

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# **ANALES de DERECHO**

**El FOGASA ante el despido de quien se integra  
en la mercantil que prosigue la actividad**

**FERMÍN GALLEGO MOYA**

### Resumen

*En contextos de crisis económica, es un fenómeno reconocible el intento de quienes vieron extinguido su contrato de trabajo por cierre de empresa, de reactivar la actividad productiva, constituyendo sociedades limitadas que, con mimbres distintos a los de la economía social, reactivan la actividad de aquella mercantil insolvente o concursada aprovechando su experiencia laboral y los contactos con antiguos proveedores y clientes. Dicha “reconstrucción” de la empresa quebrada se percibe en muchos casos, por el Fondo de Garantía Salarial, como un fenómeno sucesorio que elimina el derecho de dichos trabajadores a percibir las indemnizaciones derivadas de aquella extinción contractual que el órgano de garantía no considera como tal. En este trabajo pretendemos distinguir aquellos supuestos en los que concurre la auténtica sucesión de empresa que neutraliza la intervención del Fondo de Garantía Salarial, de aquellos otros casos en que, siguiendo la interpretación flexibilizadora de nuestros Tribunales ante un panorama de destrucción y escasez del empleo como el actual, se considera compatible la compensación indemnizatoria por el empleo perdido con la nueva prestación laboral que surgió de las cenizas de la vieja empresa.*

**Palabras clave:** *Cierre de empresa; Insolvencia; Concurso de acreedores; Sociedad Limitada; Sucesión de empresa.*

### **THE SALARY FUND BEFORE THE DISMISSAL OF THE PERSON WHO IS PART OF THE MERCANTILE THAT CONTINUES THE ACTIVITY**

#### Abstract

*In contexts of economic crisis, the attempt of those who saw their contract expired due to the closing of the company is a recognizable phenomenon, revive productive activity, constituting limited societies that, with different tools from the social economy, they revive the activity of that insolvent or bankrupt company taking advantage of their work experience, and contacts with former suppliers and customers. This “reconstruction” of the bankrupt company is perceived in many cases, by the Wage Guarantee Fund, as a succession phenomenon which eliminates the right of such workers to receive compensation arising from that contractual extinction which the guarantee body does not consider as such. In this project we intend to distinguish those assumptions in which the true company succession concurs and which neutralizes the intervention of the Wage Guarantee Fund, those other cases in which, following the flexible interpretation of our courts faced with a panorama of destruction and scarcity of employment as the current, compensation for jobs lost with the new labour provision that arose from the ashes of the old company is considered to be compatible.*

**KEY WORDS:** *Company closing, Insolvency Creditors’ contest; Limited partnership, Company succession.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN APLICABLE. III. SUCESIÓN EMPRESARIAL POR ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. 1. Criterio abandonado: existe sucesión. 2. Nuevo criterio adoptado: inexistencia de sucesión. 2.1. Requisito negativo: ausencia de válida extinción de los contratos de trabajo. 2.2. Requisito positivo: mantenimiento de identidad de la unidad económica. 3. Supuesto especial: empresas creadas por ex-trabajadores con formato de Sociedad Limitada.

## **I. INTRODUCCIÓN**

No es lo más común, aunque tampoco infrecuente, el hecho de que trabajadores que han visto extinguidos sus contratos de trabajo por situaciones de crisis empresarial (despidos objetivos, colectivos, o decisión extintiva en el contexto de un concurso de acreedores) decidan “enfrentarse” al temido desempleo embarcándose en un proyecto empresarial en el que, bien como nuevos titulares empresariales, bien en condiciones de ajenidad (contratados por sus ex-compañeros cesados), intentan aprovechar sus conocimientos, experiencia y relaciones comerciales del anterior empleador (contactos con proveedores y clientes). Normalmente (más allá de experiencias de economía social como cooperativas o sociedades laborales) dicha fórmula de emprendimiento se articula mediante la constitución de una sociedad limitada, con idéntico o similar objeto social que la anterior, que comienza su andadura productiva de manera casi inmediata, con asunción de los beneficios y riesgos propios.

Entre tanto, verificada la insolvencia o la declaración de concurso de la mercantil en crisis que les despidió, los trabajadores solicitan del Fondo de Garantía Salarial el abono de la indemnización por despido que no les fue abonada en el momento del cese y, adicionalmente, los salarios asimismo adeudados, en los importes fijados, bien en resolución judicial, bien en certificado de la Administración Concursal, petición que en muchas ocasiones encuentra la negativa del órgano de garantía al apreciar concurrente una sucesión empresarial que impide abonar las citadas prestaciones.

Tal decisión suele venir apoyada en datos como: la procedencia de trabajadores de la nueva sociedad desde la antigua empresa, la similitud en la actividad de ambas mercantiles, la coincidencia de algún socio, la constitución societaria de la nueva entidad con posterioridad al cese en la actividad de la primera, etc.

En estos casos, los trabajadores acuden al Juez social con la pretensión de reconocimiento de su derecho a tales prestaciones, negando la existencia de sucesión empresarial que limite aquel beneficio.

El presente estudio se centra, exclusivamente<sup>1</sup>, en delimitar aquellos supuestos en los que se produce la sucesión que veda la intervención compensadora del FOGASA, de aquellos otros en los que, pese a la apariencia externa, no se produce fenómeno sucesorio que limite los derechos prestacionales de aquellos trabajadores, antiguos empleados de la empresa cesante y nuevos trabajadores de la que asume la actividad.

## II. REGULACIÓN APLICABLE

La institución de la sucesión de empresa viene regulada en el art. 44 ET, en cuyos apartados 1 y 2 de su redacción actual, se contiene una escueta definición en estos términos: (1) *El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente;* (2) *A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.*

Esta redacción del art. 44 ET proviene de la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, que adaptó la regulación nacional en este punto a la normativa europea. Efectivamente, en el Derecho Comunitario rige en esta materia la

---

<sup>1</sup> No es objeto de este trabajo el análisis de la figura de la sucesión de empresa, ni los novedosos pronunciamientos sobre asunción de plantilla por la nueva adjudicataria de una contrata (véase la reciente STS 8 enero 2019, RJ 2019/423), incluso en contra de las previsiones del convenio colectivo (cuestión que analiza la también actual STS 27 septiembre 2018, RJ 2018/4619), temática esta, no solo de actualidad sino de enorme trascendencia, tratada en estudios como los de GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*”, Aranzadi, 2019; GORDO GONZÁLEZ, Luis: “*Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente*”, *Revista de Información Laboral* núm. 11/2018; o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA M. Yolanda: “*Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 214/2018. El presente trabajo se centra, por tanto, en localizar los supuestos de responsabilidad indemnizatoria del Fondo de Garantía Salarial cuando una empresa quebrada es objeto de “reconstrucción”, bajo fórmulas societarias ordinarias, por parte de quienes fueron sus trabajadores.

Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12-03-2001, “*sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*”, que refundió la anterior Directiva 1977/87/CEE, a su vez modificada por la Directiva 1998/50/CE. En su art. 1º.1, apartados a y b, se enuncia asimismo el significado de los traspasos de empresas en términos similares a los recogidos luego en la normativa de España, al afirmar que el ámbito de aplicación de la directiva son *los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión, considerando “traspaso” el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.*

En el art. 3º de la Directiva se dispone la subrogación del empresario cesionario en los derechos y obligaciones del empresario cedente, y en el art. 4º se descarta que el traspaso de empresa constituya un motivo de despido. Pero en el art. 5º se establece la inaplicabilidad de dichos preceptos en los supuestos en que el cedente *sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente.*

Por su parte, la Ley Concursal 22/2003 ya recogió esta posibilidad de excepcionar la subrogación en los créditos salariales de las empresas en crisis tras su venta judicial, en su art. 149.2 (hoy art. 149.4), justificado asimismo en la protección del empleo; y así, cuando, como consecuencia de la enajenación, la entidad económica mantenga su identidad, *el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.*

Por último, por RD-Ley 11/2014, que introdujo reformas en la Ley Concursal, poniendo el acento en la continuidad de la actividad económica<sup>2</sup>, se incluyó un nuevo art. 146.bis, que vino a establecer “especialidades” de la transmisión de unidades productivas, al establecer que en esta caso, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, subrogándose el adquirente en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Asimismo, la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2.

Se aprecia, así, en el legislador, una tendencia a eludir rigideces en la regulación de la sucesión de empresa, especialmente visible en la aún reciente coyuntura de crisis económica, adoptando medidas flexibilizadoras para favorecer el empleo en un panorama de destrucción y escasez del mismo. Tendencia que puede servir de referente identificador del espíritu del legislador en la materia, para interpretar la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresa en situaciones de crisis económica, como la que acontece normalmente en los supuestos que comentamos.

### **III. SUCESIÓN EMPRESARIAL POR ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL**

La doctrina judicial sobre la sucesión de empresa ha experimentado sucesivas matizaciones en varios de sus puntos críticos. Uno de ellos ha sido el referido a las experiencias de nuevas empresas creadas por trabajadores despedidos, en procesos en los que se discutía si esas nuevas empresas constituían o no un supuesto de sucesión de empresa, con la consecuencia de subrogación empresarial en las obligaciones laborales y de seguridad social, de donde derivaría asimismo la responsabilidad de la

---

<sup>2</sup> Exposición de Motivos, II: “(...) se adoptan una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, ya que en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta. Desde esta perspectiva, las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”.

nueva empresa en las deudas salariales de la anterior empresa insolvente con exoneración de la responsabilidad del FOGASA.

Se trata, como refiere la STS 15-04-1999 (RJ 4408), de *“un problema que (...) presenta cierta complejidad, porque, por una parte, afecta principalmente a la delimitación del objeto de la transmisión que contempla el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero también a si ha existido un procedimiento no transparente de transmisión y a las peculiaridades que en el marco de los fenómenos de crisis empresarial pueden tener los intentos de los trabajadores, organizados a través de las denominadas empresas de economía social, para lograr nuevos empleos, utilizando su experiencia laboral anterior, el apoyo financiero derivado de ciertas modalidades de prestaciones públicas previstas con esta finalidad y la adquisición de algunos elementos patrimoniales de la anterior empresa, que la liquidación de ésta hace posible”*.

### **1. Criterio abandonado: existe sucesión**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclinó en un primer momento por apreciar la existencia de sucesión de empresa, a efectos del art. 44 ET cuando, tras la extinción de los contratos de trabajo y el cese de la empresa, la actividad se siguió desarrollando por los trabajadores en el mismo centro de trabajo y con los mismos medios de producción, doctrina establecida por las Sentencias de 16-11-1992 (RJ 8810), 15-02, 20-03, 17-05, 16-07, 23-11 y 22-12-1993 (RJ 1166, 1874, 4102, 5683, 8937 y 9984).

Hay que señalar, no obstante, que los casos resueltos presentaban peculiaridades importantes que podían justificar tal pronunciamiento de sucesión empresarial, como eran: la adjudicación completa de los bienes de la primera empresa (SSTS 15-02 y 20-03-93); la transmisión directa y general de los elementos patrimoniales en el marco de sociedades anónimas laborales (SSTS 16-11-92, y 17-05, 2-07, 16-07 y 23-11-93); o la subsistencia de una estructura de explotación familiar con los mismos bienes (STS 22-12-93).

### **2. Nuevo criterio adoptado: inexistencia de sucesión**

Sin embargo, en posteriores pronunciamientos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino separándose de la doctrina anterior, al subrayar determinadas peculiaridades en supuestos de nuevas empresas promovidas por los trabajadores cesados. Bajo la premisa de que *“la subrogación empresarial es una medida de*

*defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad y no de una forma rígida que impida la búsqueda de soluciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo”, el Alto Tribunal, en Sentencia de la Sala General de 15-04-1999 (RJ 4408), en un supuesto de denegación de prestaciones por el FOGASA a trabajadores despedidos que constituyeron una nueva empresa tras su despido, vino a sostener que “no hay ningún elemento que permita establecer en el caso decidido la existencia de un cambio de titularidad no transparente o encubierto, sino que se aprecia una situación distinta: un conjunto coordinado de acciones de los trabajadores afectados por el cese de la empresa para lanzar un nuevo proyecto empresarial utilizando algunos elementos patrimoniales y relaciones comerciales del anterior empleador, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capitalizado de las prestaciones de desempleo. Esta actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral (artículo 228.3 de la Ley General de la Seguridad y el Real Decreto 1044/1985) y un supuesto similar se ha tenido en cuenta incluso por la Directiva CE 50/1998, que autoriza la inaplicación del régimen de garantías 3 y 4 de la Directiva CE 187/1977) para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes”.*

En sentido similar, se pronunciaron las SSTs de 25-06-2001 (RJ 6333), 11-04-2001 (RJ 5113) y 25-02-2002 (RJ 6235), esta última en un supuesto en el que se descarta la existencia de una “transmisión no transparente de empresa...pues lo que los trabajadores integrantes de las empresas recurrentes hicieron fue crear dos nuevas empresas sobre las cenizas de una empresa anterior quebrada. Y ello no permite hablar de sucesión a los efectos del art. 44.1 ET que contemplamos porque, por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial «viva», que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad. (...) Teniendo el instituto de la sucesión recogido en el art. 44 ET como finalidad primordial la de mantener los puestos de trabajo que hubiera en la entidad transmitida, aplicar a un supuesto como el presente dicho precepto supondría retorcer su interpretación para conseguir lo contrario de lo que con él pretendió el legislador, puesto que la empresa quebrada

*prescindió de todos sus trabajadores y serían éstos precisamente, constituidos en Sociedad Anónima Laboral, los que, sufrirían las consecuencias que pudieran derivarse de la aceptación de la sucesión”.*

Y redundando en la misma idea, la más reciente STS 25-09-2008 (RJ 2008/6601), remarca que *“la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral (...), y en estos casos -en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa- no se está en el supuesto del art. 44 ET, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el art. 4 bis de la Directiva CE 77/187 CE [en la redacción de la Directiva CE 98/50]”.*

Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo y por los distintos Tribunales Superiores de Justicia en diversos supuestos en los que se analizaban experiencias de alternativas de empleo emprendidas por los propios trabajadores, haciéndose hincapié, para considerar existente la sucesión de empresa, en la concurrencia de determinadas circunstancias relativas a la extinción de los contratos y al mantenimiento de la identidad empresarial:

2.1. Requisito negativo: ausencia de válida extinción de los contratos de trabajo

*“Para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente” (STS 16 julio 2003, RJ 2003/6113).*

Esta doctrina se reitera en otros pronunciamientos del TS (SSTS 11-05-1987, RJ 3664, 24-07-1995, RJ 6331, y 20-01-1997, RJ 618), y se aplica por los órganos de suplicación, entre otros, en la STSJ Cataluña 16-05-2014 (AS 2014/1297): *“la sucesión en cualquier contrato de trabajo, ya sea por las causas legales del art. 44 del ET o por las causas*

*previstas en el convenio colectivo de aplicación, exige como requisito previo que se encuentre vigente la relación laboral en la que se pretende aplicar esa sucesión. Si la relación laboral ha sido extinguida antes del momento en el que debiere operar supuestamente la sucesión empresarial, no cabe posibilidad legal alguna de subrogarse en la misma. Este es el criterio general de aplicación en este tipo de situaciones jurídicas, a salvo de supuestos especiales en los que pudiere apreciarse fraude de ley o abuso de derecho por parte de las empresas implicadas, ya sea por connivencia entre las mismas o por la utilización de cualquier otro subterfugio para perjudicar los legítimos derechos de los trabajadores”.*

Como regla doctrinal, por tanto, no opera el sistema de garantías del art. 44.1 ET respecto a los trabajadores cuya relación laboral ha desaparecido con anterioridad a la sucesión en la actividad empresarial, salvo supuestos excepcionales de fraude acreditado.

Así las cosas, la clave se sitúa en verificar la concurrencia, o no, de elementos que permitan afirmar la existencia de una sucesión no transparente o de una extinción ficticia de los contratos de trabajo anteriores para continuarlos con el mismo empleador, elementos que, desde luego, no derivan de la mera coincidencia parcial de plantillas o de alguno de sus cargos societarios.

En este sentido, no existe comportamiento fraudulento alguno, sino al contrario, laudable, de los trabajadores despedidos de una empresa que, ante la debacle de la misma, optan por constituir una nueva empresa con sus conocimientos técnicos para dedicarse a la actividad a la que habían dedicado una serie de años de su vida, aunque cuenten (como parece lógico) con compañeros de trabajo despedidos coetáneamente.

En estos casos, como se dijo inicialmente, nada infrecuentes, no debiera entenderse concurrente una sucesión de empresa, sino la puesta en marcha de una empresa nueva aprovechando parcialmente el vacío dejado por la anterior, resultando muy poco conforme con el espíritu tuitivo del Derecho del Trabajo que el FOGASA deniegue a los trabajadores el abono de la prestación de garantía de indemnizaciones y salarios adeudados por la empresa en crisis, por haber encabezado el nuevo proyecto o, simplemente, aceptado la oferta de trabajo de la empresa creada por los antiguos compañeros de trabajo.

Ante tales disfunciones, se debe traer a colación la doctrina judicial citada que refiere que *“teniendo el instituto de la sucesión recogido en el art. 44 ET como finalidad primordial la de mantener los puestos de trabajo que hubiera en la entidad transmitida, aplicar a un supuesto como el presente dicho precepto supondría retorcer su interpretación para conseguir lo contrario de lo que con él pretendió el legislador”* (STS 25-02-2002, RJ 2002/6235).

## 2.2. Requisito positivo: mantenimiento de identidad de la unidad económica

Como prescribe el actual art. 44.2 ET, *“existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”*.

La doctrina del Tribunal Supremo *“ha mantenido de forma reiterada que para poder hablar de sucesión empresarial y opere el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se exige que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de medios materiales y humanos que permita la continuidad de la actividad empresarial, sin que la mera transmisión de activos que no constituyan un conjunto organizado susceptible de posibilitar la continuidad de la empresa, sea suficiente para considerar que estamos en presencia de un supuesto de sucesión empresarial –por todas, SSTS (4ª) de 23 de septiembre de 1997 y 15 de abril de 1999– (STS 25-02-2002, RJ 6235)*. Esta doctrina ya vino subrayando que el objeto de la transmisión de empresas *“está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica. Esta particularidad en el objeto transmitido determina dos consecuencias fundamentales: 1ª) la transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte de él que constituya, como señalaba el artículo 3.1 de la anterior LAU, una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y 2ª) la transformación responde normalmente al principio de unidad de título (...)*. En este sentido la doctrina de esta Sala ha precisado que la sucesión de empresa requiere *«la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales... que permite la continuidad de la actividad empresarial»* (Sentencia de 27 de octubre de 1986, RJ 5902) y considera que, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite *«no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos*

*elementos patrimoniales aislados» (Sentencia de 4 de junio de 1987, RJ 4127)” (STSJ 15-04-1999, RJ 4408).*

Como argumenta la doctrina científica (GÓMEZ ARBÓS)<sup>3</sup>, *“El artículo 44 ET exige que se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, y este supuesto no se produce cuando ya no existe una organización empresarial que reúna esas condiciones y cuando los contratos de trabajo se han extinguido. Además, la actuación de los trabajadores que, recurriendo a formas asociativas y través de la utilización de relaciones comerciales y de determinados elementos patrimoniales de la anterior empresa, que han obtenido de forma indirecta en el proceso de liquidación de ésta, tratan de lograr un empleo mediante el lanzamiento de un nuevo proyecto empresarial no es sólo una acción lícita, sino que merece la protección del ordenamiento laboral, y en estos casos —en los que se trata más de una «reconstrucción» que de una «transmisión» de la empresa— no se está en el supuesto del artículo 44 ET, que es una norma con una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impide la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa, como por lo demás permite el artículo 4 bis de la Directiva CE 77/187 CE.*

Es por tanto necesario analizar, en cada supuesto, la concurrencia de aquella transmisión material, como puede ser la de instalaciones, equipos, programas informáticos especializados, etc., sin la cual carece de relevancia el que los trabajadores despedidos intenten abrirse camino en el mismo sector productivo intentando captar clientes de la anterior empresa o contando parcialmente con la participación de ex-compañeros en el nuevo proyecto.

### **3. Supuesto especial: empresas creadas por ex-trabajadores con formato de Sociedad Limitada**

La exigencia de que la empresa permanezca en su identidad ha sido considerada elemento decisivo y determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial, en la doctrina judicial comunitaria (STJUE de 18-03-1986, TJCE 1986, 65, Asunto

---

<sup>3</sup> “La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del art. 44 ET”, REDT, núm. 185.

Spijkers)<sup>4</sup>, habiéndose subrayado por el TS que *“es difícil mantener desde esa misma normativa comunitaria que una empresa previamente declarada en quiebra permanezca en su identidad, y sobre esta circunstancia ha advertido expresamente la Directiva 1998/50, reformadora de la anterior, no sólo previendo la posibilidad de exceptuar de la aplicación de la indicada Directiva «a los traspasos efectuados en el marco de procedimientos de liquidación», con el fin de «promover la supervivencia de empresas que han sido declaradas en situación de crisis económica» (considerandos 7 y 8 del preámbulo de la expresada Directiva), sino disponiendo en su art. 4 bis, apartado 1 que «salvo que los Estados miembros dispongan otra cosa, los artículos 3 y 4 (los que disponen la sucesión) no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o centros de actividad cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo...». Es cierto que tales preceptos no impiden pensar en la existencia de una sucesión mediando una quiebra, pero no cabe duda que los mismos constituyen una advertencia sobre la situación especial que la quiebra supone desde la perspectiva que aquí nos ocupa, y sobre el carácter restrictivo de la aplicación de tales normas a los supuestos de sucesión, lo que habrá que tomar en consideración en cualquier caso, a la hora de aplicar el derecho positivo de cada país, cual ha ordenado hacer de forma reiterada el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -por todas, SSTJCE de 23-2-1999 (TJCE 1999, 31) (Asunto BMW, C-63/1997) y 14-9-2000 (TJCE 2000, 195) (Asunto C-343/1998)-“ (STS 25.02-2002, RJ 6235, que niega la existencia de sucesión de empresa en un supuesto en que los trabajadores crearon en paralelo una sociedad laboral y una sociedad limitada).*

La doctrina del Alto Tribunal sobre esta problemática fue resumida en STS 11-04-2001 (RJ 5113) en estos tres puntos:

- “1) Que la garantía de continuidad de los contratos de trabajo establecida en el art. 44 del ET presupone, «salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor, y no se hayan extinguido válidamente», citando en apoyo de tal doctrina varias sentencias precedentes de la propia Sala (SSTS 11-5-1987, RJ 1987 3664, 24-7-1995, RJ 1995, 6331 y 20-1-1997, RJ 1997, 618);*
- 2) Que cuando el cambio de titularidad de una sociedad anónima a una sociedad*

---

<sup>4</sup> En la misma línea, los asuntos Güney-Görres y Demir (TJCE 2005, 406) y Amatori y otros (TJCE 2014, 60).

*anónima laboral es transparente y no contiene elementos de fraude de ley, tal actuación «no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral», de acuerdo con disposiciones de Derecho interno (art. 228.3 de la Ley General de la Seguridad Social y Real Decreto 1044/1985 y de Derecho comunitario (Directiva CE 50/1998), «para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes»; y*

3) *Que «la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad»”.*

En esta misma sentencia, se desestima el recurso del FOGASA, que pretendía ser exonerado de responsabilidad por concurrencia de sucesión de empresa, argumentado la Sala que *“ciertamente, la finalidad del art. 44 del ET, que es la defensa de la continuidad de la relación de trabajo, no resulta compatible con la tesis de la entidad recurrente, que tiene en cuenta únicamente un interés legítimo pero parcial dentro del conjunto de intereses a considerar en situaciones de dificultad empresarial. La defensa prioritaria de dicho interés parcial que pretende el FOGASA pondría en peligro un proyecto empresarial nuevo de los trabajadores de la empresa en crisis, trabajadores que, por otra parte, ya están desvinculados de la sociedad titular anterior mediante el preceptivo expediente de regulación de empleo”.*

La anterior doctrina sobre la *“ratio legis”* tuitiva del empleo en la institución laboral de la sucesión de empresa apoya la pretensión de aquellos trabajadores cuyos contratos se extinguieron válidamente, sin haber protagonizado ninguna maquinación fraudulenta en dicha extinción, sino que, en lugar de consumir sus prestaciones de desempleo generadas, emprendieron el camino de la búsqueda de empleo aceptando las ofertas de empleo de excompañeros de trabajo que habían constituido una sociedad limitada, sin que acudir a esta tipología mercantil, alejada de fórmulas de economía social, sea suficiente para apartarse de la doctrina apuntada. De hecho, en la doctrina judicial de suplicación, se rechaza la existencia de sucesión empresarial en nuevas empresas creadas con formato de Sociedad Limitada por los ex-trabajadores de la empresa que los despidió. Y así:

- En STSJ Cataluña 13-04-2005 (AS 940), se aborda el supuesto de una empresa que entró en quiebra voluntaria extinguiendo los contratos de sus 19 trabajadores en 14-2-02 mediante un ERE autorizado, los cuales fueron contratados seguidamente por

una Sociedad Limitada constituida unos meses antes por dos trabajadoras tras causar baja voluntaria en la misma empresa. Consta que la actividad de la nueva empresa se desarrolla en un local distinto acondicionado con medios propios, y los elementos patrimoniales que utiliza también son propios, no transmitidos o adquiridos de la anterior empresa, concluyendo que *“A la vista de tales datos no puede concluirse, como hace la sentencia recurrida, que se ha producido una sucesión empresarial (...), teniendo en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 25 de febrero de 2002. Esta última empresa se declaró en quiebra y los contratos con sus trabajadores se extinguieron en virtud de expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral. Este hecho junto con la ausencia de transmisión de elemento patrimonial alguno, en una actividad en que tales elementos patrimoniales son necesarios, no permite deducir que la nueva empresa es idéntica a la anterior”*.

- El mismo Tribunal, en sentencia de 30-03-2005 (AS 1224), vino a analizar el supuesto de una empresa de menos de 25 trabajadores dedicada a asesoría laboral, fiscal y jurídica, que extinguió los contratos de sus trabajadores mediante un ERE en 30-06-2001, habiendo constituido previamente los trabajadores en 31-05-2001 una Sociedad Limitada dedicada a la misma actividad de asesoría, que cursó alta en Seguridad Social en 1-07-2001. El FOGASA abonó a los trabajadores el 40% de la indemnización legal, y posteriormente reclamó a los trabajadores el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por concurrir sucesión empresarial. La sentencia de instancia fue desestimatoria al aplicar la doctrina judicial del TS referida (STS 25-02-2002), y en el recurso de casación el FOGASA alegó, entre otros motivos, *“que no resulta de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo citada en la sentencia de instancia, pues la sucesora no es una empresa formada por trabajadores bajo la forma de economía social, sino que se está ante una, SL, que ha sido sucedida por otra SL”*, a lo que la Sala respondió que *“no ha existido una verdadera «transmisión» de la empresa, sino más bien una «reconstrucción» de la misma, en un intento de los trabajadores demandados de evitar su expulsión del mercado de trabajo; finalidad ésta, que sin duda merece la protección del ordenamiento jurídico. Ciertamente, que como se alega en el recurso, los trabajadores codemandados no han constituido una Sociedad Anónima Laboral, sino una Sociedad Limitada, pero ello, por sí sólo, no implica la desvirtuación de la señalada finalidad, ni mucho menos es indicativo de un fraude de Ley, pues como*

*recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2003 ( RJ 2003, 3086), con cita de la Sentencia de la propia Sala de 25 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4800): «Sabido es que la existencia de fraude o de abuso del derecho no pueden presumirse. Sólo podrán declararse si existen indicios suficientes de ello que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia»; circunstancia ésta que, desde luego, como se desprende de todo lo expuesto, no concurre en el presente caso”.*

- En la STSJ País Vasco 17-11-2015 (JUR 2016/59360), se declara la inexistencia de sucesión de empresas en supuesto de lícita constitución de una S.L. por los trabajadores de una empresa desaparecida previa la extinción de los contratos como consecuencia de un ERE.
- La STSJ Murcia 22-12-1995 (AS 4852), aborda el supuesto de un empresario individual que extinguió los contratos de los 8 trabajadores de su plantilla mediante un ERE con efectos desde 12-08-1994. Previamente los hijos del empresario habían constituido una Sociedad Limitada, que se inscribió en Seguridad Social en 12-09-1994, dando empleo a 4 de los trabajadores de la anterior empresa en esa misma fecha. Los 8 trabajadores solicitaron al FOGASA prestación del 40% de la indemnización por la extinción, siéndoles denegada a los que habían sido dados de alta por la nueva empresa, por estimar la concurrencia de sucesión de empresa, mientras que se les concedió a los otros trabajadores no contratados por la nueva empresa. La sentencia rechaza la existencia de sucesión de empresa alegada por el FOGASA con tres correlativos argumentos: “a) *No existe transmisión de elementos patrimoniales (corporales o incorporales). No existe en autos la menor constancia de que (la nueva empresa) haya adquirido, a título oneroso o lucrativo del anterior empresario, maquinaria, utillaje, herramientas o materias primas que éste empleaba en su actividad industrial (...).* b) *No existe continuación de actividad. No basta para ello que (la nueva empresa) se dedique a la construcción, actividad análoga a la que era objeto (del anterior empresario), sino que, para ello, hubiese sido preciso que la sociedad limitada hubiera continuado el cumplimiento de contratos que el empresario individual hubiese tenido pendientes de ejecución (...).* c) *No existe transferencia personal, según se desprende de los boletines de cotización, (el anterior empresario) dio ocupación, a lo largo de su actividad industrial, a numerosos trabajadores y, en la época en que tuvo lugar el cese de sus actividades por motivos económicos, daba ocupación a ocho trabajadores. El hecho de que cuatro de ellos fueran*

*contratados a los 37 días de haber sido extinguidos sus contratos, tampoco es suficientemente acreditativo de la transmisión de elementos personales, dado que, previamente, sus contratos se habían, válidamente, extinguido con permiso de la autoridad laboral competente, y tal acto extintivo, no sólo no fue impugnado por los trabajadores destinatarios de la garantía que el art. 44 del ET establece, sino que se produjo con su conformidad ante el hecho constatado del cese de actividad del empresario. La previa extinción del contrato de trabajo está expresamente contemplada, por el art. 4 de la Directiva 77/1987, como uno de los casos en los que, aunque se produzca con posterioridad una transferencia de empresa, no puede existir subrogación en la titularidad de los contratos”.*

Podemos sostener, por tanto, siguiendo la doctrina judicial citada y a modo de conclusión que, siendo la finalidad tuitiva del art. 44 ET el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa y evitar extinciones de contrato por cierres ficticios que encubren ventas o cesiones de empresa, tal finalidad tuitiva se manifiesta asimismo en evitar una interpretación rígida del precepto que obstaculice el mantenimiento de empleo en proyectos emprendidos en el mismo sector de actividad por los trabajadores despedidos, nuevas empresas que se verían estranguladas económicamente y condenadas al cierre si se les exigiera escrupulosamente hacerse cargo de las deudas salariales y de la seguridad social de la anterior empresa.

#### **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA (Selección).**

Alegre Nueno, Manuel: La aplicación de la figura de la sucesión empresarial a las cooperativas de trabajo asociado, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 6/2011.

Areta Martínez, María y Sempere Navarro, Antonio Vicente: *Sucesión de empresa: contrata, subcontrata y otros supuestos*, Francis Lefevre, 2017.

Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi: Sucesión de plantilla a través de cesión de contrato ex convenio colectivo, «extinciones asimiladas» y despido colectivo nulo, *Revista de Información Laboral* núm. 6/2017.

Cabeza Pereiro, Jaime: Compraventa fraudulenta de empresa con finalidad de cesión de trabajadores, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 3/2013.

Calvo Gallego, Francisco Javier: Finalización de la contrata, extinción de la relación laboral y medidas alternativas, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 162/2014.

Calvo Morales, David: La subrogación de trabajadores de contrata vía convenio colectivo. Marco jurídico tras la sentencia «temco», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 198/2017.

Cruz Villalón, Jesús: Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 21, 2005 (Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)).

Desdentado Daroca, Elena: Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el concurso, *Temas Laborales* núm. 108/2011.

Ferradans Caramés, Carmen: Convenio colectivo ultraactivo y transmisión de empresa, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 198/2017.

García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús R.: Nuevos escenarios de futuro para la subrogación convencional: la STS 27 de septiembre de 2018, *Revista de Información Laboral* núm. 12/2018.

García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús R.: Transmisión de empresas y sucesión de plantillas: el caso de las contratatas globales en la reciente doctrina del Tribunal Supremo, *Revista de Información Laboral* núm. 11/2014.

García Murcia, Joaquín: *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Aranzadi (Grandes Tratados), 2019.

Gómez Arbós, Juan: “La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del art. 44 ET”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016.

Gordo González, Luis: “Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente”, *Revista de Información Laboral* núm. 11/2018.

Gorelli Hernández, Juan: Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable, *Relaciones Laborales* núm. 13/2003.

Llano Sánchez, Mónica: Ultraactividad y convenio aplicable en la sucesión de empresa: la jurisprudencia del TJUE, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 180/2015.

Llorens Espada, Julen: Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente, *Revista de Información Laboral* núm. 8/2018.

Martínez Moreno, Carolina: La transmisión de empresas en crisis constituidas en Sociedades Laborales. A propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de julio de 2008 (AS 2008, 2952), *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 2/2009.

Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel: Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional -«ex convenio colectivo sectorial»-. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo, *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018.

Pérez Yáñez, Rosa: Sobre la existencia de una transmisión de empresa a efectos aplicativos de la normativa sobre subrogación empresarial, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5/2002.

Puebla (de la) Pinilla, Ana: Externalización de actividades y determinación de condiciones laborales aplicables a los trabajadores subrogados. Inadecuación del procedimiento de modificación del art. 44.9 ET, *Revista de Información Laboral* núm. 7/2014.

Puebla (de la) Pinilla, Ana: Subrogación convencional y sucesión legal de empresas, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 2, 2016.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel: Sucesión de empresa y sucesión de actividades, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007.

Sánchez-Urán Azaña, M.<sup>a</sup> Yolanda: Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 214/2018.

Sánchez Peña, Isabel: Sucesión empresarial: responsabilidad de la empresa cesionaria (entrante en el servicio) respecto del despido de los trabajadores de la empresa cedente en los tres años inmediatamente anteriores a tal sucesión de empresas cuando dicho despido es declarado judicialmente improcedente con posterioridad a tal sucesión empresarial, *Revista de Información Laboral* núm. 4/2017.

Sánchez Peña, Isabel: Sucesión empresarial regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores: Despido objetivo de los trabajadores subrogados por la empresa cesionaria, inmediatamente posterior a tal sucesión de empresas y fundamentado en causas organizativas o de producción, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017.

Sempere Navarro, Antonio V.: Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014.

Sempere Navarro, Antonio V.: Transmisión empresarial e indemnización por despido previo, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 19/2003.

## **RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS**

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea 18 marzo 1986 (TJCE 1986/65).

Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea 23 febrero 1999, Ponente Claus Christian Gulmann (TJCE 1999/31).

Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea 14 septiembre 2000, Ponente Jean-Pierre Puissochet (TJCE 2000/195).

Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea 18 marzo 1986, Ponente (TJCE 1986/65).

### **Tribunal Supremo**

Sentencia Tribunal Supremo 11 mayo 1987, Ponente Félix de las Cuevas González (RJ 1987/3664).

Sentencia Tribunal Supremo 4 junio 1987, Ponente Aurelio Desdentado Bonete (RJ 1987/4127).

Sentencia Tribunal Supremo 16 noviembre 1992, Ponente Pablo Manuel Cachón Villar (RJ 1992/8810).

Sentencia Tribunal Supremo 20 marzo 1993, Ponente Víctor Fuentes López (RJ 1993/1874).

Sentencia Tribunal Supremo 17 mayo 1993, Ponente Juan Antonio Linares Lorente (RJ 1993/4102).

Sentencia Tribunal Supremo 16 julio 1993, Ponente Antonio Martín Valverde (RJ 1993/5683).

Sentencia Tribunal Supremo 23 noviembre 1993, Ponente Juan Antonio Linares Lorente (RJ 1993/8937).

Sentencia Tribunal Supremo 22 diciembre 1993, Ponente Víctor Fuentes López (RJ 1993/9984).

Sentencia Tribunal Supremo 24 julio 1995, Ponente Arturo Fernández López (RJ 1995/6331).

Sentencia Tribunal Supremo 20 enero 1997, Ponente Arturo Fernández López (RJ 1997/618).

Sentencia Tribunal Supremo 15 abril 1999, Ponente Aurelio Desdentado Bonete (RJ 1999/4408).

Sentencia Tribunal Supremo 25 mayo 2000, Ponente Joaquín Samper Juan (RJ 2000/4800).

Sentencia Tribunal Supremo 11 abril 2001, Ponente Antonio Martín Valverde (RJ 2001/5113).

Sentencia Tribunal Supremo 25 junio 2001, Ponente Aurelio Desdentado Bonete (RJ 2001/6333).

Sentencia Tribunal Supremo 25 febrero 2002, Ponente Gonzalo Moliner Tamborero (RJ 2002/6235).

Sentencia Tribunal Supremo 6 febrero 2003, Ponente Bartolomé Ríos Salmerón (RJ 2003/3086).

Sentencia Tribunal Supremo 16 julio 2003, Ponente Víctor Fuentes López (RJ 2003/6113).

Sentencia Tribunal Supremo 25 septiembre 2008, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández (RJ 2008/6601).

### **Tribunales Superiores de Justicia**

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Murcia 22 diciembre 1995, Ponente Rubén Antonio Jiménez Fernández (AS 1995/4852).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña 30 marzo 2005, Ponente Jordi Agustí Juliá (AS 2005/1224).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña 13 abril 2005, Ponente Ignacio M<sup>a</sup> Palos Peñarroya (AS 2005/940).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña 16 mayo 2014, Ponente Sebastián Moralo Gallego (AS 2014/1297).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia País Vasco 17 noviembre 2017, Ponente Elena Lumbreras Lacarra (JUR 2016/59360).