

Comunicación a la Ponencia Temática I

**ESCISIÓN DE EMPRESAS Y EXTERNALIZACIÓN
DE SERVICIOS**

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. FLEXIBILIDAD Y COMPETITIVIDAD: ¿PARÁMETROS DE LAS ESCISIONES DE EMPRESA?—II. LA ESCISIÓN DE EMPRESAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. DELIMITACIÓN DE LA EMPRESA Y DE LA UNIDAD OBJETO DE ESCISIÓN.—III. RAZONES DE LAS ESCISIONES DE EMPRESAS.—IV. CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DE LAS ESCISIONES DE EMPRESA. ESCISIÓN DE EMPRESAS Y EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS. LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL COMO REGLA DE PRINCIPIO DE LAS ESCISIONES DE EMPRESAS.

I. FLEXIBILIDAD Y COMPETITIVIDAD: ¿PARÁMETROS DE LAS ESCISIONES DE EMPRESA?

«En el país de las maravillas no había reglas o si las había nadie les prestaba atención, porque en el juego todo era vivo y se escapaba»¹. Esta cita de Lewis Carroll encabezó el debate sobre la reestructuración productiva y la flexibilidad, para significar que la reorganización de la empresa se enmarca en el principio de libertad de empresa, recogido, para el caso español, en el artículo 38 de la Constitución.

El principio de competitividad, presente en nuestro ordenamiento², ha permitido a los empresarios demandar mayor flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos y en la reorganización de la empresa, al influir decisivamente los costes laborales en el precio final del producto. Sin embargo, la realidad es que, aunque son un factor importante, hay que abogar por un análisis conjunto y no parcelar el

¹ Como puso de manifiesto MARTÍN ARTILES, A. En JÓDAR, P./MARTÍN ARTILES, A.: *Crisis económica y relaciones industriales*. Ed. Zero. Madrid, 1984.

² El artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores basa la acreditación de causas técnicas, organizativas o de producción en la posibilidad de superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

problema sólo en los costes de trabajo. Ello ha influido en un Derecho del Trabajo, caracterizado por la coyunturalidad, que ha tenido que adaptarse a la realidad económica, jurídica y social subyacente, de forma que asistimos constantemente a cambios en el Derecho del Trabajo «por» y «para» la Economía³. Esta tendencia se manifiesta en una institución clave para nuestra disciplina, como es el contrato de trabajo, desde su nacimiento hasta su extinción incluidas sus etapas intermedias, donde se ha hablado del «circuito de la flexibilidad⁴», que ha provocado en ocasiones un cierto debilitamiento en la protección de los derechos de los trabajadores, acentuado en situaciones de paro laboral⁵. Además ha afectado al sistema de garantía⁶, permitiendo la convivencia entre trabajadores fijos de plantilla y personal externo con precarias condiciones de trabajo. Las modificaciones en la relación de trabajo derivadas de la flexibilidad han motivado la aparición de nuevas formas de gestión de la mano de obra y cambios en el modelo y organización del trabajo⁷.

Estas consideraciones realizadas hace algunos años siguen hoy vigentes, aunque ha de apuntarse otro factor de importancia crucial: los empresarios siguen demandando mayor flexibilidad

³ Así lo manifiesta en un trabajo anterior, RODRÍGUEZ RAMOS, M.^o J. La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994. Ed. tecnos. Madrid, 1995.

⁴ PÉREZ AMORÓS, F.: «Medidas de fomento del empleo». VV.AA.: Formación profesional, contratación y mercado de trabajo. Coord. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS. Sevilla, 1991, p. 105. Otros autores consideran que son cinco los grandes temas de la flexibilidad laboral: salarios, distribución del tiempo de trabajo, trabajo a tiempo parcial en empresas de trabajo temporal y trabajo temporal, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral». VV.AA.: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Alonso Olea. MTSS. Madrid, 1990, pp. 267 y ss.

⁵ CHIUSOLO, S.: *Il lavoro subordinato e le nuove forme di organizzazione del lavoro*. Lavoro 80. 1987-1, p. 463.

⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Contratación temporal y nuevas formas de empleo». RL nº 7-8, 1989, pp. 1-2. Asimismo se ha afirmado que la flexibilidad ha actuado como camino de degradación progresiva de la estabilidad en el empleo, CASAS BAAMONDE, M.^a E./BAYLOS GRAU, A.: «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español». RL 1987-II, p. 17.

⁷ Así, MOREAU: «Traffics de main d'oeuvre». Droit Social nº 5, 1981, p. 393. DAVIES/FREELAND, M.: «Nuevas formas de empleo». RL nº 7-8, 1989, p. 9. Aunque es necesario analizar el fenómeno más allá de la visión patológica que se tiene de los fenómenos de externalización de servicios. MONEREO PÉREZ, J.L.: La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos. Ibidem. Madrid, 1994, p. 29.

para reorganizar sus empresas, en busca de la adaptabilidad a la demanda del mercado; lo que significa reformas legislativas, pero al mismo tiempo solicitan mayor intervención del Estado en cuanto a la regulación de mecanismos de garantía para los trabajadores, fundamentalmente en aras de conseguir una mayor estabilidad en el empleo, reclamando mayor intervención sobre la demanda —medidas de fomento del empleo, en sus distintas manifestaciones de subvenciones, bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social o de imposición fiscal, reducción del precio del dinero....—.

No ha sido suficiente realizar una política de ajuste, mediante la recuperación de excedentes, sino que ha sido también necesario revitalizar nuevas formas de organización del trabajo (NFOT), utilizando distintas manifestaciones de descentralización productiva y otras formas de organización, no todas nuevas, pues hay también viejas formas de organización del trabajo que han despertado de un largo letargo —hoy se habla más de utilizar el trabajo a domicilio-, e incluso otras que han ralentizado su marcha en determinadas épocas para convertirse hoy día en figuras estrella, sin las que ya no es posible pensar en la organización de la estructura productiva —caso de la contrata o subcontrata de obras o servicios— muy utilizada en algunos sectores y que, hoy por hoy, se ha arraigado en todos los sectores productivos— y, por citar otro botón de muestra, otras formas de organización del trabajo hoy lícitas —a través de empresas de trabajo temporal— pero que hasta hace algunos años, si bien funcionaban en el mercado de trabajo, lo hacían ilegalmente. Las demandas empresariales no han cesado en cuanto a la utilización de tales NFOT con el fin de reorganizar las empresas en busca de una mayor competitividad, y en respuesta a la demanda, todo ello porque, como algunos autores han descrito gráficamente, se han producido «dramáticos cambios» en el entorno en que se desenvuelven las empresas⁸.

El objeto de este trabajo es destacar cómo las empresas, utilizando el mecanismo de la escisión, pretenden conseguir tales objetivos, mezclándose en ocasiones con formas de externalización de servicios.

⁸ GITTLEMAN, M./HARRIGAN, M./JOYCE, M.: «Flexible workplace practices: evidence from a nationally representative survey». *Industrial and Labour Relation Review*, vol. 52, nº 1, octubre de 1998, p. 99.

II. LA ESCISIÓN DE EMPRESAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. DELIMITACIÓN DE LA EMPRESA Y DE LA UNIDAD OBJETO DE ESCISIÓN

Como elemento previo hemos de partir de un concepto de empresa y de unidad objeto de escisión. En cualquier caso existe dificultad de aprehender un concepto unitario de empresa para los órdenes civil, mercantil, administrativo, fiscal y laboral; amén de que la mayor parte de los casos se identifican los conceptos de empresario y de empresa, produciéndose una subjetivización del concepto de empresa que dificulta nuestra labor. Tal vez quien mejor defina la complejidad del problema con que nos encontramos al abordar esta cuestión no es un iuslaboralista, ni siquiera un jurista. Como decía A. Machado en sus proverbios y cantares (Campos de Castilla):

«Bueno es saber que los vasos sirven para beber
lo malo es que no sabemos para qué sirve la sed».

Podemos y de hecho vamos a definir y seguir trabajando sobre la escisión de empresas. Sin embargo, nos encontramos con el problema que supone partir de un concepto jurídico que sólo afecta de forma tangencial a otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, en Derecho Civil podemos referirnos al arrendamiento o traspaso de local de negocio —elemento decisivo de la empresa—, en Derecho Mercantil al arrendamiento de empresa, en Derecho del Trabajo a la sucesión de empresa o en Derecho financiero a la fiscalidad de la empresa..., sin que hayamos utilizado un concepto unívoco, y lo que es más, sin que haya coincidido el concepto que tratamos de utilizar en una sola ocasión.

La empresa ha sido definida como «un conjunto de elementos (capital y trabajo) destinado a la producción para el mercado»⁹. Sin embargo, no se trata de un concepto pacífico, ya que dependerá de si utilizamos un elemento finalista (en función al objeto de la misma), un elemento economicista, patrimonialista o incluso social (entendiendo por éste último que la empresa es un conjunto de trabajadores que prestan servicios en la misma). No obstante, todos han de ir unidos, sin perder de vista que hoy en día existen las denominadas microempresas, caracterizadas por no tener asalariados, que no llegan

⁹ BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos. Madrid, 1994, p. 101.

siquiera a la categoría de PYMES, y que están viviendo una bonanza importante. En otras ocasiones se incide sobre la existencia de un conjunto de medios y la idoneidad para ser empleados de inmediato en un proceso productivo¹⁰, con lo que lo decisivo sería la existencia de una organización del trabajo, cuanto menos a los efectos que nos ocupan. La realidad es que sería necesario un Estatuto de la empresa.

La empresa ha sido vista como empresa-organización, pero también como empresa-actividad o incluso ha llegado a identificarse con la persona del empresario. La dificultad de aprehender un concepto unitario de empresa ha llevado a proponer diversas teorías, desde la tesis escisionista a la tesis unitarista¹¹. Por razones de espacio no vamos a analizar las distintas tesis sobre un Derecho de la empresa, pero sí significar que la organización productiva con carácter autónomo es un concepto crucial para determinar si operan o no en las escisiones de empresa los mecanismos jurídicos de protección de los derechos de los trabajadores, y ello será así en función a cómo se realice tal escisión. Así, en ocasiones la escisión de empresa irá aparejada de un efecto subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que en otros casos estaremos ante el efecto contrario.

Si la escisión de una sociedad es «la división de su patrimonio en dos o más partes a fin de traspasar en bloque una o varias la totalidad de estas partes resultantes de la división de una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de las sociedades escindidas acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias en contraprestación de esta aportación»¹²; habrá que determinar las consecuencias en la esfera jurídica de los trabajadores, en función a cómo se realice la misma.

¹⁰ GONZÁLEZ-BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad en la empresa...*, op. cit., p. 95 y jurisprudencia allí citada.

¹¹ Todas ellas expuestas con amplitud en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*. Dir. A. Ojeda Avilés. Ed. Comares. Granada, 1997, p. 20. In extenso, el mismo autor «El concepto de empresa». Madrid, 1999.

¹² Tal como precisa CERDÁ ALBERO, F.: *Escisión de la sociedad anónima*. Tirant Monografías. Valencia, 1993, p. 29. La escisión de empresas es un fenómeno que no ha escapado al estudio de la doctrina italiana, incluso la no laboralista, puede verse un análisis detenido de GALGANO, F.: «Le fasi dell'impresa nei consorzi fra imprenditori». *Contratto e impresa* n° 1, 1986.

La escisión se entiende como una forma de estructurar la empresa, «dividiendo en dos o más partes, empresas o establecimientos, el patrimonio de una sociedad para aportar a una de ellas nuevas o preexistentes»¹³. El fenómeno de la escisión de empresas y su disección en otras empresas o fases jurídicamente autónomas susceptibles de continuar la actividad tiene múltiples manifestaciones¹⁴. Se produce una partogénesis¹⁵ o división en partes de la empresa, por las razones que analizaremos, donde el problema está en determinar si dicha partición conformará unidades productivas autónomas, aunque en ocasiones forman parte de un mismo grupo de empresas con distinto nombre comercial y distinta actividad.

Partiendo de la tipología básica de escisiones de empresa que existe en la normativa mercantil —tanto por lo que respecta a la Sociedad Anónima como a la sociedad de responsabilidad limitada, por citar las más significativas—, podemos diferenciar entre escisión propia y escisión impropia. La escisión propia consiste en el traspaso de la totalidad de activos de la sociedad de origen y la extinción de la misma, que pasará a desintegrarse y transmitirse a otras sociedades ya constituidas o de nueva constitución, afectando dicha operación a todo el personal. El problema está en si tal desmembración de la empresa y su posterior integración en empresas de nueva constitución o preexistentes conduce automáticamente a la aplicación de los efectos subrogatorios previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Si, por el contrario, la escisión es impropia —escisión de una empresa que persiste y la integración de parte de sus activos en empresas existentes o de nueva creación — parte de los trabajadores continuarán prestando sus servicios en la empresa de origen y parte pasarán a integrarse en otras sociedades preexistentes o de nueva creación. Este efecto de continuidad de la prestación laboral en las empresas en las que se integra el patrimonio de la empresa de origen no se producirá en cualquier caso. Habrá que estar a si se trata o no

¹³ BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil...*, op. Cit., p. 349.

¹⁴ Así lo manifiesta ALLEVA, P.: *Il campo di applicazione dello Statuto dei Lavoratori*. Giuffrè Editore. Milano, 1980, p. 95.

¹⁵ En términos de TANTINI, G.: *Trasformazione e fusione delle società*. VV.AA.: *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Dir. Galgano. Cedam. Padua, 1985, p. 366. CERDÁ ALBERO, F.: *Escisión de la sociedad anónima*, op. Cit., p. 30.

de una verdadera escisión, si es una escisión-fusión o, por descontado, si se ha transmitido una unidad organizativa autónoma.

Paralelamente, podemos encontrarnos con escisiones de hecho y escisiones de Derecho. Las primeras serán las que no sigan el procedimiento preestablecido por la normativa aplicable al caso, y las segundas las que cumplan tales condicionantes procedimentales. Debatiéndose si existe o no una verdadera sucesión de empresas con el consiguiente efecto subrogatorio. Si partimos, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Supremo¹⁶, que para que exista sucesión de empresas con efecto subrogatorio ha de producirse la entrega o transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura o de los elementos patrimoniales fundamentales de la organización empresarial para la prestación de servicios, esto no ocurre así en el caso de sucesivas adjudicaciones a dos distintas empresas del servicio de limpieza, cada una de ellas dotada de su propia organización independiente. No pudiendo derivarse de ello responsabilidades de la empresa entrante respecto del personal de la anterior.

Anticipando alguna conclusión, no será lo mismo que la sociedad de origen continúe funcionando en el mercado y sólo parte de ella sea transmitida, y tampoco tendrá iguales consecuencias que dicha sociedad se transmita a otras ya existentes —lo que podría constituir un grupo de empresas a efectos mercantiles, pero también a efectos laborales— o que se creen nuevas empresas con distinto objeto social y actividad, y por supuesto tampoco tendrá iguales consecuencias que la sociedad de origen desaparezca para formar otras sociedades diferenciadas.

No es una cuestión pacífica dilucidar cuándo estamos ante una transferencia de servicios y no de un patrimonio o conjunto de elementos o cuando lo que se transfiere es la marca o el nombre comercial, sin llevar aparejada la transferencia de maquinaria o de otros bienes de equipo; o incluso cuando lo que se transfiere son derechos de contenido patrimonial de carácter industrial (marca comercial) o intelectual (la fórmula de un producto), pero no a los trabajadores y la organización productiva donde desarrollan sus servicios. Si con el traspaso de tales elementos la empresa pierde la posibilidad de

¹⁶ SSTS (Social) de 31 de marzo de 1998 (RAJ 4575), y jurisprudencia allí citada. SSTS (Social) de 29 de diciembre de 1997, de 13 de marzo de 1990 (RAJ 2069), de 5 de abril de 1993 (RAJ 2906), de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (RAJ 1127 y 10093) y 23 de enero de 1995 (RAJ 403).

seguir desarrollando su actividad, pudiendo incluso catalogarse como una descapitalización de la misma con consecuencias para los trabajadores, entendemos que habría de aplicarse el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y los efectos subrogatorios en él regulados, aunque sobre este aspecto abundaremos en el último epígrafe.

Las dificultades anteriores se aumentan en aquellos casos en los que la estructura organizativa de la empresa es mínima —casos de los servicios de limpieza, vigilancia, mantenimiento, informática...— por tratarse de empresas que no necesitan de una organización compleja para desenvolver la actividad a la que se dedican. En estos casos la escisión de parte de la empresa no puede ser medida en iguales términos a los de la escisión de una organización compleja; aunque en cualquier caso, no obstante, estaremos ante una escisión de empresa, pero donde la determinación de la existencia de unidad organizativa autónoma se hace más complicada y donde la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el mecanismo de la subrogación empresarial presenta particularidades, muchas derivadas de lo dispuesto en los convenios colectivos sectoriales reguladores de tales actividades. Pudiendo afirmar que se trata de un fenómeno mixto entre la sucesión de empresas y la cesión de trabajadores en la mayor parte de los casos.

Asimismo podemos encontrar con escisiones en el interior de un grupo de empresas, donde, a su vez, las mismas se fusionan con otras existentes dentro o fuera del grupo o donde pueden crearse nuevas empresas, usualmente dentro del propio grupo, que se ha denominado como filialización. En realidad, no parecen tener mucho sentido, al menos en principio, las escisiones internas en el grupo de empresas, al menos por lo que a elusiones de responsabilidad o cargas empresariales afecta, al preverse una responsabilidad solidaria cuando concurren los indicios que la jurisprudencia de nuestros Tribunales establece. En estos casos la escisión puede realizarse a efectos fiscales, estratégicos... (aplicación de una normativa distinta de un Régimen de Seguridad Social diferenciado para los trabajadores y más favorable para el empresario).

Por finalizar con el elemento conceptual, hemos de significar que no es lo mismo escisión de empresas que externalización de servicios. Se trata más bien de un distinto enfoque de una y otra, donde a veces podemos encontrar con que la última es consecuencia de la primera y en otros supuestos que son fórmulas paralelas de es-

tructuración de la empresa con, incluso a veces, consecuencias jurídico-laborales distintas. Así la escisión de empresas implica un troceado de la misma, donde a veces se mantiene la unidad de origen, caso de las denominada legalmente escisiones impropias (art. 252..2.b LSA para la sociedad anónima) y a veces la unidad de origen se extingue, dividiéndose en partes, unas con entidad organizativa y otras no, integrándose en empresas preexistentes o en empresas de nueva constitución. La externalización de servicios podrá derivar de la escisión de la empresa, pero podrá ocurrir que simplemente una empresa utilice, sin previa escisión, mecanismos de outsourcing.

En este sentido podemos distinguir entre fórmulas de externalización de servicios que llevan aparejadas escisiones de empresa y aquéllas otras puras que no implican este segundo fenómeno, sino una opción de la empresa de descentralización de sus servicios. En cualquier caso, las escisiones de empresa, mediante la posterior utilización de formas de descentralización productiva, son una verdadera estrategia empresarial basada en la idea de que las pequeñas empresas aportan flexibilidad en la gestión de la mano de obra, «ya que pueden producir series cortas debido a su tecnología o trabajo artesanal, y adaptarse fácilmente a las fluctuaciones del mercado»¹⁷.

No cabe duda de que el fenómeno de la externalización no es nuevo en nuestro país ni en los de nuestro entorno, pues son pocas ya las empresas que desarrollan todo el proceso productivo finalizando el producto hasta el momento de su entrada en el mercado de bienes y servicios. Se ha pasado del fordismo, caracterizado por la elaboración de un producto en su totalidad en una empresa, a la externalización como fórmula usual de estructuración y organización de la empresa, a la fragmentación del ciclo productivo. Estamos ante una pulverización del concepto tradicional de empresa; pero es que además, y en palabras de Zanelli «a la descentralización tradicional del ciclo productivo por el que el empresario era atraído con la más o menos celada esperanzada de huir de la normativa limitativa y de reducir costes de producción, reduciendo la fuerza sindical, va sustituyéndolo la descentralización de la era electrónica que, si no ha suprimido del todo las referidas motivaciones de los empresarios, ha seguramente asumido nuevas formas por la necesidad de adecuarse a un nuevo mercado, a un nuevo modo de producir, y ha

¹⁷ Así lo destaca MARTÍN ARTILES, A.: *Crisis...*, op. Cit.

creado nuevas formas de división del trabajo entre empresas¹⁸. Se está dando el fenómeno en funciones accesorias internas de las empresas, como el marketing, la publicidad, las relaciones públicas, la asistencia técnica, la gestión de la contabilidad, la proyección¹⁹, con la consiguiente multiplicación de pequeñas y medianas empresas «que operan en este campo del terciario avanzado, del sector de servicios e incluso del sector cuaternario». Esto mismo está ocurriendo con funciones esenciales de la misma, y para ello no sólo es utilizado el mecanismo de la contrata o subcontrata de obras o servicios, sino también la escisión de partes autónomas de la empresa.

La descentralización productiva está alcanzando numerosas muestras, donde si lo habitual ha sido externalizar alguna fase del ciclo productivo, a esta forma se añade la externalización del equipo de mantenimiento y del equipo técnico, el desplazamiento de la demanda inestable, dándose una expulsión de mano de obra y generando necesidad de especialización y alta tecnología en la pequeña empresa a la que se desplaza parte del mercado. Así un grupo de empresas puede quedarse con la demanda estable y el resto desplazarla fuera del grupo, evitando así costes innecesarios de mano de obra en las fases de menor demanda de producto²⁰; o pueden externalizarse determinados servicios completos o parcelar el ciclo productivo de un determinado producto entre varias empresas, a las que se han denominado imprese-reparto²¹. Esta operación puede realizarse utilizando, sin pasar necesariamente por una escisión previa, contrata o subcontrata de obras o servicios, las propias empresas de trabajo temporal, autónomas y, en ocasiones, falsos autónomos, trabajo a domicilio, cooperativas o sociedades anónimas laborales. Llegándose a veces a desnaturalizar algunas de dichas fórmulas mediante la utilización de la denominada economía sumergida.

¹⁸ ZANELLI, P.: «Impresa, lavoro e innovazione tecnologica...», op. Cit., p. 139.

¹⁹ Así se ha apuntado que la calidad tecnológica empuja al empresario a exportar más allá de su empresa tales funciones, VENEZIANI, B.: «Nuevas tecnologías y contrato de trabajo: perfiles de Derecho Comparado». *Il Giornale di Diritto del Lavoro* 1987.

²⁰ Un interesante estudio sobre las formas de afrontar las crisis las empresas en MARTÍN ARTELES, A.: «Crisis y estrategia empresarial. El caso Olivetti». *Crisis económica y relaciones industriales*. Ed. Zero. Madrid, 1984, pp. 128-146.

²¹ ALLEVA, P. *Il campo di applicazione...*, op. Cit., p. 95.

III. RAZONES DE LAS ESCISIONES DE EMPRESAS

La escisión de empresas sirve en ocasiones para «desarticular el ciclo productivo de la empresa en el universo de la pequeña empresa, del artesanado y del trabajo a domicilio; hacer crecer la fuerza de trabajo marginal, subprotegida y subpagada; recuperar la economía y flexibilidad de gestión²²; pues la pequeña empresa da más flexibilidad y adaptación a las necesidades del mercado, al permitir retribuciones más bajas, mayor flexibilidad en la utilización del tiempo de trabajo, menor edad de los trabajadores, menor presencia sindical y, en suma, más precariedad en el empleo²³. Desde otro punto de vista, las grandes concentraciones empresariales presentan inconvenientes: suponen un aumento de costes fijos y mayor dificultad organizativa, de ahí que se busque la escisión para obtener más eficacia²⁴. Y es que muchas tendencias económicas neoliberales —Escuela de Boston entre ellas— ya hablaban de la muerte de los dinosaurios. Precisar, aunque no vamos a detenernos en ello, que las escisiones no tienen iguales razones, o no igual intensidad, en el sector público, donde el ahorro de costes no es el objetivo principal.

Racionalización de la empresa y gestión de recursos humanos son a veces razones esgrimidas por las empresas para utilizar el mecanismo de escisión; razones también válidas para utilizar las fórmulas de descentralización productiva. A éstas pueden añadirse otras como lograr mayor competitividad y posición en el mercado, búsqueda de ventajas fiscales o de Seguridad Social, intento de expansión de la empresa a través de microunidades organizativas y más especializadas como fórmula de solución a la división hereditaria o para disolución de la sociedad de gananciales, aunque en al-

²² CARINCI, F.: «Statuto dei lavoratori e piccola impresa». Original presentado al Congreso de Palermo de 17-20 de mayo de 1990. Otros autores señalan otros factores: como la actividad intensiva de la mano de obra, la subcontratación, la innovación tecnológica, a pequeña escala y la variabilidad del mercado, como aspectos favorables para el establecimiento y desarrollo de las pequeñas empresas, SCASE y GOFFEE cit. En SALAMAN, G.: «La pequeña empresa en el Reino Unido». *Sociología del Trabajo* n° 5, 1988-1989, p. 68.

²³ Como ya pusiera de manifiesto GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Piccola impresa e Diritto del Lavoro in Spagna». *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* n° 8, 1990, p. 68.

²⁴ Abunda sobre estas causas CERDÁ ALBERO, F.: *La escisión de la sociedad anónima...*, op. Cit., p. 49.

gunos casos podría tener consecuencias laborales si se produjera la continuidad de la empresa o de parte de la misma en estos casos.

A lo que debe añadirse la posibilidad de utilizar dichos mecanismos con fines fraudulentos al objeto de vulnerar derechos de los trabajadores. Sin perjuicio de esta última consideración, hemos de partir de que se trata de fenómenos lícitos en nuestro ordenamiento jurídico²⁵, que se explican desde sustraerse de las onerosas cargas que conlleva la posición de empresario hasta la de «mantener inalterada la configuración tecnológica de la estructura empresarial de origen, a la tendencia de las grandes empresas de dividirse en pequeñas empresas, pero funcionales, que ofrezcan una alternativa a la rigidez de las grandes concentraciones industriales y garanticen la posibilidad de adoptar políticas empresariales diversas de centro a centro o una mayor vecindad de los mercados»²⁶.

* *Como fórmula anticrisis y de saneamiento y para reducir imposición fiscal o de búsqueda de aplicación de una normativa más favorable o para evitar las cargas de ser empresario*

La escisión de empresas puede ser un elemento clave para la solución de la reestructuración de empresas en crisis, sin perder de vista la normativa que sobre insolvencia empresarial existe, al poder conducir incluso a tipos delictivos específicos si se utiliza para defraudar los derechos de los trabajadores; donde hemos de partir de la insuficiencia del Derecho concursal como mecanismo para sacar a la empresa de dicha situación²⁷. En casos de crisis podría escindirse parte de la empresa para evitar el contagio, pudiendo crear una empresa ex profeso o ser absorbida por una empresa diferente²⁸. Por ello se afirma que la escisión de empresas puede ser utilizada como fórmula anticrisis, reduciendo costes laborales, lo que puede ser un objetivo prioritario de algunas empresas; pues la

²⁵ Así lo manifiesta igualmente en el caso de Italia, GAROFALO, M.: «Decentramento produttivo, impresa-rete e area contattuale dei bancari». Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale n° 1-2, 1991, p. 73.

²⁶ ZANELLI, P.: *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica. Diritto dell'informatica*. Milano, 1985, p. 119.

²⁷ Así lo plantea un interesante estudio de MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las transformaciones del Derecho concursal y el cambio de titularidad de la empresa en crisis: reflexiones jurídico-críticas». Revista de Derecho Social n° 3, 1998, p. 39.

²⁸ DAMMACO, S.: *La fusione e la scorporazione delle società. Aspetti giuridici ed amministrativi fiscali e contabili*. Milano, 1986, p. 156.

quiebra no extingue per se los contratos de trabajo, sino que es necesario que no exista continuidad en la actividad de la empresa decidida por los síndicos (art. 51.10 del Estatuto de los Trabajadores), continuando el expediente de regulación de empleo en caso contrario.

Si la empresa está en crisis y ha sido autorizado un expediente de regulación de empleo, no es de recibo que la misma pueda utilizar fórmulas de externalización de servicios, al menos si, tratándose de un expediente de regulación de empleo parcial, pudiera afectar al sector de actividad objeto de regulación²⁹. No obstante, sí podrían realizarse escisiones de parte de la empresa en situación de crisis. Con ello se demuestra que donde no caben fórmulas de externalización de servicios sí puede entrar la escisión parcial de la empresa o escisión impropia como fórmula de saneamiento de la misma.

* *Como fórmula de especialización en la actividad y de expansión de la empresa.*

En ocasiones la escisión de empresas se produce como fórmula de búsqueda de especialización en la actividad —vgr. IBM e IBM, SS, prestando la segunda servicios de desarrollo, explotación y gestión de los sistemas de información de los clientes o sistemas de información basados en la tecnología de la información—. Con ello se consiguen dos objetivos: descentralizar la actividad para conseguir más especialidad y utilizar sin costes para la empresa que se escinde una mejor y más moderna tecnología. Y es que este último factor incide en la dimensión y estructura de la empresa, donde «el mecanismo de expulsión de fases de trabajo es visto como instrumento utilizado por los empresarios en la busca de una economía de evasión que consiente mayor flexibilidad y menores costes. En otras ocasiones la escisión de empresas contribuye a la expansión de la empresa, desde un punto de vista cualitativo, cuantitativo e incluso geográfico, al producirse una extensión de pequeñas empresas satélites escindidas de la empresa originaria, que persiste —escisión impropia— que se dedican a una actividad específica, complemen-

²⁹ Así, en la STS (Social) de 10 de febrero de 1997 (RAJ 1250), se plantea que en este caso debería producirse la paralización del expediente de regulación de empleo, lo que se contempla expresamente en el Acuerdo Marco de 11 de octubre de 1994 de RENFE, actuando como mecanismo de defensa que el ordenamiento jurídico facilita al trabajador en supuestos de incumplimiento empresarial de un acuerdo o pacto, ante el que se puede utilizar la vía del conflicto colectivo.

taria de la principal, y en distintos puntos del país o incluso a nivel internacional ³⁰.

En cualquier caso puede ocurrir, y de hecho no es infrecuente, que la escisión de empresa finalice con fusiones de empresas existentes o incluso con la creación de nuevas empresas, donde se integrará el patrimonio de la empresa de origen. Y que todas ellas conformen un grupo de empresas a nivel nacional o incluso internacional; donde la circulación de trabajadores entre las empresas del grupo puede considerarse un fenómeno lícito de cesión de trabajadores, al ser el grupo empresario de todos ellos y prestar indistintamente servicios en distintas empresas pertenecientes al mismo; dándose así los factores que la jurisprudencia ha considerado idóneos para la existencia de un grupo de empresas. En este sentido la amplia tipología de grupos de empresa ha sido considerada como un «nuevo área electiva de la descentralización productiva» ³¹.

* *Como fórmulas fraudulentas (escisión simulada). Influencias laborales de la dimensión de la empresa en el mecanismo de la escisión.*

Si la escisión de empresas es en apariencia un fenómeno jurídico lícito, no siempre es ésta su finalidad, al poder simularse una escisión, bien utilizando una simulación relativa que afecta al negocio jurídico o incluso a la persona nueva titular de parte de la empresa escindida, o utilizando una simulación absoluta, haciendo como que se realiza una escisión a los ojos de terceros pero no llegando a producirse. De forma que las relaciones entre la empresa escindida y las que son producto de la misma puede ser contractual o interpositoria, en un sistema donde la dimensión de la empresa es decisiva en la regulación de algunos derechos colectivos, caso de la representación unitaria, sindical y de representación de riesgos laborales.

Y es que en ocasiones las escisiones de empresa se utilizan para defraudar los derechos de los trabajadores en sentido genérico o cuanto menos aquellos derechos derivados en la necesidad de un número de trabajadores de plantilla; pues la dimensión de la empresa es un factor relevante a tener en cuenta al diferenciar el legislador las empresas por su dimensión a determinados efectos. Así ocurre

³⁰ ZANELLI, P.: *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica...*, op. Cit., p. 125.

³¹ CARINCI, F.: «Statuto dei lavoratori...», op. Cit., p. 23.

en el procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores ³², donde, producida una escisión de empresa, podrá ocurrir que en lugar de comité de empresa sólo pueda designarse delegado de personal o simplemente no pueda celebrarse el procedimiento electoral si la escisión ha derivado en varias empresas con un número de trabajadores de plantilla inferior a diez, salvo la excepción de que ellos pudieran decidirlo por mayoría (art. 62 del Estatuto de los Trabajadores). Igual precisión puede realizarse por lo que respecta a la elección de los Delegados de prevención y Comités de Salud y Seguridad.

El número de trabajadores de plantilla es también utilizado para trazar la frontera entre los despidos colectivos y los despidos individuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; eludiendo la normativa sobre despidos colectivos, escindiendo la empresa en unidades productivas inferiores y utilizando la vía del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, del despido objetivo por amortización de puestos de trabajo por las citadas causas. Como se ha puesto de manifiesto «la organización del trabajo es menos compleja y más flexible en razón de la reducida presencia de personal especializado y la gestión de mano de obra es menos rígida en el sentido de un mayor grado de autoritarismo, menores ventajas salariales y asistenciales, utilización más intensiva del tiempo de trabajo y mayores limitaciones de derechos de información y expresión colectiva» ³³.

La pequeña empresa es campo abonado para una menor acción sindical, tanto porque el legislador estatutario fija un mínimo de trabajadores de plantilla para que se desarrolle el procedimiento de elecciones a representantes unitarios, como porque los propios sindicatos controlan menos este tipo de empresas. Asimismo, desde el plano colectivo, la escisión de empresas podría implicar imposibilidad de negociación de convenios colectivos o, pudiendo negociarse, la concurrencia de varios convenios colectivos con condiciones de trabajo distintas en cada una de las empresas escindidas, rebajando los niveles salariales y el resto de condiciones de trabajo en dichas

³² Véase *in extenso*, RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J./PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de elecciones a representantes unitarios de trabajadores y funcionarios*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1995.

³³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Piccola impresa e Diritto del Lavoro in Spagna»..., op. Cit., p. 68.

empresas; pues incluso en aquellos casos en los que pudiera aplicarse el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, consiguientemente, la subrogación empresarial en los contratos de trabajo de los trabajadores transferidos, también es cierto que, como ha reconocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el propio Tribunal Supremo, la subrogación no supone invariabilidad de condiciones de trabajo durante toda la vida de la relación, pues el empresario de la nueva empresa puede modificar sustancialmente tales condiciones e incluso despedir a trabajadores posteriormente a dicha transmisión. No supone, por tanto, congelación de la plantilla al momento de la transmisión, pudiendo utilizarse la vía de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o incluso modificar condiciones de trabajo inicialmente pactadas. La extinción de los contratos de trabajo podría asimismo realizarse de mutuo acuerdo e indemnizado, con extinción de la relación laboral en la empresa de origen y pasando a integrarse en la unidad organizativa autónoma que se escindió, aunque en estos casos podrían estar vulnerándose derechos de los trabajadores, fundamentalmente el reconocimiento de la antigüedad; respecto a lo que los tribunales, como es conocido, se han pronunciado, respecto a los grupos de empresa, que ha de respetarse la misma.

Asimismo se elude la aplicación de convenios colectivos de sector, con nivel salarial superior, y se entra en el terreno de la posible negociación de convenios de empresa de nueva constitución eludiendo la normativa sobre concurrencia de convenios colectivos. En estos casos cualquier presión a los trabajadores para integrarse de forma selectiva en la unidad organizativa autónoma que se escindió, renunciando a derechos laborales reconocidos en convenio colectivo implica una renuncia de derechos prescrita en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo efecto jurídico es la nulidad como sanción. A todo ello debe añadirse que existe mayor intervención legislativa, fundamentalmente en aras de proteger los derechos de los trabajadores, cuando de pequeñas empresas hablamos, un botón de muestra lo tenemos en la intervención del FOGASA en empresas de menos de veinticinco trabajadores.

Más grave es el caso de descapitalización, y en ocasiones despatrimonialización, de sociedades y empresas a los fines de vulnerar los derechos de los trabajadores o de evadir deudas fiscales o de Seguridad Social. En estos casos se utiliza un testamento, mediante un mecanismo de interposición, donde lo complicado es descubrir

quién es el empresario de los trabajadores. Se trata de un negocio simulado, al no ser real la escisión de empresa, donde tiene su razón de ser la delimitación entre negocios jurídicos lícitos e ilícitos. Podríamos estar en estos casos ante una cesión de trabajadores hacia otra empresa que no constituye un grupo con la empresa escindida, entrando de lleno en el supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores; donde hemos de partir de que es posible la cesión ilegal de trabajadores entre empresas reales, incluyendo el supuesto de cesión de trabajadores entre empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, al estar prohibida la cesión de segundo grado.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DE LAS ESCISIONES DE EMPRESA. ESCISIÓN DE EMPRESAS Y EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS. LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL COMO REGLA DE PRINCIPIO DE LAS ESCISIONES DE EMPRESAS

Las escisiones de empresas no sólo inciden en la esfera jurídica de sus titulares, sino que hay que plantearse la tutela de los acreedores, la protección de los obligacionistas y de los propios trabajadores. Por lo que respecta a éstos últimos la Directiva 82/891/CE, de 17 de diciembre, sobre escisiones de sociedades, se remite a la Directiva 77/187, sobre transferencia de empresas, modificada por la Directiva 98/50, de 29 de junio. Siendo aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores tanto a las escisiones parciales como a las totales, de forma que supone la subrogación en los contratos de trabajo. Se trata de uno de los mecanismos a través de los que puede producirse el cambio de titularidad empresarial, inter vivos o mortis causa si la escisión de la empresa deriva de la división hereditaria.

¿Qué ocurre cuando la escisión es declarada nula?. En primer lugar, hemos de precisar que puede ser nula si se detecta un defecto en el acuerdo de escisión³⁴, y no por otro vicio en el procedimiento que sólo determinará la retroacción de las actuaciones; aplicándose en este caso el principio de conservación del negocio jurídico, al estar en juego otro principio: el de estabilidad en los puestos de trabajo, que el propio Tribunal Supremo refiere del artículo 44 del

³⁴ CERDÁ ALBERO, F.: La escisión de la sociedad anónima..., op. Cit., p. 405.

Estatuto de los Trabajadores³⁵. La nulidad debería afectar a todos los efectos de la escisión, incluidos los laborales. Consecuencia que, sin embargo, no se producirá si no cumple el requisito de información a los representantes de los trabajadores del procedimiento de escisión, tal como se previene, respecto a la Sociedad Anónima, en el artículo 238 de la Ley de Sociedad Anónima.

Antes bien para que se produzca la subrogación en los contratos de trabajo por los nuevos empresarios y tras la escisión de la empresa, se exige un mínimo soporte empresarial y la continuidad de la actividad (tracto sucesivo), ya que si no existe solución de continuidad los contratos de trabajo se extinguirán. Bien es cierto que el cambio de titularidad regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no extingue por sí los contratos de trabajo, quedando el nuevo empresario subrogado en los mismos³⁶.

Como hemos venido observando, las escisiones de empresas pueden y deben suponer una subrogación del nuevo empresario en los derechos que tenían reconocidos los trabajadores. No obstante, nos vamos a encontrar en la mayoría de los casos que existe un doble nivel de condiciones de trabajo, la de los trabajadores que han sido transferidos con la empresa o con la unidad productiva autónoma que se integran en la nueva empresa y la de los trabajadores de la empresa cesionaria que los recibe o de la unidad organizativa autónoma escindida. Partiendo que, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo se transfieren los trabajadores adscritos a la unidad transferida o escindida. En este contexto tiene una importancia significativa el principio de condición más beneficiosa y la teoría de los derechos adquiridos por los trabajadores; habiéndose considerado que es una condición más favorable la posibilidad de que el trabajador pueda oponerse a la subrogación

Lo fundamental, como ha reconocido el Tribunal Supremo³⁷, no es la escisión de la empresa con la continuidad de la escindida, sino que la actividad y el conjunto de medios afectos a la misma que se traspa sea realmente susceptibles de explotación independiente, con objeto de no vulnerar los derechos de los trabajadores. De forma que pudieran encubrir regulaciones de empleo o incluso eludir la nor-

³⁵ STS (3^a, 4^a) de 20 de febrero de 1998.

³⁶ Así lo manifiesta reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras SSTs (3^a, 4^a) de 20 de febrero de 1998 y jurisprudencia allí citada

³⁷ STJCE de 7 de febrero de 1985, asunto Botzen.

mativa sobre despidos colectivos contemplada en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores; lo que podría realizarse, una vez escindida la empresa utilizando el mecanismo de escisión impropia, mediante el despido de trabajadores en la empresa de origen sin llegar a los límites prefijados en dicho precepto, realizando igual operación utilizando igualmente la vía del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores en la empresa que se escindió.

El problema está cuando lo que se traspa sea una marca comercial o la fórmula de un determinado producto sin hacer lo propio con los trabajadores ni el resto de medios que integran la actividad, ¿se está realmente realizando una escisión de empresa? Y en caso afirmativo, ¿podría calificarse como de escisión fraudulenta?. ¿Y si lo que se transmite es un elemento esencial que pierde la sociedad escindida y que incluso forma parte de la actividad en sus estatutos sociales?. Si bien hasta ahora ante estos casos se había resuelto que no podrían aplicarse los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al no tratarse de una unidad organizativa autónoma³⁸, en este caso no se cuestiona tanto si lo que se traspa sea un conjunto de medios suficiente para afrontar una determinada actividad, sino si ello o merma la capacidad operativa de la empresa escindida, con la consecuencia, a efectos laborales, de imposibilitar la prestación de servicios por los trabajadores por falta de trabajo (no podría elaborarse el producto si se vendiese la fórmula del mismo).

Ello supone una flexibilización del concepto de unidad organizativa autónoma, porque la empresa, como hemos visto, ya no puede entenderse como el conjunto de trabajadores y bienes de equipo, sino que han de incluirse los elementos inmateriales sin los que no es posible realizar la actividad. Esta debe ser la interpretación de la jurisprudencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo, que ha precisado que para que se aplique el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores han de transmitirse elementos patrimoniales que configuren la estructura básica de la explotación³⁹. No obstan-

³⁸ GONZÁLEZ-BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad...*, op. Cit., p. 130, en relación al franchising, patente, contrato de suministro o licencia de comercialización.

³⁹ SSTs (Social) de 8 de junio de 1998 (RAJ 6693), de 12 de marzo de 1997 (RAJ 2328) en relación a las contrataciones y concesiones administrativas [...], salvo en los supuestos en los que bien el pliego de condiciones, bien las normas sectoriales dispusiesen otra cosa. Igualmente, STS (Social) de 29 de abril de 1998 (RAJ 3879) en unificación de doctrina, STS (Social) de 5 de abril de 1983 (RAJ 2906), de 25 de octubre de 1996 (RAJ 7793)

te, no se ha considerado como sucesión de empresas la segregación de activos afectos a actividades comerciales de CAMPSA e integrados como unidades económicas en las sociedades beneficiarias, ni conlleva subrogación en los contratos de trabajo; a pesar de lo que insistimos en la necesidad de analizar la trascendencia que dicha segregación tiene en los contratos de trabajo de los trabajadores y en la propia estructura de la explotación.

Siguiendo el esquema arriba citado, podemos concluir que:

1) En las escisiones propias, donde se extingue la empresa de origen, habrá que determinar si realmente se ha escindido en unidades organizativas autónomas, susceptibles de poder continuar la actividad, en los términos analizados.

2) En las escisiones impropias, al continuar la empresa de origen, amén de la operación anterior, habrá que determinar si es o no posible la continuidad de los contratos de trabajo en dicha empresa y si la escisión no se ha realizado con la finalidad de promover futuros expedientes de regulación de empleo o incluso utilizar la vía del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores.

Tanto en los supuestos de escisiones propias como en los de escisiones impropias podemos encontrarnos con una posterior fusión de empresas y finalmente con fórmulas de concentración de empresas, en lugar de manifestaciones que implican la pulverización de la misma. En aquellos casos en los que exista una escisión de empresas en las que se transfiera una unidad organizativa autónoma, interpretada de forma flexible como hemos defendido, habrá de aplicarse el efecto subrogatorio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁰. El problema está precisamente en aquellos casos en que se atomiza, con la escisión, la empresa para burlar los derechos de los trabajadores. Habrá que determinar caso por caso si estamos o no ante un fraude a los derechos de los trabajadores y aplicar consiguientemente iguales consecuencias jurídicas y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Ello sin entrar, por razones de espacio, a analizar cuáles sean las responsabilidades empresariales derivadas de tal actuación, aunque podemos apuntar que en estos casos la solidaridad actuará como mecanismo de defensa del trabajador, lo que tiene más sentido en supuestos de escisiones simuladas y/o fraudulentas.

⁴⁰ En parecidos términos, MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades». RL nº 7, 1987, p. 16.

Quedando en cualquier caso la vía del conflicto colectivo abierta para que los trabajadores puedan accionar ante los Tribunales en estos casos, para lo que han de cumplirse los requisitos objetivos y subjetivos para poder utilizar dicha vía; teniendo en cuenta que en estos casos, como ha declarado el Tribunal Supremo, se produce una sucesión procesal derivada de la sucesión sustantiva, que obliga a demandar a la empresa de origen y a la unidad escindida; aunque ésta última podría ser obligada a cumplir la sentencia aunque no hubiera sido parte en el proceso por no haber sido demandada, como recuerda la STC 206/1989.