

**III. EMPRESARIO****Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) No tiene tal condición el mero apoderado que paga los salarios. 3. Grupo de empresas. A) Requisitos exigibles para que proceda la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo: la intencionalidad defraudatoria. 4. Contratas. A) Responsabilidad. a) Salarios de tramitación. b) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. 5. Empresas de Trabajo Temporal. A) Convenio colectivo aplicable. 6. Sucesión de empresas. A) Requisitos del supuesto de hecho: exigencia del elemento patrimonial. B) Inexistencia: a) Sociedad anónima laboral constituida por los trabajadores de empresa declarada insolvente. b) Venta de participaciones de una sociedad limitada. C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo de notaría. D) Alcance de la responsabilidad solidaria en supuestos de despido anterior a la subrogación empresarial.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2001 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 863) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en los que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

**2. EMPRESARIO****A) No tiene tal condición el mero apoderado que paga los salarios**

La STS de 15 de enero de 2001, u.d., I.L. J 12, aborda el problema de determinar la concurrencia de los elementos delimitadores de la noción de empresario, en la figura del apoderado de una sociedad constituida y domiciliada en un Estado miembro, cuyo objeto es la actividad pesquera, teniendo en cuenta que es éste quien realiza las funciones de pagador de los salarios de los trabajadores en nuestro país con cargo a cuentas de la empresa. Entre los fundamentos jurídicos aplicables, el Tribunal hace referencia al artículo 13.2 del Reglamento CEE 1408/1971, en el que para el supuesto especial de los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques, se establece la extensión del principio de territorialidad, que en tales supuestos alcanza a tan particulares centros de trabajo. Conforme al mismo, se establece el principio general que permite someter al trabajador a la legislación del Estado miembro cuya bandera arbole el buque en el que éste realice su prestación laboral.

Sin embargo, el propio Reglamento establece algunas excepciones, en particular y específicamente referidas a los trabajadores del mar; el artículo 14.2.c) considera que el "... trabajador que ejerza una actividad a bordo de un buque que arbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerado por esa actividad por una empresa o por una persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro, estará sometido a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio", considerándose como empresario la persona o la empresa que pague la retribución, a los efectos de aplicación de la legislación laboral. Estas consideraciones sirven al Instituto Social de la Marina para considerar empresario a la persona que materialmente abona los salarios en nuestro país a los trabajadores residentes en España que prestan sus servicios en un barco con pabellón de otro Estado miembro, procediendo a dar de alta de oficio al apoderado de la compañía propietaria del barco.

El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del artículo 14.2.c) del Reglamento 1408/1971 por entender que el supuesto de hecho previsto en la norma comunitaria no se identifica con el caso objeto de litigio, ya que ésta se sustenta en la premisa de que el trabajador preste servicios para una empresa cuya sede esté situada en el mismo país en la que el operario resida, lo que en el caso no se verifica, ya que la empresa se encuentra situada en otro Estado miembro.

A pesar de lo dicho, el Tribunal deja abierta una posibilidad frente a posteriores pronunciamientos, sobre la base de la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, en los que podría invertirse el razonamiento anterior. En aquellos supuestos en que pueda acreditarse que la actuación de la empresa se produce en fraude de ley, con el objetivo de eludir la aplicación de las normas de Seguridad Social españolas, así se reconoce en la propia Sentencia donde por razones procesales se desiste de entrar a enjuiciar el problema desde tal perspectiva:

**III. Empresario**

"Podría haber sido otro el resultado si al amparo de lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil, se hubiese acreditado que la actuación de la empresa se produjo en fraude de ley, al tratar de evitar que se aplicase la legislación española en materia de Seguridad Social utilizando para ello una mera apariencia de domicilio en Inglaterra, o como por cierto afirma la sentencia del Juzgado de Instancia, amparándose la empresa en una mera posición formal que no debe evitar la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir."

**3. GRUPO DE EMPRESAS****A) Requisitos exigibles para que proceda la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo: la intencionalidad defraudatoria**

Conocida es la doctrina jurisprudencial que sistematiza los elementos cuya presencia permiten deducir la responsabilidad solidaria entre las distintas sociedades que conforman el grupo de empresas. Doctrina que ha sido comentada en estas mismas páginas con anterioridad —número 3, crónica III.3.D y número 5, crónica III.3.C—. El Tribunal Supremo viene negando la posibilidad de aplicar de manera automática los efectos de solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones a los supuestos de grupos de empresas. Para la jurisprudencia, la mera constatación de la existencia de una relación grupal entre varias empresas no debe dar lugar a la consiguiente extensión, a todas y cada una de las empresas que forman parte del grupo, de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por una de aquellas empresas. En principio, cada una de las empresas del grupo limita su responsabilidad a las obligaciones contraídas con sus propios trabajadores, como personas jurídicas autónomas que son. La aplicación de la responsabilidad solidaria requiere la presencia de algún otro elemento adicional que ponga de manifiesto una intencionalidad abusiva o fraudulenta, de quienes haciendo uso de la lícita figura societaria, puedan estar perjudicando a terceros, circunstancia que habilitaría a los Tribunales para poner en marcha la técnica del levantamiento del velo de la personalidad jurídica que consiste en considerar como una única empresa, lo que formalmente en el tráfico jurídico se presenta como un grupo de empresas, rompiendo con ello los límites del ámbito de la personalidad jurídica de las empresas del grupo.

La STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2001, I.L. 405, reitera los mencionados requisitos, para negar la existencia de responsabilidad en un supuesto en el que, probada la dirección unitaria de las diversas entidades que forman parte del grupo de empresas, no ha sido posible constatar algún otro elemento adicional. La argumentación de la sentencia se sustenta en el siguiente razonamiento:

"(...) que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues este dato será determinante de la existencia de un grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas; que para lograr este efecto hace falta un plus un elemento adicional, que se resida en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

## crónicas de jurisprudencia

- 1) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (...)
- 2) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (...)
- 3) creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (...)
- 4) confusión de plantillas, confusión de patrimonios apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (...)

Detallada enumeración de elementos que pretendiendo esclarecer la tortuosa línea jurisprudencial contribuye a difuminar los contornos de la misma. Pues si, como la sentencia se detiene en aclarar, no es necesario la presencia de todos estos elementos, y debe producir efectos con la constatación de la existencia de cualquiera de ellos, no quedan suficientemente claros los motivos que llevan a desestimar el recurso. La sentencia en el punto 4, cita expresamente como elemento adicional habilitante “la unidad de dirección”, y en el punto 1) se habla de “funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo”; el razonamiento subsiguiente debiera haber conducido a la estimación del recurso, pues la propia Sentencia también reconoce la existencia de al menos el primero de estos elementos. Queda abierta por tanto la cuestión relativa a la eficacia del elemento contenido en el punto 4), y la discusión al respecto de las diferencias entre dirección unitaria y funcionamiento unitario. En similares términos se pronuncia la **STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2001**, I.L. J 416.

Por lo demás debe advertirse que, en la Sentencia antes citada de 2 de febrero de 2001, el trabajador, como parte recurrente, pretende deducir la responsabilidad solidaria en estos supuestos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el precepto relativo a la transmisión de empresa. Lo sorprendente además es que el Tribunal, en su resolución, parta acríticamente de la posible aplicación de este precepto, eso sí condicionado a que concurren los elementos antes referidos expresivos de la existencia de una empresa única bajo la apariencia de multitud de personas jurídicas. A nuestro juicio es erróneo el enfoque de sustento legal, y ello en base a dos razones diferentes. De una parte, el caso en cuestión refiere a un supuesto de despido del trabajador en una empresa concreta, sin que de los hechos referidos quepa deducirse que el trabajador hubiera estado destinado o vinculado, sucesiva o simultáneamente a varias empresas del grupo; si el punto de partida es que el trabajador siempre ha estado contratado y prestado sus servicios para una misma empresa del grupo, es imposible concebir que se pueda producir un fenómeno de transmisión de empresa —exista o no grupo ficticio—, pues el supuesto de hecho condicionante de la aplicación del art. 44 ET requiere que se produzca un cambio en la titularidad de la empresa, que en ningún caso se verifica aquí. De otro lado, en la hipótesis de que concurriera el supuesto de hecho previsto en el art. 44 ET, el mismo no se vincula en ningún caso a situaciones simulatorias de personalidad jurídica, por lo que resulta indiferente que el grupo de empresa sea real o ficticio; por el contrario, caso de que

exista un grupo de empresa, con autonomía organizativa a todos los efectos de cada una de las empresas que lo integran, y se produjera un cambio de titularidad entre ellas, sería de plena aplicación del art. 44 ET y con ella la responsabilidad solidaria prevista en el mismo, en idénticos términos a los que se verifica cuando la transmisión se produce entre dos empresas que no pertenecen al mismo grupo empresarial.

## 4. CONTRATAS

## A) Responsabilidad

Como pudimos poner de manifiesto en números anteriores de esta misma Revista, en particular número 6, crónica III.4.D), la delimitación del alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET continúa siendo objeto de litigio. En esta ocasión, tenemos la oportunidad de comentar algunas cuestiones relacionadas con la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación y el alcance de la responsabilidad solidaria derivada de falta de medidas de seguridad.

## a) Salarios de tramitación

Nuevamente se plantea el problema de la naturaleza salarial o indemnizatoria de las cantidades adeudadas al trabajador en concepto de salarios de tramitación por despido improcedente; y, consecuentemente, si tales deudas pueden ser incluidas entre las obligaciones de naturaleza salarial a la que hace referencia el artículo 42.2 del ET, por tanto, objeto de reclamación al empresario principal en cumplimiento de lo previsto en el precitado precepto. La **STS de 23 de enero de 2001**, u.d., I.L. J 37, vuelve a pronunciarse sobre el alcance de la responsabilidad de la empresa principal, en los supuestos de despido de trabajadores de las empresas subcontratistas, declarados improcedentes por los órganos jurisdiccionales del orden social. Siguiendo el criterio jurisprudencial la Sala rechaza esta posibilidad pues:

“(...) la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores por el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a las obligaciones de naturaleza salarial, y como se ha hecho ver en el fundamento precedente, los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria, como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas, y por ello, tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal”.

Con independencia de la corrección o no de la argumentación formulada por la sentencia en cuestión, se advierte en la misma un exceso de pragmatismo y una ausencia de pronunciamiento respecto de una cuestión que está obligado a resolver nuestro Tribunal Supremo. Resulta poco rigurosa la expresión en la que elude su pronunciamiento acerca

de la naturaleza jurídica de la figura de los salarios de tramitación. No se trata de hacer soportar sobre la labor jurisprudencial una labor de construcción dogmática que no le corresponde de forma estricta, pero sí de que se vea forzado a efectuar un análisis de caracterización jurídica de las instituciones de nuestra legislación laboral, en la medida en que ello sea requisito necesario para una interpretación coherente y sistemática de los preceptos involucrados en un concreto litigio. Lo que no parece razonable es que según las materias y sin justificar jurídicamente el cambio de criterio en un caso diga que los débitos de tramitación tienen carácter salarial —a efectos de cotizaciones a la Seguridad Social— y en otros casos carecen de tal naturaleza —a efectos de responsabilidad para las contratas—. Si alguna utilidad tiene afrontar la naturaleza jurídica de las instituciones, lo es a efectos de poder efectuar una interpretación de conjunto, unitaria y no contradictoria, de la aplicación del Derecho, particularmente a efectos de no dar una imagen de aplicación caprichosa frente al justiciable.

#### b) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

También de forma reiterada, algunas sentencias se ocupan de determinar la concurrencia de las circunstancias que aconsejan extender al empresario principal, la responsabilidad del pago del porcentaje de recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social, que el trabajador accidentado deberá percibir, en los supuestos en que el accidente causante de tales prestaciones, se hubiese producido por falta de las medidas de seguridad.

La STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2001, I.L. J 103, con apoyo en los artículos 42 del ET, 40 LISOS y 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, plantea la vinculación de esta responsabilidad a la presencia de ciertos requisitos, que permitan verificar en la actuación del empresario principal la falta de observancia del deber de vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad en su centro de trabajo. El razonamiento jurisprudencial parte de la constatación de que, en estos supuestos, el mecanismo de extensión de la responsabilidad no pretende una ampliación de las garantías del trabajador accidentado; por el contrario, se trata de sancionar una actuación negligente del empresario principal, bajo cuyo control, o en cuyas instalaciones, se desarrolla en numerosas ocasiones la prestación de trabajo. En tales supuestos, puede afirmarse que el accidente de trabajo se produce bajo la esfera de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales del empresario principal, lo que en caso de incumplimiento determina la imputación de la responsabilidad en el resarcimiento del daño causado por su falta de diligencia. Con ello, serán considerados responsables del pago del recargo de las prestaciones por accidente de trabajo, empresario principal y subcontratista, si se advierte que ambos fueron sujetos incumplidores, pues fueron quienes en su momento debieron haber resuelto la falta de medidas de seguridad, que finalmente pudieron causar el mencionado suceso de consecuencias lesivas para el trabajador.

La sentencia recuerda como “(...) es procedente, en ciertos casos la exigencia de responsabilidad en el pago del recargo no sólo a la empresa subcontratada en donde se produce el siniestro, sino también a la principal, ello está ligado de forma inexcusable a que se

den ciertos requisitos que, en esencia, signifiquen que ante un deber de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad tal obligación ha sido omitida, de ahí que tal medida esté presidida por dos elementos: a) que se trate de la misma actividad, y b) que el evento producido en la actividad que realiza el subcontratista se ocasione en centro de trabajo de la empresa principal (...)

Sobre el particular debe advertirse que esta sentencia es mucho más exigente que la jurisprudencia prevalente hasta ahora. En efecto, debe tenerse en cuenta que el elemento decisivo en estos casos es el cumplimiento o no de concretos deberes de seguridad en el trabajo por parte de la empresa principal, con independencia de que ésta actúe o no en el marco de una contrata de la propia actividad. Particularmente cuando se trata del recargo de prestaciones el precepto de referencia es el art. 123.2 LGSS, imputando éste la responsabilidad al “empresario infractor” y destacando la jurisprudencia que en estos casos ello no se hace depender de que se trate o no de una contrata de la propia actividad.

En parecidos términos a la sentencia anterior se pronuncia la STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2001, I.L. J 679, aunque en este supuesto la falta de diligencia del empresario se concreta en la inexistencia de formación en materia preventiva, obligación que le impone el artículo 14 de la Ley de Riesgos Laborales:

“(...) no exonerándole de haberse acreditado la transgresión por el trabajador de su respectivo deber al efecto por cuanto la conducta de éste en ningún caso habría roto el nexo causal entre el incumplimiento patronal y el accidente”.

### 5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

#### A) Convenio colectivo aplicable

La STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001, I.L. J 164, resuelve un típico un conflicto de concurrencia entre diversas normas convencionales. En ella se aborda el problema de determinar si es aplicable el Convenio Colectivo de la empresa usuaria, o el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, para regular una relación laboral. En efecto, el supuesto de hecho parte de la situación de un trabajador contratado por una Empresa de Trabajo Temporal, puesto a disposición de una Empresa Usuaria, con la particularidad de que esa ETT tiene concertado su propio convenio colectivo de empresa y en el contrato de trabajo se fija como cuantía retributiva la cantidad pactada en dicho convenio de empresa. Frente a ello, el trabajador reclama un salario superior, pues pretende que se le aplique el recogido en el convenio sectorial estatal de empresas de trabajo temporal.

En estas circunstancias es claro que se trata de una concurrencia de convenios colectivos, a resolver conforme al art. 84 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto”; ergo, en este caso el convenio de empresa durante su vigencia no podrá ser afectado por el convenio sectorial, debiendo aplicarse el salario

previsto en el convenio sectorial. La sentencia en cuestión, aunque aplica tal precepto, lo hace de forma confusa, mezclándolo con el pacto en contrato que remite al convenio de empresa:

“ (...) si en este caso se pactó que el convenio aplicable, era el que tenía la empresa de trabajo temporal recurrente (...) debe estarse a lo expresamente pactado y como quiera que al actor se le pagó su salario con arreglo a ese Convenio de la empresa recurrente debe estimarse el recurso, (...) pues se le retribuyó, según lo libremente pactado, no pudiendo ser sustituido el convenio de la empresa recurrente, por el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de trabajo temporal de acuerdo con ese art. 84 el Estatuto de los Trabajadores (...)”

A lo que a nuestro juicio yerra el argumento de la sentencia es en enfocar el asunto desde la perspectiva de lo pactado en el contrato de trabajo, pues las partes individualmente no son libres de determinar cuál es el convenio colectivo a ellas aplicables, ni las mismas pueden a nivel individual resolver los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos. Las reglas de concurrencia son las que son y tienen carácter de derecho imperativo para las partes individualmente consideradas. Lo que sucede en este caso es que la cláusula contractual es coincidente con la solución aportada por el art. 84 ET y, por ello, la solución final del fallo es correcta conforme a la previsión estatutaria. Si alguna excepción podría establecerse a la tajante afirmación anterior, excluyente del pacto individual, es la relativa a la viabilidad de la mejora vía pacto individual, en el sentido de que lo que no le quedaría vedado al pacto individual es fijar salarios superiores al convenio aplicable, fijando tal incremento por vía indirecta de remisión a otro convenio con condiciones salariales más elevadas.

Por lo demás la sentencia en cuestión precisa que no tiene que entrar en el análisis de las consecuencias derivadas de la reforma legal de 1999. En efecto, precisa la sentencia que los hechos objeto de litigio preceden en el tiempo a la entrada en vigor de la Ley 29/1999, de 16 de julio, que como es conocido, modificó el artículo 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal, en esta materia; y lo modificó en el sentido de garantizar la percepción como mínimo del salario previsto en el convenio aplicable a la empresa usuaria. En efecto, el supuesto de hecho se encuentra en el límite temporal de vigencia de la regulación precedente, pues la puesta a disposición se desarrolló hasta el 5 de agosto de 1999, cuando la Ley 29/1999 se publicó en el BOE el 17 de julio de 1999 y entró en vigor 20 días hábiles más tarde, por tanto pasado ya el día 5 de agosto.

“(…) Siendo así que el contrato se firmó el 21 de mayo de 1998, y la reclamación se ciñe al período comprendido entre dicha fecha y el 5 de agosto de 1999, y por tanto antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1999, de 16 de julio (...)”

En todo caso como exponente, puede que no meramente anecdótico, del impacto de tal reforma legal, no deja de resultar llamativo que un contrato de puesta a disposición que

venía rigiendo de forma ininterrumpida desde hacía más de 14 meses concluyera justo a la fecha de inmediata entrada en vigor de la equiparación salarial de los trabajadores en misión.

## 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) Requisitos del supuesto de hecho: exigencia del elemento patrimonial

Como en números anteriores, proliferan los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales que se ocupan de delimitar los fenómenos de sucesión de empresas, en torno a las estrategias de descentralización productiva y a los procesos de sucesión de contratas, y la consiguiente posibilidad de aplicación del régimen jurídico previsto en los artículos 44 ET y 127 LGSS. Como hemos comentado con anterioridad, la doctrina jurisprudencial mantiene la imposibilidad de aplicación de las normas precitadas cuando no se produzca transmisión de los elementos patrimoniales de la empresa. En esta ocasión, la **STS de 20 de febrero de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 274, parece endurecer los requisitos exigidos por anteriores pronunciamientos de la Sala Cuarta, afirmando que en el supuesto estudiado no puede apreciarse sucesión de empresa, pues no se ha acreditado suficientemente:

“(…) que la actividad empresarial de la recurrente haya tenido el mismo soporte económico, material y organizativo que la sociedad cuya sucesión pretende la Administración demandada, y que ello haya sido consecuencia de un negocio jurídico transmisivo directamente concertado entre una y otra”.

Como puede observarse los requisitos de unidad económica, material y organizativa entre las empresas cedente y cesionaria y la, no menos complicada de probar, existencia de una relación negocial directa entre ambas empresas, podrían dejar al margen de la aplicación del régimen de obligaciones previsto en el artículo 44 ET, un buen número de situaciones que hasta la fecha venían siendo cubiertas por las garantías establecidas en el mismo.

### B) Inexistencia

#### a) Sociedad anónima laboral constituida por los trabajadores de empresa declarada insolvente

Las posibilidades de aplicación del artículo 44 ET, a los efectos de la subrogación prevista en el mismo, quedan supeditadas a la apreciación de la existencia de sucesión de empresa. En el supuesto que estudiamos, se cuestiona si en cumplimiento del precitado artículo, una sociedad anónima laboral constituida por los antiguos trabajadores de una empresa declarada insolvente, ha de considerarse frente al FOGASA, empresa sucesora o cesionaria a los efectos de responsabilidad por las deudas laborales no pagadas por la empresa declarada insolvente, y que habían sido abonadas por el propio FOGASA. Dicho

de otra manera, si los trabajadores que recibieron las indemnizaciones del FOGASA, ahora, como socios de la SAL, deben hacer frente a las reclamaciones de éste. El Tribunal Supremo rechaza esta posibilidad, señalando que la finalidad de la subrogación debe ser la defensa y garantía del empleo y bajo esta perspectiva debe aplicarse, de manera que:

“(…) cuando el cambio de titularidad de una sociedad anónima a una sociedad anónima laboral es transparente y no contiene elementos de fraude de ley, tal actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral (…)”  
STS de 11 de abril de 2001, u.d., I.L. J 809.

Sobre los razonamientos realizados por el órgano jurisdiccional no deja de estar presente el hecho de que, en el supuesto objeto de litigio, quien solicita la aplicación de las garantías normativas, lejos de ser los trabajadores, originarios destinatarios de aquélla, es una entidad pública, quien acciona contra éstos en reclamación de las indemnizaciones abonadas en concepto de despido.

Por lo demás, debe advertirse que este caso ha venido a ser resuelto definitivamente, por medio del Real Decreto 372/2001, de 6 de abril (BOE del 7 de abril), que reforma el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. En efecto, conforme a la nueva redacción dada por al art. 2.5 “No obstante lo anterior, cuando los beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial fueran trabajadores que, tras cesar en la empresa en la que prestaban servicios, constituyan una sociedad laboral, una cooperativa de trabajo asociado u otro tipo de cooperativa, cuyos socios trabajadores les sea de aplicación las normas establecidas para los socios trabajadores de las mencionadas cooperativas de trabajo asociado, no procederá la devolución de las prestaciones recibidas, si éstas han sido íntegramente aportadas a la sociedad cooperativa constituida, como capital social”.

#### b) Venta de participaciones de una sociedad limitada

En el mismo sentido desestimatorio se pronuncia la STSJ de Galicia de 15 de marzo de 2001, I.L. J 662, apreciando la inexistencia de sucesión empresarial en un supuesto de transmisión de participaciones entre los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, venta que es considerada lícita por no vulnerar la normativa alguna. A consecuencia de ello, será la propia sociedad la responsable única del pago de los salarios debidos, sin que pueda extenderse ésta a los antiguos socios, solución reclamada por la parte demandante. La Sentencia no encuentra ánimo defraudatorio alguno en la transmisión de las participaciones de la sociedad, negocio jurídico mediante el cual no se produce la extinción de ésta, de esta manera no se ha producido transmisión alguna, antes bien:

“(…) simplemente se constata la venta de participaciones de dos de ellos al tercero, quedando éste como socio único, permitiéndose legalmente la Sociedad Limitada de socio único, con lo cual, no estamos hablando de dos empresarios distintos; sino que la actora trabajó para un solo empresario (…)”

#### C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo de notarías

La STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2001, I.L. J 705, reconoce la posibilidad de extender la responsabilidad prevista en el artículo 44 ET a supuestos en principio excluidos de su aplicación, mediante la aplicación de las previsiones contenidas en la norma convencional. En el supuesto que nos ocupa, los demandantes, trabajadores que venían prestando servicio en una notaría, reclaman al nuevo titular de la misma los salarios dejados de abonar por el antiguo notario en aplicación del artículo 16 de convenio colectivo. En el mencionado precepto convencional se establece que el notario, “al tomar posesión, asumirá las relaciones laborales de su antecesor”. La Sentencia reconoce que el cambio de titular en la plaza ostentada por un determinado notario no constituye un supuesto incardinable en el art. 44 ET, por ello en principio, no sería lícito exigir al nuevo titular las obligaciones adquiridas por el anterior titular frente a los trabajadores que para éste prestaban servicio. Sin embargo, esta interpretación no excluye la posibilidad de generar tal responsabilidad vía convenio colectivo, circunstancia que sin duda concurre en el supuesto analizado. Según argumenta el Tribunal, acudiendo a una interpretación literal de los términos previstos en el texto del convenio colectivo, es:

“(…) importante, en este orden de cosas, atenerse a su dicción literal, que reza: ‘el Notario, al tomar posesión de una Notaría como titular de la misma, asumirá las relaciones laborales de su antecesor (…)’ . Pues bien, en gran medida la decisión radica, en precisar el valor del término asumir y, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es ‘Alterar a sí, tomar para sí. 2. Hacerse cargo, responsabilizarse de algo, aceptarlo. 3. Adquirir, tomar una forma mayor’. En consecuencia, en esta área concreta, asumir es responsabilizarse de las relaciones laborales de su antecesor –es situarse en su posición jurídica– y, por tanto, es claro que, por vía convencional, se ha generado la responsabilidad del nuevo Notario (…)”

#### D) Alcance de la responsabilidad solidaria en supuestos de despido anterior a la subrogación empresarial

Entre los requisitos que desencadenan la aplicación del art. 44 ET se encuentra la necesaria pervivencia de la relación laboral en el momento en que se produce la transmisión de la empresa. Conforme a estos consolidados criterios jurisprudenciales, la subrogación sólo alcanza a quienes fueran trabajadores del cedente en el momento del cambio de titularidad. Pero independientemente de que tal criterio sólo rige respecto de contratos definitivamente extinguidos, no así cuando estuviera pendiente de calificación judicial un despido provocado por el cedente; cuando la transmisión de la empresa se produce por medio de actos *inter vivos*, cesionario y cedente deberán responder solidariamente de las obligaciones laborales pendientes nacidas con anterioridad a la transmisión durante un período de tres años. El hecho de que el negocio haya sido celebrado durante un corto espacio de tiempo, no rompe la relación de solidaridad entre cedente y cesionario, ni la circunstancia de que el contrato de trabajo haya sido extinguido unos días antes permite al empresario cesionario eludir la obligación de hacer frente a las deudas salariales no satisfechas por el cedente. En caso contrario, quedaría abierta expedita una amplia vía de escape que dejaría sin efecto el mecanismo de garantía previsto en la norma estatutaria.

Ésta es la tesis mantenida en la STSJ de Extremadura de 28 de marzo de 2001, I.L. J 660, en un supuesto de reclamación de cantidades adeudadas por el empresario cedente a una trabajadora que había sido despedida por éste improcedentemente, el Tribunal estima la responsabilidad solidaria del empresario cesionario, quien:

“(...) ha de responder de las obligaciones laborales asumidas por el empresario cedente del negocio para con su empleada, respondiendo solidariamente con aquél durante tres años, al ser éstas anteriores a la novación subjetiva, a lo cual obviamente no empece el hecho de que el negocio hubiera permanecido cerrado durante ocho días, desde el despido de la actora hasta la reapertura por el cesionario, pues, tomando en consideración dicha tesis la solución para eximirse de responsabilidad el nuevo empresario sería de muy fácil ejecución”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO