de la empresa vemos que ésta consta de factores internos (instalaciones y medios de producción: materiales o inmateriales), factores externos (actividad, clientela) y personal (trabajadores). Pues bien, hay algunos elementos que no pueden ser objeto de transmisión: no se transmiten propiamente los trabajadores, ni la clientela, porque no son propiedad del empresario; se puede transmitir la información sobre la clientela, pero no la clientela en sí misma.

<sup>33</sup> A partir de la STS 17.1.1991 (RJ 1991/158).

<sup>34</sup> Con la STS 14.9.2001 (RJ 2002/582).

<sup>35</sup> Vid. STS 5.12.2006 (RJ 2007/91).

<sup>36</sup> Que sustituye la Directiva 77/187/CEE, a su vez modificada por la Directiva 98/50/CE.

El problema se ha planteado en relación con la sucesión en la actividad. En ocasiones -contratas, concesiones administrativas- puede haber una sucesión en la actividad entre empresas ¿Es esa sucesión una transmisión de empresa a los efectos del art. 44 ET? La doctrina tradicional del Tribunal Supremo contestó negativamente, acogiendo la tesis patrimonial. La situación en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es más compleja. En el caso *Schmidt*<sup>37</sup> el Tribunal de Justicia aceptó la inclusión en la Directiva de la sucesión de actividad, pero esta solución fue después rectificada en el caso *Süzen*<sup>38</sup>, donde, no obstante, se dejaba abierta la sucesión en la actividad cuando fuera acompañada de incorporación relevante de la plantilla. Esta doctrina se consolidó posteriormente en las sentencias dictadas en los casos *Sánchez Hidalgo* y *Hernández Vidal*<sup>39</sup> y en varios pronunciamientos posteriores<sup>40</sup>, al menos para las sucesiones de actividad acompañadas de incorporaciones significativas de plantillas en empresas en las que es predominante la mano de obra. El Tribunal Supremo, después de cierta resistencia, ha acabado por aceptar este criterio, aunque con algunas restricciones, pues se exige que la sucesión en la plantilla sea pacífica<sup>41</sup>.

Las consecuencias de la sucesión de empresa son varias. El primer efecto es la conservación del vínculo: los contratos no se extinguen como consecuencia de la transmisión. Esto no significa, sin embargo, que los trabajadores estén obligados a incorporarse a la nueva empresa; simplemente ésta tiene la obligación de incluirlos en su plantilla, pero los trabajadores pueden negarse a aceptar esa incorporación, aunque en este caso -si hay verdaderamente sucesión -no podrán permanecer en la empresa cedente en contra de la voluntad de su titular.

La segunda consecuencia es el mantenimiento del contenido contractual como garantía del *status* laboral. El art. 44 ET precisa que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, lo que incluye los compromisos en materia de Seguridad Social complementaria. También se mantiene, salvo pacto en contrario, la vigencia del convenio colectivo que regía en la empresa cedente. El convenio se aplicará hasta que expire su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio (art. 44.4 ET).

La tercera consecuencia- que no está prevista como obligatoria para los derechos nacionales en la Directiva 2001/23/CE- es la responsabilidad solida-

<sup>37</sup> STJCE 14.4.1994.

<sup>38</sup> STJCE 11.3.1997.

<sup>39</sup> SSTJCE 10.12.1998. El caso *Sánchez Hidalgo* sobre asistencia doméstica y el caso *Hernández Vidal* sobre limpieza.

<sup>40</sup> SSTJCE 25.1.2001 (caso *Liikeene*); 24.1.2002 (caso *Temco*) y 13.9.2007 (caso *Jouini*).

<sup>41</sup> En este sentido pueden verse las SSTs de 20.10.2004 (RJ 2004/7162), 27.10.2004 (RJ 2004/7202) y 29.5.2008 (RJ 2008/4224): si se trata de una mera cesión de contratos controvertida, no estamos ante una transmisión, que debe ser real, efectiva y pacífica.

ria entre cedente y cesionario con respecto a las obligaciones nacidas antes de la transmisión, que puede ampliarse a las posteriores cuando la transmisión sea declarada delito (art. 44.3 ET). Se trata de un régimen especialmente riguroso, que se extiende además a las obligaciones en materia de Seguridad Social (arts. 104 y 127 LGSS) y alcanza incluso, según la doctrina de la Sala IV, a las obligaciones laborales anteriores a la sucesión derivadas de contratos extinguidos<sup>42</sup>. Es un régimen que supera el ámbito del art. 1911 CC y va más allá de lo que sería la función de una garantía real en atención a los bienes transmitidos. Esto puede tener consecuencias negativas en el denominado “salvamento de empresas”, como muestra la doctrina jurisprudencial, y ha creado problemas en relación con la transmisión de empresas en el marco del concurso, que serán examinados más adelante.

#### 1.4. Los grupos de empresa y la solución de la jurisprudencia del orden social

Al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país el legislador no ha regulado con carácter general la disciplina de los grupos societarios, ni ofrece un concepto general de los mismos.

A pesar de ello, la doctrina mercantil ha intentado elaborar un concepto de grupo que pueda servir como punto de partida para construir una teoría general de los grupos societarios. Así, es habitual definir el grupo como el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria<sup>43</sup>. Los elementos básicos de esta definición son dos: 1) la independencia jurídica de las sociedades y 2) la unidad de la dirección económica.

El segundo elemento de la definición plantea algunas dudas. ¿Basta la mera posibilidad de dirección unitaria fundada en la existencia de control o es necesario que dicha dirección unitaria sea efectiva? La doctrina mercantil entiende que sólo puede hablarse de grupo cuando la diversidad de sus miembros está efectivamente sujeta a la unidad de dirección, de tal modo que, en realidad, existe una estrategia general del conjunto fijada por el núcleo dirigente

<sup>42</sup> STS 15.7.2003 (rec. nº 3442/2001).

<sup>43</sup> J.A. Engracia Antunes, *Os grupos de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 52; J.M. EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 26 y 27; J. Duque Domínguez, “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en AAVV, *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 5306 y 5307; J. Girón Tena, “Los grupos de sociedades”, en *Las grandes empresas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1965, p. 133; F. Sánchez Calero, “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 77/2000, cit., p. 15; C. Paz-Ares, en AAVV, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1328 a 1331.

(*group top-management*) que articula la actividad de todas las sociedades<sup>44</sup>. De acuerdo con esta idea, no es el control sino la dirección única la que define al grupo. Ahora bien, esta afirmación, que, desde un punto de vista doctrinal, es exacta, puede plantear problemas en la práctica. La unidad de decisión es, en efecto, un concepto muy difícil de determinar (¿cuándo se produce exactamente esa unidad?, ¿a partir de cuántas decisiones unificadas?, ¿en qué materias y en qué porcentajes?) y, sobre todo, muy difícil de probar en un proceso. La existencia de control, por el contrario, se acredita con relativa facilidad, pues basta con mostrar la distribución de las participaciones o con poner de manifiesto la identidad de los miembros del órgano de administración, datos que están reflejados en registros públicos. Por esta razón, la mayoría de los textos legales que delimitan el concepto de grupo no exigen el ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se conforman con la mera posibilidad de dicha dirección común, basada en la existencia de control o dependencia societaria (es ilustrativo en este aspecto el art. 42 del Código de Comercio).

El grupo, a través de la red, permite una dirección económica unitaria, pero evita una concentración excesiva en el marco de un solo establecimiento empresarial. Las ventajas de esta opción frente al modelo de la empresa centralizada, típico de la era industrial, son de variada índole<sup>45</sup>, pero, sin duda, entre las más importantes está la dispersión de los riesgos empresariales. En efecto, fragmentando la empresa en distintas unidades, con personalidad jurídica propia, se crean compartimentos estancos y se aminora el riesgo general de insolvencia, de forma que la quiebra de una unidad no contagia a las demás. Cada sociedad sólo responde con su patrimonio de sus propias deudas, pues, aunque exista unidad económica, hay pluralidad jurídica. Además, con la estructura de grupo se evitan los problemas asociados al “gigantismo”, sin perder la unidad de la dirección. La gestión se sigue controlando, pero se descentraliza, se hace más ágil y se limita el ámbito de responsabilidades.

Pero, junto a las ventajas, el grupo presenta también riesgos importantes. En el ámbito laboral pueden darse multitud de supuestos en los que se pone de manifiesto el riesgo que el grupo implica para los trabajadores. Podrían citarse, entre lo más significativos, la descapitalización de la sociedad del grupo con obligaciones en materia de personal<sup>46</sup>, llevar las pérdidas a la sociedad con más

<sup>44</sup> J.A. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, cit., pp. 55 y 56, nota 51.

<sup>45</sup> J.A. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, cit., pp. 63 a 71; L. Caselli, “Dalla grande impresa al gruppo. Un preliminare modello interpretativo”, en L. Caselli, P.M. Ferrando y A. Gozzi, *Il gruppo nell'evoluzione del sistema aziendale*, Franco Angeli, Milano, 1991, pp. 10 y ss; F. Galgano, “Unità e pluralità di imprese nei gruppi di società”, en *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, a cura di D. Napoletano, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 3 y ss; A. Gozzi, “Strategie di diversificazione e gruppi di imprese”, en L. Caselli, P.M. Ferrando y A. Gozzi, *Il gruppo nell'evoluzioni...*cit., pp. 88 y ss.

<sup>46</sup> Vid. STS 24.7.1989 (RJ 1989/5908).

volumen de personal, para, allí, proceder a la regulación de empleo; concentrar el personal con más antigüedad y con menos valor de formación en la empresa más frágil...

La reacción de la jurisprudencia del orden social frente al fenómeno de los grupos societarios se ha llevado a cabo respetando la personalidad independiente de las sociedades del grupo y la consiguiente responsabilidad separada de cada una de ellas frente a los trabajadores. Este respeto por la independencia jurídica de las sociedades se matiza, sin embargo, poniendo en marcha un mecanismo excepcional y selectivo de extensión de la responsabilidad que opera únicamente en determinados supuestos y cuyo objetivo es corregir las desviaciones que pueden derivarse de la actuación del grupo en las relaciones laborales. En este sentido, puede afirmarse que la jurisprudencia del orden social representa un punto de equilibrio entre las posiciones encontradas de quienes mantienen una concepción negativa del grupo como tal, proponiendo, de forma más o menos abierta, la extensión indiscriminada de la responsabilidad laboral a todos los miembros del grupo<sup>47</sup>, y quienes denuncian como una amenaza para la seguridad jurídica y para la eficiencia económica el desconocimiento, aun selectivo, de la distinta personalidad jurídica de los miembros del grupo.

La fórmula general utilizada por la jurisprudencia para determinar esa extensión de la responsabilidad excepcional resulta redundante y confusa, aunque, sistematizando, podemos reducir a tres los factores determinantes: 1) la prestación de trabajo indiferenciada, 2) la confusión de patrimonios y 3) el uso abusivo de la personalidad jurídica por el grupo<sup>48</sup>.

No podemos ahora detenernos a examinar cada uno de estos factores, aunque hay que señalar que existe en su formulación una confusión inicial porque no se distingue adecuadamente entre dos situaciones diferentes: la posición

<sup>47</sup> El grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya pretendió, durante la tramitación de la reforma laboral de 1994, introducir en el Estatuto de los Trabajadores una enmienda al art. 1.2 que atribuía al grupo la condición de empresario conjunto, prescribiendo la responsabilidad por las obligaciones que cualquiera de las sociedades del grupo contrajeran (Enmienda nº 293, *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie A, nº 42-4, de 22 de febrero de 1994, p. 155). El tenor literal del texto propuesto era el siguiente: “Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla, directa o indirectamente, a las demás. En todo caso, se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante, cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado I del artículo 42 del Código de Comercio. Las empresas pertenecientes a un mismo grupo responden solidariamente de las obligaciones dimanantes de la relación laboral”. La enmienda recogía las iniciativas de los sindicatos CCOO y UGT y fue rechazada por la mayoría parlamentaria (vid. A. Baylos y L. Collado, “Introducción”, en *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pp. 17 a 19).

<sup>48</sup> SSTs 30.1.1990 (RJ 1990/233); 3.5.1990 (RJ 1990/3946); 26.1.1998 (RJ 1998/1062); 9.7.2001 (RJ 2001/10019); 6.3.2002 (RJ 2002/4659); 3.11.2005 (RJ 2006/1244) y 10.6.2008 (RJ 2008/4446).

empresarial plural de todas o algunas de las sociedades del grupo y la extensión de la responsabilidad solidaria a sociedades del grupo que no tienen la condición de empresario. La doctrina jurisprudencial opera exclusivamente en el plano de la extensión de la responsabilidad, cuando, en realidad, los tres factores responden a situaciones diversas. En los dos primeros supuestos –la prestación de trabajo indiferenciada y la confusión de patrimonios– la responsabilidad solidaria se justifica por la existencia de una posición empresarial plural. Por el contrario, el conjunto de supuestos agrupado en el abuso de la personalidad jurídica sí es claramente un caso de extensión de la responsabilidad<sup>49</sup>.

Antes de concluir este epígrafe hay que hacer una importante precisión: el grupo de sociedades no puede asumir la condición de empresario laboral; en todo caso lo que existirá será una situación de pluralidad empresarial entre las diversas sociedades miembros del grupo. El grupo, en sí mismo, no puede ser empresario porque no está incluido en ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 1.2 ET. En primer lugar, es evidente que no se trata de una persona jurídica, pues, precisamente, la característica fundamental del grupo es la existencia de una pluralidad de sociedades jurídicamente independientes, sometidas a una dirección económica común. La personificación del grupo no sería la solución, sino la negación del grupo como tal. En segundo lugar, el grupo tampoco es una comunidad de bienes: en el grupo no existe un patrimonio común organizado como comunidad; por el contrario, a cada sociedad se le ha atribuido personalidad jurídica independiente y es titular de su propio patrimonio, separado del resto. La técnica acogida por el grupo no es la de la comunidad de bienes, sino la de la personalidad jurídica independiente.

Ni el grupo es empresario ni puede ser responsable frente a los trabajadores. Es cierto que en algunas sentencias se califica al grupo como tal, pero hay que entender que se trata únicamente de una licencia de economía lingüística o, dicho de otra forma, una expresión metafórica para referirse a una posición empresarial plural y compartida por todas o algunas empresas del grupo<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Vid. E. Desdentado Daroca, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 475 a 535.

<sup>50</sup> SSTs 8.6.1988 (RJ 1988/5251); 17.5.1990 (RJ 1990/4350); 13.7.1990 (RJ 1990/6112); 22.3.1991 (RJ 1991/1889); 31.1.1991 (RJ 1991/1889); 31.12.1991 (RJ 1991/9243).

## **2. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, CESIÓN DE TRABAJADORES, SUCESIÓN DE EMPRESAS Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO**

### **2.1. La descentralización productiva y la cesión de trabajadores en el concurso. Remisión**

En la Ley Concursal no hay normas específicas que se refieran a los fenómenos de descentralización productiva y cesión de trabajadores. La regulación sustantiva de estos fenómenos, que se acaba de exponer, no se ve alterada por el hecho de que una de las empresas afectadas esté en concurso. Lo que ocurre es que el régimen de responsabilidad compartida que se produce en estos supuestos puede plantear problemas de orden procesal cuando una o varias de las empresas responsables es declarada en concurso de acreedores. Estos problemas serán analizados posteriormente, en el epígrafe 3. Aquí nos vamos a centrar en analizar las previsiones que la Ley Concursal hace en relación con los grupos de sociedades (arts. 3.2, 25.1 y 93.1.3º) y la transmisión de empresa (art. 100.2148.1, 149.2).

### **2.2. Los grupos de sociedades en el concurso**

En relación con el grupo de sociedades es importante empezar precisando que el grupo como tal no puede ser declarado en concurso. Ni lo admite la Ley Concursal<sup>51</sup>, ni es una solución que resulte funcional. El art. 1.1 LC, en efecto, exige que el deudor sea “persona natural o jurídica”. Se trata de un requisito lógico pues los entes sin personalidad no tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, no pueden asumir obligaciones ni ser titulares de un patrimonio<sup>52</sup>. Por esta misma razón el grupo tampoco asume, como vimos, la condición de empresario frente a sus trabajadores.

Sólo las sociedades que integran el grupo pueden ser declaradas en concurso. Si son varias las que se encuentran en situación de insolvencia podrá, eso sí, solicitarse la declaración conjunta de concurso de todas ellas (art. 2.3 LC). Se admite también la posibilidad de que al procedimiento concursal dirigido contra la sociedad dominante del grupo se acumulen los procesos concursales ya abiertos frente a las sociedades dominadas (art. 25 LC).

<sup>51</sup> En adelante, LC.

<sup>52</sup> El único supuesto en el que se admite el concurso sin que exista personalidad es el caso de la herencia yacente, pero se trata de una excepción plenamente justificada pues no hay que olvidar que la herencia yacente no es una entidad que carezca de capacidad para ser titular de un patrimonio, sino, por el contrario, un patrimonio que carece de titular.

La declaración conjunta de concurso se prevé en el art. 3.5 LC, de acuerdo con el cual “el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones”. La norma sólo regula el supuesto de concurso necesario, aunque la doctrina considera también posible la solicitud de declaración conjunta presentada por los propios deudores<sup>53</sup>. La ley no lo prohíbe expresamente y no parece que existan razones de fondo para negar esta posibilidad, siempre y cuando los deudores cumplan los requisitos exigidos por el art. 3.2 LC. En todo caso, si se trata de concurso necesario, la solicitud de declaración conjunta sólo podrá presentarse por quien es acreedor de las sociedades cuyo concurso se solicita. No es posible que varios acreedores insten en la misma solicitud la declaración conjunta de concurso de varios deudores, si éstos no lo son de todos los solicitantes. En tal caso, el juez no deberá admitir la solicitud a trámite.

Para que sea posible la declaración conjunta de concurso en el supuesto de sociedades pertenecientes al mismo grupo el art. 3.2 LC exige dos requisitos: que haya unidad en la toma de decisiones y que exista identidad sustancial de los miembros de esas sociedades. El primer requisito es superfluo pues, como vimos, la unidad de decisión es, precisamente, uno de los elementos fundamentales de la definición de grupo. El segundo requisito, por el contrario, supone una importante restricción al ámbito de aplicación del precepto. Debe existir una identidad de los socios de estas sociedades y, además, no basta con una simple identidad formal; es necesario que sea “sustancial”. Así, por ejemplo, existirá identidad sustancial en el caso de dos sociedades, A y B, cuyo capital social pertenezca por completo a la sociedad dominante –C–, pero no existirá esa identidad sustancial si el 60% del capital social de A pertenece a C y el 30% a D, sociedad que, a su vez, controla C; y, por su parte, el 100% del capital social de B corresponde a C.

En todo caso hay que tener en cuenta que si existe confusión de patrimonios entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo, aun cuando no haya identidad sustancial de sus socios será posible la declaración conjunta de acuerdo con el primer supuesto previsto en el art. 3.2 LC. En este sentido, debe entenderse por confusión de patrimonios aquella situación en la que no es posible determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un determinado deudor (art. 1911 CC) pertenecen a uno o a otro de los deudores insolventes. Recordemos que es éste precisamente uno de los supuestos en los que la jurisprudencia del orden social impone la responsabilidad solidaria frente al trabajador.

<sup>53</sup> A. Rojo, “Comentario al art. 3”, en AA.VV. (A. Rojo y E. Beltrán dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Civitas, Madrid, 2004, p. 220; R. Sebastián Quetglas, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 177 y ss.

Junto a la solicitud de declaración conjunta de concurso, el art. 25 LC admite también la acumulación al procedimiento concursal de la sociedad dominante de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas. La norma sólo admite la acumulación al procedimiento de la sociedad dominante, por lo que no podrían acumularse los procedimientos concursales abiertos contra sociedades que no tienen, entre sí, una relación de subordinación. Piénsese en el caso de las “sociedades hermanas” antes mencionado: dos sociedades controladas por otra sociedad que es la dominante y que no está en concurso.

La declaración conjunta de concurso y la acumulación de procesos no implican, obviamente, una tramitación única: la determinación de las masas activa y pasiva deberá realizarse separadamente, la calificación de cada concurso podrá diferir y la solución que se adopte también puede ser diferente<sup>54</sup>. El juez competente para declarar conjuntamente el concurso voluntario o la acumulación será el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad dominante si ésta figura entre las solicitantes<sup>55</sup> y, si no figurara, el de aquella sociedad solicitante que tenga mayor pasivo (art. 10.4 LC)<sup>56</sup>. En el supuesto de confusión de patrimonios es posible que el juez no pueda determinar *a priori* qué sociedad tiene un mayor pasivo. La doctrina ha afirmado que en tales casos “habrá que considerar competente al juez que lo sea para declarar el concurso de cualquiera de esos deudores, aunque no lo fuera para declarar el concurso del otro<sup>57</sup>”.

Con estas previsiones la ley deja claro que el concurso de una de las sociedades del grupo, incluida la dominante, no supone su extensión al resto. El grupo está formado por sociedades jurídicamente independientes y precisamente una de sus mayores ventajas, como vimos, es que la insolvencia de una de ellas no afecta a las demás. Éstas, incluso, pueden ser acreedoras de la sociedad concursada y, como tales, podrán presentarse en el concurso, aunque en tal caso tendrán la condición de “personas especialmente relacionadas con el concursado” (art. 93.1.3º LC) y sus créditos se incluirán entre los subordinados (art. 92.5 LC).

<sup>54</sup> No obstante, el art. 101.2 LC permite que la propuesta que presente uno de los concursados pueda condicionarse a la aprobación judicial del convenio a que se llegue respecto del otro concursado.

<sup>55</sup> De acuerdo con el art. 10.1 LC “por centro de intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses”. En caso de deudor persona jurídica “se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social”. Los problemas más complejos se plantean cuando la sociedad dominante es una sociedad extranjera.

<sup>56</sup> Un ejemplo de solicitud de declaración conjunta en el marco de un grupo de sociedades en el que se suscitaron problemas de competencia judicial puede verse en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de 15 de noviembre de 2004 (AC 2004/1918).

<sup>57</sup> A. Rojo, “Comentario al art. 3”, cit., p. 222.

### 2.3. La transmisión de empresas en la Ley Concursal

En el ordenamiento jurídico laboral la venta de la empresa en el marco del concurso entra en el ámbito de aplicación del art. 44 ET. Es claro, a este respecto, el art. 51.11 ET, de acuerdo con el cual en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma será aplicable lo dispuesto en el art. 44 ET “cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial”.

El legislador español ha optado así por una solución que garantiza plenamente los derechos de los trabajadores, a pesar de que la Directiva 2001/23/CE (y antes la Directiva 1998/50) permite excluir el régimen de garantías “cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública”.

La opción del legislador español es, sin embargo, excesivamente rígida y puede resultar un serio obstáculo para el mantenimiento de la actividad empresarial en los procesos de liquidación y, muy especialmente, para las operaciones de salvamento o refluotación de empresas<sup>58</sup>. La jurisprudencia, en algunos pronunciamientos iniciales, adoptó un criterio flexible, considerando que en los supuestos en que eran los propios trabajadores los adquirentes de la empresa no debía ser aplicable el art. 44 ET<sup>59</sup>. A comienzos de los años noventa, sin embargo, la Sala IV cambia su doctrina y adopta la solución contraria<sup>60</sup>, aunque hay que advertir que en todos los casos suscitados la existencia de fraude es la razón que subyace para determinar la aplicación del art. 44 ET. La jurisprudencia vuelve a flexibilizarse a finales de esa década<sup>61</sup> y aun cuando se repiten argumentos de la doctrina judicial de los años ochenta dirigidos especialmente a los supuestos de refluotación de empresas, se añaden otros que tienen una mayor vocación de generalidad, haciendo especial hincapié en las consecuencias negativas que para la viabilidad de las empresas puede tener la declaración de sucesión empresarial<sup>62</sup>.

La aprobación de la Ley Concursal podía haber sido el momento oportuno para introducir cambios legislativos en esta materia, pero lo cierto es que los cambios son escasos y se limitan a ciertas medidas de moderación en la responsabilidad del adquirente.

<sup>58</sup> sobre los efectos de la ley concursal en el salvamento de empresas, Vid. El interesante trabajo de A. De la Puebla Pinilla, “Economía social y salvamento de empresas (la Ley Concursal como telón de fondo)”, *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*. *Iustel* nº 4/2003.

<sup>59</sup> SSTS 20.7.1988 (RJ 1988/6211), 13.12.1989 (RJ 1989/9119).

<sup>60</sup> SSTS 16.11.1992 (RJ 1992/8810), 17.5.1993 (RJ 1993/4102), 16.7.1993 (RJ 1993/5683) y 23.11.1993 (RJ 1993/8937).

<sup>61</sup> A partir de la STS 15.4.1999 (RJ 1999/4408).

<sup>62</sup> SSTS 11.4.2001 (RJ 2001/5113) y 25.2.2002 (RJ 2002/6235). Vid. también en esta misma línea la STS(3ª) 19.7.2002 (RJ 2002/9775).

Las previsiones específicas sobre la transmisión de empresa se contienen tanto en la regulación del convenio como en la de la liquidación.

El art. 100.2 LC prevé que en la propuesta de convenio podrán incluirse proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, o bien de determinadas unidades productivas. Pues bien, estas proposiciones, según el precepto, “incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional” y “del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio”, en cuyo caso “deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores”.

La doctrina se ha planteado si esta propuesta de convenio puede excluir las garantías del art. 44 ET y, en este sentido, se distingue entre el régimen de conservación de los contratos de trabajo y el alcance de la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión. La Junta de Acreedores no puede disponer sobre el régimen de conservación de los contratos de trabajo impuesto en el art. 44 ET, pero sí puede disponer de sus créditos dentro de los límites subjetivos de la eficacia del convenio<sup>63</sup>.

En la liquidación la Ley distingue según exista plan o no. En el primer supuesto, el art. 149.1 LC prevé que el plan de liquidación debe contemplar siempre que sea factible “la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”, debiendo, en tal caso, someterse a informe de los representantes de los trabajadores, “a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación”, que serán resueltas por auto. Si se consigue la enajenación de la empresa en su conjunto o de unidades productivas autónomas, será aplicable el art. 44 ET; no lo será, por el contrario, si la transmisión se limita a elementos aislados. En todo caso, si para cumplir el plan de liquidación el juez se ve obligado a adoptar medidas de extinción, modificación o suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo, deberá hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64 LC. Si se produce la transmisión de empresa y es el nuevo adquirente el que adopta estas medidas, ya no será aplicable, lógicamente, el art. 64 LC, sino lo dispuesto en los arts. 41, 47 y 51 del ET.

La liquidación sin plan también puede finalizar con la transmisión de la empresa o de unidades productivas autónomas, en cuyo caso será de aplicación el régimen de garantías del art. 44 ET. Pero para estos casos la Ley prevé una medida de moderación importante. El art. 149.2 LC, en efecto, autoriza al juez del concurso para acordar que “el adquirente no se subroga en la parte de la

<sup>63</sup> S. Rey Guanter y M. Luque Parra, “La transmisión de empresas en situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, n2 23/2003; A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Bomarzo, Albacete, p. 186.

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 ET". A pesar de la equívoca redacción de este precepto<sup>64</sup>, su significado está claro: se limita el alcance de la responsabilidad solidaria del adquirente prevista en el art. 44.3 ET. La medida es un avance importante, aunque resulta excesivamente tímida. La exoneración de responsabilidad únicamente afecta a los importes que, de acuerdo con el art. 33 ET, le corresponde pagar al FOGASA; de las deudas que excedan de esos importes responderá, en todo caso, el adquirente.

La posible moderación de la responsabilidad del adquirente está prevista por la Ley exclusivamente para el caso de liquidación sin plan; el art. 148 LC, que regula la liquidación con plan, no contiene una previsión similar. Se trata, sin embargo, de un simple *lapsus* del legislador, pues no hay ninguna razón que justifique este trato diferente. Por ello, se admite que la medida debe aplicarse con carácter general a la transmisión que tiene lugar durante la fase de liquidación, haya o no plan<sup>65</sup>.

### **3. PROBLEMAS PROCESALES. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ SOCIAL Y EL MERCANTIL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN CASO DE CONCURSO**

#### **3.1. El esquema general de distribución de competencias previsto en la Ley Concursal**

Aunque no es posible extenderse demasiado en este punto, es necesario, sin embargo, hacer una breve referencia al esquema general de distribución de competencias entre el juez social y el juez mercantil, que nos permita, posteriormente, analizar los problemas específicos de carácter procesal que pueden plantearse en los fenómenos de descentralización productiva, sucesión y grupos de empresa.

El esquema debe partir de una distinción entre las pretensiones declarativas y las ejecutivas; en las primeras la *vis atractiva* del concurso opera de forma más débil; en las segundas, por el contrario, resulta más intensa.

<sup>64</sup> El precepto no pretende eliminar el efecto de subrogación que prevé el art. 44.1 ET, aunque utilice, incorrectamente, este término. Lo que pretende es, sencillamente, limitar la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión.

<sup>65</sup> A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., p. 187.

a) Pretensiones declarativas

La competencia del juez del concurso respecto a las pretensiones declarativas alcanza a las siguientes materias: 1º) extinción, modificación y suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado; 2º) acciones colectivas de resolución del contrato de trabajo por falta de pago o retrasos continuados en el abono de salarios; y 3º) suspensión y extinción de los contratos de alta dirección.

En las extinciones y suspensiones colectivas, el juez del concurso sustituye a la Autoridad Laboral que, en el régimen normal, es la que concede o deniega la autorización a la que se refieren los arts. 51 y 47 ET. La competencia del juez mercantil es, sin embargo, en esta materia más amplia, pues no se limita a la simple autorización. La pretensión deberá concretar los contratos de trabajo cuya extinción o suspensión se solicita y el juez tendrá que resolver, extinguiéndolos o suspendiéndolos en caso de estimar la pretensión y fijando en el propio auto la indemnización correspondiente (art. 84.2.5º LC)<sup>66</sup>. El cambio es profundo, porque, además, en vía de recurso, el orden competente es el social y no el contencioso-administrativo (arts. 64.8 y 197.7 LC).

En las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo el juez mercantil sustituye al empresario que, en el régimen general, es el que adopta la decisión siguiendo el procedimiento establecido en el art. 41 ET. De esta forma se ha introducido una mayor rigidez para las modificaciones en empresas en concurso, que resulta, cuanto menos, paradójico. En todo caso, la referencia a las modificaciones de condiciones de trabajo debe entenderse en sentido amplio, de forma que incluye los supuestos de movilidad geográfica, aunque no se mencionen de forma expresa.

La competencia del juez del concurso respecto a las resoluciones de los contratos de trabajo se establece en el art. 64.10 LC, de acuerdo con el cual “las acciones individuales interpuestas al amparo de lo dispuesto en el art. 50.1.b) del ET tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso” cuando el número de trabajadores afectado supere ciertos límites previstos en la propia norma. El precepto se refiere a las resoluciones fundadas en la falta de pago o en retrasos continuados en el abono de los salarios y pretende atajar conductas estratégicas que pretenden conseguir por la vía del art. 50 ET indemnizaciones superiores

<sup>66</sup> A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., pp. 114 a 116; G. Moliner Tamborero, “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en AAVV (I. García-Perrote Escartín, coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 66 y ss; M.F. Fernández López, “Delimitación de competencias entre el juez mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, concursal”, *Revista de Derecho Social*, nº 26/2004.

a las previstas para los despidos colectivos del art. 51 ET.

Las pretensiones sobre suspensión y extinción de los contratos de alta dirección también deben plantearse ante el juez mercantil y, dado que la norma no distingue, ello será así con independencia de la causa a la que la medida responda, que puede estar o no relacionada con el concurso. La competencia se atribuye al juez mercantil con carácter general y responde a la necesidad de controlar las indemnizaciones de estos altos directivos que, como consecuencia de las cláusulas de blindaje, pueden resultar perturbadoras para el concurso, pudiendo, en tal caso, ser objeto de moderación (art. 65.3 LC).

b) Competencias en materia de ejecución: ejecuciones patrimoniales y no patrimoniales

La competencia del juez del concurso es más amplia en la ejecución. Los arts. 86.ter LOPJ y 8.3 LC atribuyen a los juzgados de lo mercantil “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado”. El objetivo del legislador es poner fin a las ejecuciones separadas, que impiden la satisfacción ordenada de los créditos y la posible adopción de una solución convenida que garantice la continuidad de la actividad empresarial. De acuerdo con esta finalidad, se reforma el art. 32 ET y el 246.3 LPL. Estos preceptos, que antes reconocían la ejecución separada de los créditos laborales, ahora disponen que, en caso de concurso, son aplicables las disposiciones de la Ley Concursal.

La norma es clara: si la ejecución que se dirige contra el concursado tiene carácter patrimonial será competencia del juez del concurso. En el supuesto normal su aplicación no plantea problemas. Piénsese en una demanda que se ha presentado en el orden social y que ha producido una sentencia condenatoria de contenido patrimonial; si la empresa condenada está en concurso, la ejecución debe seguirse en el proceso concursal. El problema es que, en ocasiones, el carácter patrimonial de la ejecución puede plantear dudas. Es lo que ocurre cuando el empresario ha sido condenado por despido improcedente o por despido nulo en sentencia firme.

Si el despido ha sido declarado improcedente y el empresario opta por la indemnización no hay duda ninguna: la ejecución sería patrimonial y correspondería al juez del concurso. Pero si, en tal caso, el empresario opta por la readmisión y no readmite o readmite de forma irregular, el trabajador podrá solicitar ante el Juzgado de lo Social la ejecución de la sentencia en el incidente de no readmisión (arts. 277 y ss LPL). Y aquí es necesario hacer algunas precisiones. El objeto del incidente tiene un claro contenido patrimonial, pero, en su fase inicial, la tarea del juez es puramente declarativa, pues se trata de determinar si el empresario ha cumplido o no con la obligación de readmi-

sión<sup>67</sup>. Aunque la cuestión puede ser discutible, parece más razonable entender que esta primera fase del incidente corresponde al juez de lo social. Esta fase de “cognición” finaliza con un auto en el que se estima o se desestima la pretensión del trabajador ejecutante. Si se desestima por considerar que no se ha acreditado las circunstancias alegadas, el incidente concluirá dentro de la jurisdicción social. Pero si se estima, el auto declarará extinguida la relación laboral y condenará al empresario a pagar la indemnización correspondiente. A partir de ese momento se inicia la ejecución puramente patrimonial, de forma que si el empresario ha sido declarado en concurso esta ejecución corresponderá al juez mercantil.

Algo similar sucede en la ejecución de sentencias de condena por despido nulo. Estas sentencias deben ejecutarse en sus propios términos, de forma que, ante el incumplimiento del empresario, el trabajador puede acudir al Juzgado de lo social solicitando la ejecución del fallo. El incidente tiene una estructura similar al de las sentencias por despido improcedente. En una primera fase, puramente cognitiva, el Juez laboral dicta auto declarando si ha habido o no readmisión. En este segundo caso, el auto incluye una orden de reposición que el empresario debe cumplir en el plazo de cinco días. Si el empresario no cumple esta orden se abre la ejecución patrimonial en sentido estricto, debiendo adoptarse las medidas previstas en el art. 282 LPL. Esta ejecución correspondería ya al juez del concurso.

### **3.2. La responsabilidad solidaria y el concurso de acreedores. Problemas de coordinación competencial**

#### a) Las pretensiones declarativas de responsabilidad solidaria

Expuesto así a grandes rasgos el esquema de distribución de competencias entre el juez social y el juez del concurso, corresponde ahora analizar cómo opera este esquema en los supuestos de descentralización productiva, sucesión y grupos de empresa.

Ya se ha visto que en estos tres supuestos puede ocurrir que varias empresas respondan solidariamente frente al trabajador. Se produce así un litis-

<sup>67</sup> A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., p. 123; B. Ríos Salmerón, “La nueva Ley concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, nº 21/2003.

consorcio voluntario<sup>68</sup>, es decir, una acumulación subjetiva de acciones que depende de la voluntad de la parte demandante (art. 12.1 LEC)<sup>69</sup>. El trabajador no tiene que demandar a todos los posibles responsables, sino únicamente al que él elija. Lógicamente, lo normal será dirigir la demanda contra todas las empresas, pero no es necesario hacerlo; el actor podrá introducir cualquier selección en función de criterios de solvencia o de otra índole<sup>70</sup>. En este sentido, hay que hacer una precisión respecto a los grupos de sociedades. Como señalamos, el grupo no tiene personalidad jurídica y, por tanto, no puede asumir la condición de empresario responsable. Por esta misma razón, además, y a pesar del tenor literal del art. 16.5 LPL<sup>71</sup>, el grupo carece de capacidad para ser parte. Por lo tanto, en estos supuestos el trabajador no deberá dirigir su demanda contra el grupo, sino contra las empresas que lo forman y que, a su juicio, son responsables solidarias.

El trabajador puede, pues, demandar a una, a varias o a todas las empresas responsables. Pero, ¿qué ocurre si una de estas empresas está en concurso? Las dudas pueden surgir tanto en relación con las pretensiones declarativas como en la ejecución.

En las pretensiones declarativas sólo se plantean problemas con respecto a aquellas materias atraídas por la *vis atractiva* del concurso: 1º) las extinciones, suspensiones y modificaciones –incluida la movilidad geográfica– de carácter colectivo a las que se refiere el art. 8.2 LC, en relación con el art. 64 LC; 2º)

<sup>68</sup> En las obligaciones solidarias no juega el litisconsorcio necesario sino el voluntario. El campo propio del litisconsorcio necesario es el de las obligaciones mancomunadas en sentido estricto o inescindibles, en las que la prestación sólo puede ser exigida al “conjunto o grupo de deudores colectivamente considerado y los deudores no pueden liberarse más que llevando a cabo la prestación conjuntamente”. Es el supuesto del art. 1139 CC, de acuerdo con el cual “si la división fuera imposible (...) sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores”. En los supuestos de obligaciones inescindibles, el litisconsorcio pasivo necesario es la única solución, pues, como señala De La Oliva, “de no dirigirse la demanda frente a todos los pasivamente legitimados, la sentencia sería inútil e ineficaz” (A. De La Oliva, en A. De La Oliva Santos/I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 184). Estaríamos, pues, ante una sentencia “inútil datur”. Esto, sin embargo, no sucede en los supuestos que ahora estamos analizando, pues el tipo de responsabilidad que establece la norma -la solidaridad- no crea esa necesidad de cumplimiento conjunto. Por el contrario, en el supuesto de responsabilidad solidaria, el art. 1.144 CC abre expresamente la vía a una exigencia separada.

<sup>69</sup> A. De La Oliva Santos, en A. De La Oliva Santos/I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pp. 180 y ss.

<sup>70</sup> No obstante, si alguna sociedad del grupo que no ha sido demandada quiere entrar en el proceso podrá hacerlo como interviniente litisconsorcial, de acuerdo con el art. 13 LEC.

<sup>71</sup> El art. 16.5 LPL no es sólo una norma desacertada, es también una norma inválida porque incurre en *ultra vires* formal y materialmente. Formalmente, porque no tiene habilitación en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Materialmente, porque no tiene cobertura legal en ninguna otra norma del ordenamiento con rango de ley. Vid. E. Desdentado Daroca, *La personificación del empresario laboral*, cit., pp. 287 y ss.

las resoluciones de contrato de trabajo “colectivas” del art. 64.10 LC; y 3º) las extinciones y suspensiones de los contratos de alta dirección. En el resto de casos el juez social sigue siendo competente, de forma que podrá conocer de las acciones de responsabilidad dirigidas contra todas las empresas responsables, incluida la concursada, aunque, una vez firme la sentencia, la ejecución sobre la empresa concursada corresponderá al juez mercantil.

Centremos, pues, nuestra atención en esas materias que, tras el concurso, pasan a ser competencia del juez mercantil. Recientemente se ha defendido en la doctrina científica la posibilidad de plantear ante el juez mercantil que conoce de estas cuestiones no sólo la responsabilidad de la empresa que está en concurso, sino también la de quienes pueden ser considerados responsables solidarios: la empresa principal en las contratas, la empresa dominante del grupo o incluso el resto de empresas que forman el grupo y el cesionario del art. 43<sup>72</sup>. Se trata, sin embargo, de una hipótesis que no puede aceptarse.

En el llamado “ERE judicial” es evidente que no se pueden plantear pretensiones declarativas de responsabilidad contra empresas distintas al concursado, pues se trata de un procedimiento cerrado tanto objetiva como subjetivamente. En efecto, el contenido de este procedimiento se limita a acordar, en su caso, la extinción o suspensión de determinados contratos de trabajo, fijando las indemnizaciones pertinentes. Su objeto no puede extenderse a otras pretensiones. Además, desde el punto de vista subjetivo este procedimiento sólo puede dirigirse frente a la empresa concursada. Por lo tanto, si se pretende que otra empresa distinta a la que está en concurso sea declarada responsable solidaria de las deudas que surjan como consecuencia de los despidos colectivos, será necesario que se ejercite contra ella una acción de responsabilidad ante el orden social.

La misma solución debe aplicarse en el caso de resoluciones colectivas de contratos de trabajo y para el supuesto de suspensión o extinción de contratos de alta dirección. Es cierto que, en estos casos, en un proceso laboral cabría ampliar la responsabilidad a otras empresas, pero en el concurso no puede admitirse, porque el juez mercantil sólo tiene competencia frente al concursado. Aquí estamos ante un procedimiento cerrado desde el punto de vista subjetivo.

Por lo tanto, cuando se trate de acciones declarativas “atraídas” al concurso y exista una pluralidad de deudores solidarios, uno de ellos en concurso y el resto no, el juez mercantil se pronunciará exclusivamente sobre la responsabilidad de la empresa concursada. Para exigir la responsabilidad del resto el trabajador deberá presentar demanda en el orden social.

<sup>72</sup> R. Doctor Sánchez-Migallón, “Jurisdicción competente para la extinción de contratos de trabajo en casos de grupo de empresas en el marco del concurso”, *Actualidad Laboral*, nº 2/2010.

b) La ejecución de los deudores solidarios cuando media concurso de alguno de ellos

La ejecución de los deudores solidarios plantea ciertos problemas de coordinación cuando uno de ellos ha sido declarado en concurso.

Ya vimos que cuando existen varios responsables solidarios frente a la deuda, el acreedor puede optar por demandar en juicio declarativo a todos los deudores solidarios o sólo a alguno o algunos de ellos. Ahora bien, si en el ejercicio de esa libertad, el acreedor sólo demanda a algunos y no a todos y obtiene una sentencia de condena, la ejecución sólo podrá pedirse y despacharse frente a esos deudores condenados en el proceso de declaración y no frente al resto que, por decisión del propio acreedor, quedaron al margen de ese proceso. Pensemos, por ejemplo, en un trabajador que pretende reclamar por deudas salariales. En principio, de acuerdo con el art. 42 ET, son responsables solidarios del pago de esas deudas el empresario principal, el contratista y el subcontratista (que es el empleador). Si el trabajador sólo demanda al subcontratista y al contratista, la sentencia de condena no incluirá al empresario principal y, por tanto, no podrá despacharse ejecución contra él. Aunque esta solución fue polémica en la doctrina procesalista, hoy la respuesta del art. 542.1 de la LEC resulta inequívoca: “las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso”<sup>73</sup>.

Si el trabajador ha demandado en el orden social a todas las empresas responsables y se ha obtenido sentencia firme condenatoria contra todas ellas, será de aplicación lo dispuesto en el art. 542.3 de la LEC<sup>74</sup>, de acuerdo con el cual “cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución por el importe total de la deuda más intereses y costas frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos”.

El trabajador tendrá, así, un derecho de elección, pudiendo dirigirse la

<sup>73</sup> La única excepción es la que recoge el número 2 del artículo citado, a tenor del cual si el título ejecutivo fuera extrajudicial, la ejecución podrá despacharse contra el deudor no contemplado en él siempre que figure “en otro documento que acredite la solidaridad y que lleve aparejada la ejecución conforme a lo dispuesto en la ley”. Esta remisión opera sobre la lista del art. 517.2 LEC y los documentos incluidos en ella tienen un juego limitado en el ámbito laboral, salvo la conciliación administrativa o judicial. Así, la ejecución sería posible contra la empresa que reconozca en conciliación su responsabilidad solidaria en la condena que se ejecuta. Ahora bien, esta excepción entra, en realidad, dentro de la regla, pues el acta de conciliación es un título ejecutivo.

<sup>74</sup> Vid. V. Guilarte Zapatero, “Comentario al art. 542”, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, cit., pp. 2598 y ss; F. CORDÓN MORENO, “Comentario al art. 542”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Aranzadi, cit., pp. 144 y ss; J. Montero Aroca/ J. Flors Maties, *El proceso de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 257 a 265; M.A. Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, pp. 204 a 206.

ejecución por el importe total de la deuda contra una de las empresas condenadas, contra varias de ellas o contra todas. En esa ejecución podrán embargarse bienes de todos los deudores solidarios frente a los que se haya despachado la ejecución, hasta que el conjunto de los bienes embargados permita cubrir el importe por el que se siga el proceso. Así, en el ejemplo antes comentado, si el importe total de la deuda, más intereses y costas, asciende a 10.000 euros, no será posible que se embarguen bienes de cada deudor solidario por importe de 10.000, pero sí que se trabe un bien del empresario principal valorado en 5.000, otro bien del empresario contratista valorado en 3.000 y otro del subcontratista valorado en 2.000<sup>75</sup>. Si el trabajador decide promover únicamente la ejecución contra uno o alguno de los deudores solidarios mencionados en el título y no se consigue cobrar el importe total del crédito, podrá luego instar una segunda ejecución respecto de otro u otros de los designados, conforme a lo autorizado en el art. 1144 CC.

Pero, ¿y si entre las empresas condenadas hay una que está en concurso? Puede ser que, en tal caso, el trabajador decida solicitar la ejecución exclusivamente contra las empresas solventes, pero no es necesario que sea así. Si el trabajador pide la ejecución frente a todos los condenados, la ejecución de la empresa concursada puede verse atraída al concurso. ¿Cuándo se producirá esa atracción? Dependerá del momento en que se lleve a cabo la declaración de concurso. El art. 55.2 LC establece como regla general que las ejecuciones que estuvieran en tramitación “quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso”. Pero el mismo precepto, en su párrafo primero, reconoce ciertas excepciones a esta regla general, entre las cuales se encuentran las ejecuciones laborales. El artículo dispone que podrán continuarse “las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado” con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, “siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”<sup>76</sup>.

Si la ejecución de la empresa concursada se ve atraída por el concurso, los problemas que surgen entonces son de coordinación, pues, como acabamos de ver, los embargos deben limitarse a cubrir el importe de la deuda, más los intereses y costas.

Aunque la Ley Concursal no se refiere expresamente a este supuesto, hay que considerar aplicable lo dispuesto en sus arts. 85.5 y 161. En el art. 85.5

<sup>75</sup> J. Vegas Torres, en A. De La Oliva/I. Díez-Picazo Giménez/J. Vegas TorreS, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 61.

<sup>76</sup> Si se acredita que los bienes o derechos embargados son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, el juez del concurso deberá acordar el alzamiento del embargo decretado por el juez de lo social; y si todos los bienes fueran necesarios para esa continuidad, el juez deberá suspender las actuaciones.

se dispone que “en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos”. El precepto añade que “el escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido”. A través de la comunicación de créditos se controla así los posibles pagos que pueda recibir el acreedor y que, lógicamente, se tendrán en cuenta a la hora de despachar la ejecución. La solución contemplada en este precepto debe aplicarse no sólo a los supuestos en los que existen varios concursos abiertos sobre los codeudores, sino también cuando sólo uno o alguno de ellos ha sido declarado en concurso. El acreedor que comunique a la administración concursal su crédito, deberá informar de que existe abierta una ejecución laboral que, dirigida contra otros deudores solidarios, tiene por objeto satisfacer ese crédito. Si, finalmente, la ejecución laboral se despacha, el resultado deberá ser inmediatamente comunicado.

Por otra parte, el art. 161 deja claro que “en el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito”. El apartado segundo de este precepto autoriza, además, a la administración concursal para “retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios”. Si se efectúa, finalmente, el pago, la administración concursal “lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos”. Estas previsiones deben también considerarse aplicables al supuesto que analizamos, en el que sólo uno o alguno de los deudores solidarios está en concurso y contra el resto se está despachando ejecución en un proceso laboral.