

MEMENTO EXPERTO
FRANCIS LEFEBVRE

Crisis, medidas
y soluciones
laborales

ACTUALIZADO A 23 DE ABRIL DE 2009

El presente Dossier es el fruto
de las jornadas celebradas en el CES sobre
«Tratamiento Laboral de la Crisis de Empresa»
organizadas por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO
los días 5 y 6 de febrero,
cedido a
Ediciones Francis Lefebvre
por:

J. Luis Asenjo Pinilla
Magistrado de la Sala de lo Social. TSJ País Vasco

Aurelio Desdentado Bonete
Magistrado Sala IV Tribunal Supremo

M^a Fernanda Fernández López
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

José M^a Fernández Seijó
Magistrado. Juzgado de lo Mercantil

José A. Folguera Crespo
Magistrado. Juzgado de lo Social

Juan López Gandía
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia

Jesús Rentero Jover
Magistrado de la Sala de lo Social. TSJ C. Valenciana

Edmundo Rodríguez Achútegui
Magistrado. Juzgado de lo Mercantil

Fernando Salinas Molina
Magistrado Sala IV Tribunal Supremo

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.
Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 44,72 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-92612-18-5
Depósito legal: M-17815-2009
Impreso en España
por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

PLAN GENERAL

	nº marginal
INTRODUCCIÓN	
Jesús Rentero Jover	
Magistrado de la Sala de lo Social TSJ Castilla-La Mancha	100
CAPÍTULO I	
TUTELA DE LOS TRABAJADORES ANTE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA EXTINCIÓN DE LA CONTRATA	
José Ángel Folguera Crespo	
Magistrado de lo Social	
A. Externalización productiva e interposición en el contrato de trabajo.....	2005
1. Flexibilidad+globalización=externalización.....	2010
2. Externalización y fraude de ley.....	2015
3. La tutela judicial y administrativa ante la interposición ilícita en el mercado laboral.....	2020
B. Pautas de actuación judicial ante la interposición empresarial abusiva.....	2025
1. El concepto legal de empresario del ET art.1.2.....	2030
2. La doctrina del levantamiento del velo y la identificación del verdadero empresario.....	2035
3. Cesión ilegal de trabajadores.....	2040
Caracterización y elementos de la cesión ilegal.....	2045
Prestación temporal de servicios, trabajos en misión, desplazamientos de trabajadores a otras empresas.....	2050
Cesión ilegal entre empresas solventes o con entidad real.....	2055
Título legítimo aparente. Criterios de delimitación.....	2060
4. Aplicación de categorías negociales: simulación negocial, abuso de dere- cho, fraude de ley. Condena solidaria.....	2070
5. Grupos de empresa, como manifestación del concepto legal de empresa- rio.....	2080
Grupos de empresa regulares e irregulares.....	2085
Responsabilidad solidaria.....	2095
Circulación de trabajadores dentro del grupo empresarial.....	2100
6. Proyección procesal de las garantías interpositivas en la relación laboral: alegación parcial de las figuras correctoras de la interposición ilegal.....	2110
C. Sucesión de empresas.....	2120
1. Regulación legal.....	2120
2. Concepto y objeto.....	2125
Concepto.....	2125
Objeto de la sucesión y la transmisión empresarial.....	2125
Supuestos de compraventa de local o de extinción de arrendamiento de establecimiento mercantil.....	2140

	nº marginal
3. Los hechos determinantes de la sucesión	2150
Transmisión intervivos	2150
Extinción del contrato por circunstancias subjetivas del empresario	2155
4. Extensión objetiva y temporal de la garantía	2160
5. Obligaciones de información y consulta	2170
Información a los representantes legales	2170
Consulta y medidas de reestructuración	2175
Efectos sobre representación y negociación colectiva	2180
6. La sucesión de empresas en la doctrina jurisprudencial estatal y comunitaria	2185
Unidad económica	2185
Elementos materiales significativos y unidad económica	2190
Descentralización productiva	2195
Organismos públicos: reorganización de estructuras de la Administración Pública o cesión de competencias administrativas	2200
Efectos de la sucesión empresarial	2205
7. Sucesión de contratas	2210
8. Requisitos establecidos en convenio colectivo para el caso de sucesión de contratas y voluntad del trabajador	2225
D. Sucesión legal, sucesión de plantillas, sucesión convencional, cesión de contratos de trabajo	2245
1. Resumen de la doctrina jurisprudencial en materia de sucesión legal, contractual, cesión de contratos	2270
2. Sucesión de contratas	280
E. Contratas y subcontratas de obras o servicios 2290	2295
1. Concepto	2295
2. Fundamentos legales de la contratación externa y subcontratación de obras y servicios por las empresas	2300
3. Delimitación respecto de la novación empresarial incontestada o cesión de contratos	2310
4. Delimitación respecto de la cesión ilegal	2320
5. Finalización de la contrata	2330
Extinción de contrato por causas objetivas y fin de contrata	2330
Decisión de externalización y contrata externa: no justifica la extinción objetiva	2350
Efectos extintivos sobre los contratos temporales vinculados	2355
Aplicación de las previsiones del convenio colectivo de sector. Trabajador fijo de plantilla, fijo de centro, fijo de contrata	2365
Responsabilidades ante la negativa a incorporar al trabajador procedente de la contrata anterior	2370

nº
marginal

CAPÍTULO II**DESPIDO OBJETIVO: APORTACIONES JURISPRUDENCIALES**

José Luis Asenjo Pinilla

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco

A.	Antecedentes normativos: Evolución desde la II República a la Democracia .	3005
1.	II República .	3005
	L 27-11- 1931 .	3005
	L 25-6-1935 .	3007
2.	Dictadura franquista .	3015
	D 26-1-1944 .	3015
	D 26-1-1944 .	3017
	D 16-6-1954 .	3020
	O 31-3-1955 .	3021
	D 2082/1959 y normas de desarrollo .	3023
	D 350/1960 y normas de desarrollo .	3025
	D 3090/1972 .	3027
3.	Época preconstitucional .	3030
	L 16/1976, de 8 de abril de relaciones laborales .	3030
	RDL 17/1977 de 4 de marzo de relaciones de trabajo .	3032
4.	Época constitucional y democrática .	3035
	L 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores .	3035
	L 10/1994, de 19 de mayo sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación .	3037
	L11/1994 por la que se modifican determinados artículos del ET, LPL y Ley de infracciones y sanciones .	3039
	RDLeg 1/1995, de 24 de marzo (ET) .	3041
	RDLeg 2/1995, de 7 de abril (LPL) .	3043
B.	Despido colectivo versus despido objetivo .	3045
C.	Despido objetivo .	3050
	Motivos para la extinción del contrato por causas objetivas .	3052
	Rasgos principales sobre el control judicial del despido objetivo .	3054
1.	Despidos que supongan la amortización de un puesto de trabajo .	3060
	La extinción por causas económicas .	3062
	Extinción por causas organizativas o productivas .	3064
2.	Ineptitud del trabajador .	3070
	Evolución legislativa y redacción actual .	3072
	Definiciones jurisprudenciales diversas .	3074
	Requisitos básicos .	3076
	Su relación con la incapacidad temporal y la invalidez permanente .	3078
3.	Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo .	3085
	Evolución legislativa y redacción actual .	3087
	Diferencias con otras figuras que pudieran parecer afines .	3089
	Presupuestos de aplicación .	3091
	Requisitos .	3093
4.	Faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes .	3100

	nº marginal
Evolución legislativa y redacción actual	3102
Presupuesto básico	3104
Requisitos	3106
Aclaración de algunas de las expresiones legales utilizadas	3108
Las exenciones establecidas en el apartado 2º de la norma	3110
5. Contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las AAPP o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y progra- mas públicos	3115
Antecedentes normativos y jurisprudenciales	3115
Características generales	3117
Condiciones generales para su empleo	3119
Las entidades sin ánimo de lucro	3125
Aspectos procesales	3127
6. Necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo ..	3135
Evolución normativa	3137
Características generales	3139
Los diversos supuestos incardinados en esta figura	3141
La expresión «amortizar puestos de trabajo»	3143
7. Causas económicas	3150
Características generales	3152
Amortización del puesto de trabajo en una situación económica negativa ..	3154
Afectación parcial de la plantilla	3156
Afectación total de la plantilla	3158
¿Qué es una situación económica negativa? Características de las pérdi- das empresariales	3160
Carga de la prueba	3162
Problemas interpretativos	3164
Qué debe entenderse por contribuir	3166
Superación de una situación económica negativa	3168
Plan de viabilidad	3170
Centro de imputación	3172
Doble alternativa a la hora de la extinción contractual	3176
La elección del trabajador afectado	3178
8. Causas organizativas o de producción	3185
Características generales	3187
Distinción entre causas productivas y organizativas	3189
El término «dificultades»	3191
La superación de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a través de una mejor organización de los recursos	3193
El centro de imputación	3197
El nexo causal	3199
Momento en que han de constatare los problemas invocados por el tra- bajador	3201
Alternativas en el empleo para el trabajador afectado	3203
El problema de la subcontratación o la externalización de actividades. ...	3205
Algunos supuestos a destacar	3211
9. Causas técnicas	3220

	nº marginal
Características generales	3222
El término «dificultades»	3224
La superación de las dificultades que impiden el «buen funcionamiento de la empresa, a través de una mejor organización de los recursos»	3226
El centro de imputación	3228
Supuestos asimilados jurisprudencialmente al despido objetivo	3230
Supuesto no asimilado jurisprudencialmente al despido objetivo	3235
10. La prioridad de los representantes de los trabajadores	3250
Características generales	3250
La referencia dual a la empresa y al centro de trabajo	3252
Supuestos excluidos	3254
11. Aspectos formales a salvaguardar y efectos de la extinción por causas objetivas	3275
Características generales	3275
La comunicación escrita al trabajador expresando su causa	3277
Puesta a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización establecida	3281
Un supuesto específico	3290
Error a la hora de cuantificar su importe	3295
Concesión del plazo de preaviso	3310
La demanda por despido objetivo	3320
Carga de la prueba	3322
Declaración judicial sobre el despido	3324
Responsabilidad del FOGASA en caso de insolvencia de la empleadora ..	3330

CAPÍTULO III

LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR IMPAGO DE SALARIOS EN LAS SITUACIONES DE CRISIS EMPRESARIAL

María Fernanda Fernández López

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

A. Consideraciones generales	4010
1. Observaciones preliminares	4015
a. Resolución judicial del contrato ex art.50.1b como institución individual	4018
b. Soluciones procesales a los problemas de encaje entre acciones individuales y colectivas en situaciones de crisis	4033
B. Aproximación general a la acción resolutoria del art.50 ET y el concurso ..	4050
C. Reflexiones sobre la naturaleza de la acción resolutoria y el concurso ..	4075
1. Naturaleza de la figura extintiva	4080
2. Algunas consecuencias: las reglas laborales a aplicar	4130
a. Consecuencias sobre la evaluación de la causa de extinción	4145
b. Consecuencias sobre la cuantía de las indemnizaciones	4170
D. Cómputo de las extinciones y la competencia del Juez de lo Mercantil	4185
E. Algunos problemas de procedimiento subsiguientes a la transformación de la extinción en colectiva	4230
1. Problemas generales de desarrollo del procedimiento	4235

	nº marginal
2. Problemas particulares en las resoluciones colectivas por impago de salarios	4275
a. Papel del acuerdo en período de consultar en relación con las causas alegadas para la extinción	4280
b. Singularización de la causa extintiva por el Juez de lo mercantil ante la falta de acuerdo	4285
F. Cumplimiento de la resolución judicial	4300
 CAPÍTULO IV	
MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACION Y DE CRISIS DE EMPRESA	
Juan López Gandía	
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad politécnica de Valencia	
A. Introducción	5005
B. Medidas no extintivas y medidas dirigidas a conservar el empleo	5010
1. Modificación de condiciones de trabajo y de la modalidad contractual ..	5015
a. Reducción de jornada y novaciones de trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial o entre trabajos a tiempo parcial	5017
Situación legal de desempleo	5020
b. Reducción de la contrata por voluntad de la empresa contratista ..	5030
c. Reducción sobrevenida del número de trabajadores empleados en la contrata	5035
2. Medidas incentivadoras del mantenimiento del empleo. Paros técnicos y suspensiones de contrato	5040
a. Bonificación de la cotización en situación de desempleo por suspensión del contrato	5042
b. Reposición del derecho a la prestación por desempleo	5045
3. Bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social de trabajadores de 59 o más años	5050
4. Bonificaciones por retraso de la edad de jubilación a partir de los 65 años	5055
Incidencia en la pensión de jubilación	5057
Retraso en la edad de jubilación de los bomberos	5059
5. Prestaciones de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos	5065
6. Jubilación parcial	5070
Requisitos	5075
Efectos en Seguridad Social	5078
Contrato a tiempo parcial	5080
Contrato de relevo	5082
Extinción de la pensión de jubilación parcial	5090
Extinción del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo	5094
C. Medidas extintivas	
1. Prestaciones de desempleo y similares	5110
Sectores concretos	5112
2. Prestaciones de incapacidad permanente	5120
Excepciones a la nueva forma de cálculo	5126
3. Jubilaciones a edades inferiores	5135
Razones de penosidad, toxicidad o peligrosidad	5138

	nº marginal
Personas con discapacidad	5140
Función Pública	5142
4. Jubilación anticipada	5150
a. Jubilación anticipada de mutualistas	5152
Aplicación de los coeficientes reductores	5156
Mejora de pensiones anticipadas causadas antes del 1-1-2002	5160
b. Nueva jubilación anticipada	5162
5. Convenio especial para trabajadores de más de 55 años despedidos mediante ERE	5165
6. La previsión complementaria y su incidencia	5175
D. Conclusiones	5180

CAPÍTULO V

EL SINDICATO Y LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCURSO

Aurelio Desdentado Bonete

Magistrado Sala IV Tribunal Supremo

A. Las funciones del concurso y la participación de los trabajadores	6005
B. La representación de los trabajadores y su intervención en el concurso	6010
1. La representación de los trabajadores en el Derecho español: cauces y límites de la función representativa	6010
2. La intervención de los representantes de los trabajadores en el concurso	6015
a. La exclusión de los órganos de representación en las operaciones normales del concurso	6015
b. Una vía para la actuación de los órganos de representación de los trabajadores en el concurso: la cláusula de remisión a la Ley de Procedimiento Laboral en el art.184.6 de la Ley Concursal	6025
C. Examen especial de la posición del sindicato en el concurso: la aplicación del art.20 de la LPL y la entrada del sindicato en el concurso como portador de un interés general de los trabajadores	6030
D. La intervención de los representantes de los trabajadores en las actividades conectadas con el concurso	6045
1. Las intervenciones fuera del concurso, pero dentro de la competencia del juez mercantil: el expediente judicial de regulación de empleo	6050
2. Las intervenciones fuera del concurso y fuera de la competencia del juez mercantil	6060

CAPÍTULO VI

DE LA EJECUCIÓN LABORAL SINGULAR Y PLURAL AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Fernando Salinas Molina

Magistrado Sala IV Tribunal Supremo

A. Ejecución social con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal: privilegio de ejecución separada laboral	7005
B. Ejecuciones singulares: concurso de ejecuciones singulares	7010
Distribución proporcional	7012
C. Principio de conservación de la empresa y principio de conservación de los puestos de trabajo y de las condiciones de empleo	7020
1. Aplazamiento o demora de las obligaciones objeto de ejecución	7025

	nº marginal
2. Insolvencia técnica	7030
3. Legitimación de los terceros interesados para intervenir en todo tipo de incidentes que se susciten en el proceso de ejecución	7040
4. Legitimación de los representantes de los trabajadores para intervenir en el proceso de ejecución en el plano individual y en el colectivo	7050
Representación unitaria	7051
Secciones sindicales	7052
Sindicatos	7053
Trabajadores	7055
5. Participación de los trabajadores en la administración judicial de empresas	7060
D. Ejecución social con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal ..	7070
E. Principios inspiradores del proceso laboral	7080
Legitimación del sindicato como directamente afectado	7081
Legitimación del sindicato como representantes de los trabajadores	7082
Conclusión	7083
F. Legitimación de los sindicatos e intereses colectivos	7090
1. Regla general	7095
2. Jurisprudencia constitucional	7100
3. Jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo	7110

CAPÍTULO VII**EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE LAS EMPRESAS EN CONCURSO**

José María Fernández Seijo y Edmundo Rodríguez Achútegui

Magistrados. Juzgados de lo Mercantil

A. Finalización, suspensión o modificación de las relaciones laborales durante el concurso	8010
B. Tramitación del ERE concursal	8020
1. Competencia para la tramitación	8025
2. Legitimados para la solicitud	8060
Administración concursal	8065
Representantes de los trabajadores	8070
Concursado	8090
No legitimados y solicitudes múltiples	8100
3. Objeto del expediente	8110
Extinción, suspensión o modificación	8120
Carácter colectivo	8130
4. Momento de la presentación	8150
5. Requisitos de solicitud	8160
6. Admisión y periodo de consultas	8220
7. Finalización del periodo de consultas con o sin acuerdo	8270
8. Sanción del acuerdo alcanzado	8330
a. Objeto de la negociación	8340
b. Vinculación del juez a lo acordado	8410
c. Inexistencia de retroactividad	8420
d. Límites a la negociación	8430
9. Resolución en caso de desacuerdo	8450
C. Eficacia de las decisiones adoptadas	8470

	n° marginal
1. Efectos del auto que declara la extinción, suspensión o modificación colectiva	8480
a. Extinción colectiva	8490
b. Suspensión colectiva	8510
c. Modificación sustancial colectiva	8520
2. Indemnización como crédito contra la masa	8530
3. Abono de los créditos contra la masa	8560
Prededucción	8580
Regla del vencimiento	8590
Inexistencia de excepción por el crédito superprivilegiado	8610
4. Reclamación del abono del crédito contra la masa a través del incidente concursal	8620
Créditos que pueden reclamarse	8630
Competencia	8640
Objeto del incidente concursal	8650
Plazo para interponerlo	8660
Legitimación	8680
Postulación	8690
Tramitación y alegación de insuficiencia o inexistencia de masa	8710
5. Ejecución de las sentencias del incidente concursal	8720
D. Recursos	8730
1. No admisión de la solicitud	8740
2. Revisión del auto	8750
Legitimación	8760
Consignación	8780
3. Discusión de situaciones particulares	8800

Introducción

J. Rentero Jover

Magistrado, Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha

Una vez más, una **nueva crisis** amenaza la supervivencia del Sistema, que más allá del análisis sobre su origen, de su carácter cíclico o no, de su duración y de la posibilidad y/o forma de salida de la misma, genera la aparición en todo el mundo de reconversiones, de cierres de empresas, de despidos de todas clases, con el corolario de problemas sociales de diversa índole que ello lleva implícito, especialmente (aunque no sólo) derivados del desempleo creciente. Con el paralelo crujir de muchas instituciones públicas, desbordadas por la imprevista realidad, que se ven insuficientes para enfrentar el problema y que, además, están frecuentemente a su vez atenazadas por intereses diversos que las condicionan, en muchos casos. Intereses de personas o de grupos que no están, precisamente, preocupados por salir de la crisis con el menor coste social, sino en hacerlo con el máximo beneficio a su favor, pese a que suelen ser precisamente estos los causantes principales de la propia crisis.

100

En este panorama ciertamente crítico, resulta claramente acertada la decisión de los organizadores de las, ya célebres, «Jornadas del CES» de invierno, que desde hace años se vienen celebrando con masiva participación, impulsadas por el Gabinete Jurídico de CC.OO. y por Jueces para la Democracia, que ahora culmina con el esfuerzo editorial que, el presente libro auspiciado por Editorial Lefebvre, supone.

110

La elección del tema conduce a que el análisis de la crisis, y más en concreto, la **respuesta** a la misma en el ámbito **jurídico-laboral**, adquiera la centralidad que, de un estudio riguroso, reposado y compartido entre los autores, se deriva, aportando así ideas, críticas y nuevas perspectivas, que ofrezcan un marco útil de respuesta, ante la diversidad de las propuestas empresariales a las situaciones de dificultad. Que en todo caso, deben de enmarcarse en nuestro país en el ámbito de un Estado Social y Democrático de Derecho (Const art.1.1), del que deriva una especial tutela del derecho al trabajo (Const art.35.1) y de protección en situaciones de necesidad, especialmente en situaciones de desempleo (Const art.41), con existencia de libertades colectivas y, por tanto, de derecho de libre sindicación (Const art.28.1), de negociación colectiva laboral entre los interlocutores sociales (Const art.37.1), de conflicto (Const art.37.2) y de huelga (Const art.28.2), así como de libertad de empresa, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación (Const art.38). Y todo ello, con un preferente derecho a tutela judicial efectiva para todos los actores sociales, individuales y colectivos.

La especial trascendencia que la actual **crisis** económica está suponiendo, ha conducido tanto a la adopción de **medidas** de índole nacional por los gobiernos de los diversos Estados, y por tanto, también por el español, como a la concertación de intentos de respuestas coordinadas, tanto a nivel regional (UE, en lo que a nosotros nos interesa), como a nivel global (G-20 y otros), con las que se busca, tanto una

120

más rápida superación de la misma, como intentar un menor impacto de sus efectos negativos, tanto en los ciudadanos y consumidores en general, como muy especialmente, respecto a los trabajadores, que siempre se ven afectados, tradicionalmente los primeros, en soportar las situaciones económicas desfavorables, como consecuencia de la pérdida del empleo que las mismas suelen llevar aparejadas. Y también, como consecuencia del aprovechamiento desmedido de tales situaciones en que, a veces, se incurre por parte de algunos sectores empresariales, cambiando empleo estable por empleo precario, o aprovechando para conseguir un rejuvenecimiento de la plantilla, y normalmente de ahí derivado, una disminución de los costes laborales y/o sociales.

130

Cabe así aludir, desde la **perspectiva interna española**, a la aprobación gubernamental por la vía de urgencia, de un modo escalonado, de una serie de medidas generales (que luego han sido, a la fecha, convalidadas por el Parlamento), encaminadas tanto a paliar la situación de falta de liquidez de las empresas, como a elaborar un cierto colchón social para todos los sectores afectados por los efectos negativos de la crisis, como muy especialmente, a fomentar el empleo de trabajadores. Y ello, sin duda en el ámbito privado, pero también en el campo de la actividad económica pública y del empleo público, y enmarcadas todas ellas en la estrategia de una guía general, constituida por el **Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo** (Plan E), del que pueden considerarse a la fecha, como últimas manifestaciones:

- RDL 9/2008, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación;
- RDL 2/2009 de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas; o
- RDL 3/2009 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

De tal manera que se utiliza la intervención normativa, tradicionalmente siempre detrás de la realidad social cambiante, a veces a ritmos muy acelerados, como un instrumento, no solo de contención de la crisis, sino incluso de dinamización social y de cambio. Otra cosa serán sus resultados, a analizar sin duda con más perspectiva. Y no olvidemos que no es la primera vez que surge la necesidad, por motivos diversos, de aprobar una legislación laboral excepcional, consecuencia de otras crisis de naturaleza diversas: la ya derogada Ley de Reconversión Industrial, bajo cuyo cobijo se realizó la misma en los años 80, es un precedente y ejemplo de ello, si bien fuera, sin duda, en otra distinta dirección, permitiendo masivas reconversiones sectoriales y empresariales, saneamientos⁰ y, todo hay que decirlo, ulteriores privatizaciones, una vez «descargadas», con cargo al erario público, los excesos de añejas plantillas. Y, en otras ocasiones puntuales, como una respuesta de urgencia del Estado a unas situaciones de excepcional necesidad, provocadas por desastres naturales (inundaciones, heladas, incendios, sequía), o incluso provocados por la mano de hombre («mareas negras», de lo que el desastre del «Prestige» es destacable ejemplo), o buscadas a propósito, para solucionar situaciones que ameritan una intervención concertada (paradas biológicas, etc.).

140

Y desde el ámbito europeo, coincide la situación de crisis generalizada con el debate sobre la «**flexiseguridad**», así como, en parte con ello relacionado, sobre los

límites y las dificultades de la libre circulación, tanto de servicios como de trabajadores -que alcanzó su cenit con la propuesta de directiva Bolskestein, finalmente dulcificada por la presión sindical-, en lo que el Tribunal de Justicia está teniendo un papel ciertamente estelar, aunque algo confuso, y que comienza a ser, en cada vez más supuestos, claramente regresivo desde una perspectiva social (así, casos Viking, Laval, Rüffert y Luxemburgo), y que posiblemente no sea sino una de las consecuencias perniciosas que derivan de una ampliación excesiva y acelerada.

En esa misma dirección de intervención normativa de emergencia, es también de resaltar la adopción, por parte de algunas **Comunidades Autónomas**, de medidas igualmente encaminadas a paliar los efectos negativos de la crisis, y a un cierto fomento del empleo. De entre las que cabe destacar, cuando menos por su efectismo mediático, y sin duda, por lo que comporta de ser una actuación normativa de índole excepcional, de fomento de la solidaridad colectiva frente a la crisis, el proyecto de la Comunidad de Castilla-La Mancha de impulsar la contratación temporal de trabajadores de la propia comunidad en paro, que hayan agotado la percepción de la prestación de desempleo (en lo conocido al momento, en colaboración con Diputaciones y Ayuntamientos, con duración de 180 días, con retribución neta de 765 euros, más otros 100 dedicados a las cotizaciones sociales, y mejorable por las entidades públicas empleadoras). Lo que supone, sin duda, un ambicioso proyecto de intervención social, complementario del general, pero no por ello de menor envergadura, implicando en la gestión de los efectos negativos de la situación económica, no sólo a los agentes sociales, sino a las diversas instituciones públicas, cercanas a los afectados por la misma, y también necesitadas, a su vez, de un cierto impulso económico, que no paralice su actuación en favor de los intereses colectivos que constituyen su función y razón de ser.

150

Tampoco debe de olvidarse, pues sin duda influye poderosamente en el **debate** sobre los modos y los medios de salir de la crisis (en el que el diálogo social debería ser un elemento prevalente), el introducido por ciertos **sectores empresariales** (COE) y ciertas **instituciones financieras**, nacionales (Banco de España) y foráneas (FMI), sobre la idea manida y siempre emergente, de la necesidad del abaratamiento del despido como remedio paliativo de la crisis de las empresas, o el de la propia cercanía de la crisis del sistema de Seguridad Social pública (con olvido claro de que, hasta el momento, las únicas quiebras lo han sido de los sistemas privados y de las instituciones de inversión y de ahorro en que se basan). Lo que, junto a ser temas recurrentes y efectistas, pero desde luego poco útiles desde una perspectiva de superación de la misma, ayudan a conformar una línea de frontera defensiva de ciertos intereses particulares, que desde luego, no aportan nada a una salida dialogada y solidaria de la situación, como ya se ha señalado, creada en buena medida, por quienes las hacen o por quienes se ven representados en esas declaraciones, que auspician, además la política, ya generalizada en casi todos los países, de socialización de las pérdidas (o de la disminución de beneficios) de las entidades financieras, o de las grandes corporaciones inmobiliarias. Aspectos todos ellos que, en todo caso, forman parte del propio debate de la crisis y su solución.

160

El punto de partida del libro comienza con el estudio de *J.L. ASENJO PINILLA*, Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que lleva a cabo una detallada y extensa reflexión sobre el tema del **despido objetivo: aportaciones jurisprudenciales**.

170

denciales (nº 3000 s.), haciendo en la misma un minucioso recorrido por la diversidad de problemas teóricos que derivan de la institución extintiva regulada en el ET art.52 y 53, mecanismo utilizado con frecuencia de un modo no idóneo, para conseguir una adecuación de las plantillas a las necesidades coyunturales de la empresa, salvando la necesidad de negociación que el ERE exige. *ASENJO PINILLA* hace una exposición, anclada en los problemas que, en la práctica, ha dado lugar la utilización de este mecanismo extintivo, haciendo un repaso por la diversidad de soluciones que la doctrina de suplicación ha venido elaborando, especialmente en relación con el ET art.52.c), y por la más restringida aportación, pero sin duda determinante, que la unificación de doctrina ha ido construyendo, en especial, en relación con los conceptos generales (un ejemplo, TS 29-9-08, RJ 5536, Rec 1659/07), y con el cumplimiento de las formalidades extintivas, y más detalladamente, con el debate de los diversos flecos relacionados con la efectiva puesta a disposición, en favor del trabajador, de la indemnización legal.

180

Siguiendo una línea de coherencia con la problemática de la que derivan diversas situaciones críticas para las empresas y/o para los trabajadores, el capítulo I de *J.A. FOLGUERA CRESPO*, Magistrado de lo Social de Madrid, se centra en la **tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva: problemática en torno a la extinción de la contrata** (nº 2000 s.), fenómeno en un crecimiento imparable, especialmente a partir de la extensión de las muy discutibles «empresas multiservicios», y en el que inciden, tanto una regulación legal interna pensada para otros supuestos (ET art.44), como una intervención convencional mucho más detallada, como una normativa comunitaria, precisamente surgida en otros momento de crisis, para defender un mínimo de derechos de los trabajadores y evitar situaciones de competencia desleal entre las empresas: es la actual Dir 2001/23/CE, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (originariamente, Dir 77/187/CEE), que ha dado lugar, sin duda, a una de los mayores elaboraciones jurisprudenciales del TJCE. La exposición analiza la diversidad de problemas que derivan de un cúmulo normativo tan complejo y diverso, lo que además se ve acrecentado por la numerosa intervención judicial, no siempre clara, y desde luego, como es frecuente, muy discutible en algunas de sus conclusiones unificadas, como en el aspecto de admitir el contrato por la duración de la contrata (entre otras, TS 20-11-00, RJ 1422/01, Rec 3134/99), que de consolidarse, puede venir a poner término a las garantías derivadas de los fenómenos de sucesión, salvo intervención al efecto del TJCE, resolviendo alguna cuestión prejudicial que se le pueda plantear. Es, por tanto, el analizado un tema medular en nuestras actuales relaciones laborales, que se caracterizan por fenómenos cada vez más complejos y diversos de externalización, a lo que no escapa tampoco el empleo público laboral.

190

La profesora *M^a. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, se ocupa, con su maestría y minuciosidad analítica habitual, del tema de la **resolución del contrato por impago de los salarios y las situaciones de crisis empresarial** (nº 4000 s.), contemplando la compleja diversidad de situaciones que derivan, de la doble regulación extintiva teórica, por decisión empresarial (ET art.51), y por decisión del propio trabajador (ET art.50.1.b) que ve como se incumple la principal obligación patronal que deriva

del contrato de trabajo: la retributiva. Con la consiguiente polémica que deriva de la mayor o menor diligencia en el ejercicio de las actuaciones defensivas de su derecho, tanto entre los propios trabajadores, como en relación con la empresa, atendiendo a la diferente responsabilidad indemnizatoria según que la extinción se acuerde acogida a una u otra cobertura normativa, y su repercusión sobre las propias posibilidades de mantenimiento de un cierto empleo.

El profesor *J. LÓPEZ GANDÍA*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, expone al detalle el tema de las **medidas de Seguridad Social ante los procesos de reestructuración y de crisis de empresa** (nº 5000 s.), tema central de la intervención de los sujetos colectivos en la negociación de las salidas concertadas a las situaciones de crisis de la empresa (ET art.51; Dir 98/59/CE). El elenco de las medidas analizadas –junto a otras posibles–, demuestra las posibilidades de intervención negociadora del sujeto representativo, de una parte, y de otra, la posibilidad de utilización de mecanismos normativos de solidaridad social, encaminados a hacer menos gravosa a los trabajadores la salida del mercado de trabajo, y en buena medida, también a las empresas afectadas, que generan una gran cantidad de controversias prácticas, que son objeto de estudio y exposición.

200

Por su extremo interés se ha incluido la ponencia presentada a la Jornada sobre Sindicatos y Ley Concursal (CGPJ-UGT Madrid 16-11-2008) por el Magistrado del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, *A. DESDENTADO BONETE*, realiza un pormenorizado estudio sobre **el sindicato y los representantes de los trabajadores en el concurso** (nº 6000 s.). Realiza un completo estudio de las posibilidades que la actual regulación concursal (L 22/2003) ofrece, tanto al sindicato como a la representación unitaria de los trabajadores de las empresas sujetas a concurso, en cuanto a las posibilidades de negociación como de intervención jurisdiccional, haciendo así viable, desde una doble perspectiva, tanto la eficacia de la tutela judicial (Const art.24.1), como la defensa de los intereses generales de los trabajadores que es propia al sujeto colectivo (Const art.7).

205

De extremo rigor e interés resulta el análisis de *F. SALINAS MOLINA*, ya reincorporado a su destino jurisdiccional como Magistrado del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sobre **la ejecución laboral singular y plural al procedimiento concursal** (nº 7000 s.).

210

Finamente, y dada la complejidad, tanto sustantiva como procesal, que derivan de las situaciones de crisis empresarial, los Magistrados *E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI* y *J.M^a. FERNÁNDEZ SEIJO* centran su colaboración, complementando el debate anterior, en el tema específico de **el expediente de regulación de empleo de las empresas en concurso**: tramitación, eficacia de las decisiones adoptadas y sistema de recursos (nº 8000 s.). Los autores analizan de modo eficaz toda la problemática que deriva, tanto de la nueva regulación concursal, como de la intervención pluri-jurisdiccional que, a la fecha, se dan en estos particulares supuestos de intervención en la crisis, cada vez más frecuentes en la actual situación económica, y que peculiariza una actuación judicial que, junto a novedosa, permite unas nuevas vías de acercamiento a la salvación de la empresa. Todo ello, en los términos iniciáticos que tanto una nueva regulación –Ley Concursal– como una nueva jurisdicción –Juzgados de lo Mercantil– supone, de cara a consolidar una línea jurisprudencial

220

que sea eficaz y coherente, al estar la materia atravesada por la intervención ordinaria de varias jurisdicciones (Mercantil, Social, Contencioso-Administrativa).

230

Sirven pues estos estudios y reflexiones como un referente excepcional para el análisis riguroso de las consecuencias laborales de la crisis empresarial, y de los medios e **instrumentos técnico-jurídicos** utilizables por todos los sectores afectados. Se realiza así una aportación de gran interés para los operadores jurídicos, que abarca la práctica totalidad de los temas nucleares relacionados con la incidencia de la misma sobre el empleo, a través de los mecanismos directos de su regulación; quedan al margen, por exceder de lo perseguido, la utilización de otros mecanismos espúreos, que también conducen a la readaptación de las plantillas, tales como la utilización masiva del período de prueba de duración desmedida, o las extinciones contractuales «inducidas» (por acoso, movilidad geográfica, cambio de condiciones de trabajo, impago salarial, etc.), los despidos sin causa, reconociendo o no la imprudencia de los mismos, la utilización desmedida de la contratación temporal irregular, y otros mecanismos semejantes, no siempre acomodados a la legalidad, pero que conducen a veces a conseguir ese resultado, a salvo de una intervención de respuesta, colectiva o judicial, no siempre posible o adecuada.

CAPÍTULO I

Tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva: problemática en torno a la extinción de la contrata

José Ángel Folguera Crespo
Magistrado de lo Social (1)

2000

ÍNDICE	
A.	Externalización productiva e interposición en el contrato de trabajo 2005
1.	Flexibilidad+globalización=externalización 2010
2.	Externalización y fraude de ley 2015
3.	La tutela judicial y administrativa ante la interposición ilícita en el mercado laboral 2020
B.	Pautas de actuación judicial ante la interposición empresarial abusiva 2025
1.	El concepto legal de empresario del ET art.1.2 2030
2.	La doctrina del levantamiento del velo y la identificación del verdadero empresario 2035
3.	Cesión ilegal de trabajadores 2040
4.	Aplicación de categorías negociales: simulación negocial, abuso de derecho, fraude de ley. Condena solidaria 2070
5.	Grupos de empresa, como manifestación del concepto legal de empresario 2080
6.	Proyección procesal de las garantías interpositivas en la relación laboral: alegación parcial de las figuras correctoras de la interposición ilegal 2110
C.	Sucesión de empresas 2120
1.	Regulación legal 2120
2.	Concepto y objeto 2125
3.	Los hechos determinantes de la sucesión 2150
4.	Extensión objetiva y temporal de la garantía 2160
5.	Obligaciones de información y consulta 2170
6.	La sucesión de empresas en la doctrina jurisprudencial estatal y comunitaria 2185
7.	Sucesión de contratas 2210
8.	Requisitos establecidos en convenio colectivo para el caso de sucesión de contratas y voluntad del trabajador 2225
D.	Sucesión legal, sucesión de plantillas, sucesión convencional, cesión de contratos de trabajo 2245
1.	Resumen de la doctrina jurisprudencial en materia de sucesión legal, contractual, cesión de contratos 2270
2.	Sucesión de contratas 2280
E.	Contratas y subcontratas de obras o servicios 2290
1.	Concepto 2295
2.	Fundamentos legales de la contratación externa y subcontratación de obras y servicios por las empresas 2300
3.	Delimitación respecto de la novación empresarial incontestada o cesión de contratos 2310

ÍNDICE		
4.	Delimitación respecto de la cesión ilegal.....	2320
5.	Finalización de la contrata	2330

A. Externalización productiva e interposición en el contrato de trabajo

2005

En el **marco de la libertad de empresa**, el empresario puede organizar la producción tanto mediante recursos propios, como a través de recursos ajenos. En el **ámbito laboral**, no obstante, la interposición en la relación laboral se configura restrictivamente. En efecto, el ordenamiento laboral parte de la necesidad de una **precisa identificación del empresario**, como titular de los derechos y obligaciones laborales hacia sus trabajadores, y de la plena correspondencia entre la recepción del fruto del trabajo y el abono de salario con la titularidad de la relación en posición de empresario (2). De este modo, la regla general ha de ser la correspondencia entre quien proporciona empleo y recibe el trabajo y quien consta formalmente como empleador, puesto que la identidad del empresario es presupuesto para el ejercicio efectivo de los derechos laborales. De hecho la identificación del empresario es presupuesto necesario para el ejercicio efectivo de los derechos por los trabajadores. De nada serviría reconocer nominalmente una serie de derechos en el trabajo si no es posible determinar con claridad ante quien pueden ejercitarse.

1. Flexibilidad + globalización = externalización

2010

Por otra parte, la **búsqueda de mayor competitividad** ante la globalización de la economía puede llevar a recurrir la búsqueda de economías adicionales y de una mayor flexibilidad, a través del incremento de las aportaciones externas de procesos productivos o de resultados finales ya elaborados, de modo que el núcleo de la empresa se ve progresivamente adelgazado al reducirse cada vez la empresa a los núcleos estructurales, que ya no admiten la transferencia externa, mientras que se generaliza el recurso a otras empresas terceras por medio de la contratación externa de servicios. Del mismo modo, la **búsqueda de mayor eficacia de gestión** lleva a la configuración de filiales o empresas controladas, reduciendo el riesgo de que el fracaso de una parte arrastre al todo. Constituye preocupación esencial de los agentes sociales a este respecto (3) **conciliar flexibilidad y seguridad** –flexiseguridad, flexiguridad o flexicurity– (4), seguridad tanto en el sentido de seguridad jurídica en cuanto a los derechos aplicables, es decir, el reverso de la inseguridad jurídica, como de prevención de riesgos laborales, que evite accidentes laborales o enfermedades profesionales en el nuevo marco organizativo. De este modo (5), «la empresa... integrada verticalmente es sustituida por la empresa volátil, inmaterial, flexible, en red, un conjunto de unidades productivas...que se encadenan para lograr objetivos comunes a través de la contratación y subcontratación... La frag-

mentación del ciclo productivo y su exteriorización es el eje central de estas formas de organización... que suele combinarse con la fragmentación de la cadena... a través de la decisión de trasladar la producción a otros países». Como **resultado** de todo ello se debilita la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, se incrementa el empleo temporal, se soslayan los avances de la negociación colectiva de sector o de empresa, se debilitan las estructuras de representación de los trabajadores.

1. En función de la dependencia respecto de la estructura central, la **externalización productiva** (outsourcing) (6) puede materializarse a través de contratación externa (**contratas**) o a través de la constitución de filiales (**descentralización** en sentido estricto o filialización) y generando así un grupo de empresas, dentro del cual habrá que distinguir entre la empresa matriz, dominante o de control (donde reside el control del capital y el núcleo central de gestión y, en su caso, de producción) y la empresa filial, dominada o controlada.

2. La externalización, o mejor, el recurso a medios externos (outsourcing) puede ser **estratégico** (si afecta al núcleo esencial de la empresa) o bien periférico o **accesorio** cuando se refiere a servicios contingentes, que puede tener o no la empresa, por no ser imprescindibles para el funcionamiento de la empresa, o que están lejos del núcleo central, según el objeto de la actividad y el centro de toma de decisiones.

3. En función de la preexistencia o no de la actividad dentro de la empresa originaria (**nueva actividad**) puede, a su vez, existir:

a) O bien, un proceso de **transferencia de recursos** anteriormente adscritos a la misma desde aquella empresa primitiva, incluida la transferencia de mano de obra (transmisión total o parcial de plantilla), por lo que puede suscitarse, a su vez:

– la **continuidad** de los previos derechos laborales de esos trabajadores, al existir cambio de empresario y de titular en la relación de trabajo

– y en concreto puede existir una **sucesión de empresas** en sentido legal.

b) O bien, puede efectuarse la **contratación inicial** externa de esos recursos o de esos trabajadores, que antes no estaban en la empresa, sin que se suscite por tanto la necesidad de mantener previos derechos.

La **descentralización productiva** se caracteriza por dos **rasgos** que constituyen sus notas de identificación: la fragmentación o segregación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fase funciones o actividades de dicho ciclo. Lleva asociadas dos **consecuencias** esenciales, la primera la introducción de un principio de división del trabajo entre organizaciones empresariales y la segunda reside en el tipo de relaciones ínter empresariales, sustentadas en vínculos de cooperación, de coordinación o de dependencia (*F VALDES DAL RE*)

2. Externalización y fraude de ley

Ante las disposiciones imperativas que establecen la fijación de condiciones laborales, o de exigencia de obligaciones de seguridad social, una de las técnicas de elusión más frecuentes, dentro de un fenómeno más general, como es la huida del Derecho del Trabajo, es el **alejamiento del verdadero empresario responsable**, sea difuminando su verdadera entidad y realidad, sea a través de la interposición de

2015

otras personas físicas o jurídicas, sin solvencia patrimonial, o simplemente de modo que se dificulte, sin el necesario fundamento legal, la materialización de esos derechos y obligaciones.

Así, que hay que distinguir entre:

a) **Interposición lícita** en el contrato de trabajo (caso de las Empresas de Trabajo Temporal –ETT–, por excepción, o de novación contractual y cambio lícito de empresario aceptado por el trabajador con las consecuencias que se analizan más adelante) (nº 2060) o simplemente la interposición, no en el contrato, pero sí en la aportación de servicios a la empresa por medio de filiales o de empresas contratistas (7).

b) **Interposición ilícita o fraudulenta**, como resultado de una cesión ilegal de trabajadores o de la identificación del verdadero empresario, como resultado del carácter puramente nominal del empresario interpuesto o de la intervención de grupos de empresa irregulares o ilícitos.

2016

Por otra parte, la **interposición fraudulenta de terceros en el contrato** puede resultar:

- directamente de la propia configuración jurídica adoptada (de los contratos suscritos entre el empresario principal y los empresarios interpuestos, que son llamados a intervenir en la prestación laboral mediante esos contratos) (**interposición fraudulenta originaria**);
- o bien, con independencia de la configuración jurídica adoptada y de su licitud formal, como consecuencia de una desviación en la práctica respecto de esas realidades formales (**interposición ilícita sobrevenida**).

3. La tutela judicial y administrativa ante la interposición ilícita en el mercado laboral

2020

Para la **efectividad de los derechos laborales**, el ordenamiento establece diversas técnicas, aplicadas constantemente por la doctrina jurisprudencial, tendentes a restablecer la correspondencia entre la realidad de la prestación y su retribución, de una parte, y la aplicación ulterior de la legalidad laboral eludida. Son por tanto **técnicas correctoras** de la desigualdad fáctica y orientadas a restablecer la igualdad esencial entre los sujetos interesados, conforme a la obligación constitucionalmente atribuida a los poderes públicos, incluidos los de orden jurisdiccional (Const.art.9.2). En la base de esta intervención pública, jurisdiccional o administrativa, deben tenerse en cuenta:

a) Las disposiciones que expresamente señala el **Estatuto de los Trabajadores**: garantías por cambio de empresario, en caso de contratación de obras o servicios (ET art.42); prohibición de la cesión ilegal (ET art.43) sucesión de empresas (ET art.44).

b) Las previsiones generales del **ordenamiento común** relativas al fraude de ley (CC art.6.4) y al abuso de derecho (CC art.7.2), en relación con determinadas normas sustantivas laborales de garantía, sobre cuya base se ha construido **jurisprudencialmente** el concepto de empresario o la posibilidad del levantamiento del velo para identificar al verdadero empresario,

Todo ello en relación, además, con la **normativa procesal** que permite traer a juicio a patrimonios separados y empresas carentes de personalidad.

PRECISIONES Esas técnicas de intervención permiten incluso corregir, en el ámbito laboral, –como se hace, con parecidas técnicas y a menudo utilizando categorías de origen laboral, en el ámbito tributario o en otros– las previsiones que sobre reconocimiento de personalidad jurídica, separación de patrimonios y limitación de responsabilidad establezcan otras disposiciones, civiles, mercantiles o de otro orden. De modo que, si bien la **configuración del empresario** puede resultar de normas diversas, señaladamente las mercantiles (8), las previsiones de esas diversas normas no pueden prevalecer sobre las normas laborales aplicables a las relaciones contractuales laborales del empresario con sus trabajadores, ya se trate de la limitación mercantil de responsabilidades u otras. La aplicación de estas técnicas, destinada a restablecer el estado de derecho vulnerado, ha de contar con una base suficiente, fáctica o jurídica, pero ha resultado sumamente efectiva y es imprescindible, puesto que de nada sirve reconocer nominalmente determinados derechos si se permite su elusión en la práctica.

B. Pautas de actuación judicial ante la interposición empresarial abusiva

Las **técnicas de intervención utilizadas** son, esencialmente, las siguientes:

- la aplicación del concepto legal de empresario (nº 2030);
- la indagación del verdadero titular empresarial de la relación laboral (nº 2035);
- la apreciación de cesión ilegal de trabajadores (nº 2040);
- la aplicación de las técnicas generales del derecho privado, como el fraude de ley y el abuso de derecho, así como la aplicación de responsabilidades solidarias (nº 2070);
- la consideración del grupo de empresas como irregular o evasivo de responsabilidades empresariales (nº 2085).

A continuación se analizan las **técnicas procesales** de recepción y aplicación de estas categorías sustantivas (nº 2110 s.).

2025

1. El concepto legal de empresario del art.1.2 del Estatuto de los Trabajadores

De acuerdo con el precepto legal citado, son empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

El empleador o empresario (ET art.1.1), es la persona natural o jurídica parte en el contrato de trabajo que hace suyos los frutos o el resultado del trabajo, dentro de cuyo ámbito de organización y dirección se prestan los servicios y que se obliga a retribuirlos; es el destinatario de la prestación de trabajo y el obligado a remunerarlo.

2030

PRECISIONES La definición de empresario permite, en conexión con la de identificación del verdadero empresario (nº 2035), ante todo establecer la **titularidad jurídica** de la posición empre-

sarial en el contrato, con la consecuencia de condena derivada, como tempranamente advirtió la doctrina judicial, a raíz de la promulgación del ET en 1980. La **identidad del empresario** es, además, uno de los contenidos característicos de la **obligación de informar al trabajador** sobre las condiciones aplicables a su contrato de trabajo (ET art.8.5; RD 1659/1998 art.2.2.a). Del mismo modo, es uno de los elementos básicos en las obligaciones de información atribuidas al empresario en caso de subcontratación de obras o servicios (ET art.42.4.a).

2. La doctrina del «alzamiento del velo» y la identificación del verdadero empresario

2035 En estrecha conexión con la anterior, esta doctrina se basa en que la condición de empresario no corresponde a quien actúa como mero **contratista interpuesto** y solo nominalmente asume dicho estatus, sino al **empresario principal o comitente**, que ostenta la titularidad y dirección de la explotación u organización (TS 21-3-97, RJ 2612, Rec 3211/96; 31-10-96, RJ 8186, Rec 908/96). De ahí, que la jurisprudencia laboral haya aplicado con decisión esta categoría, con origen en el derecho civil común –prescindiendo de la persona física o jurídica interpuesta–, para identificar y finalmente condenar, al verdadero empresario, sin perjuicio de la condena solidaria de los interpuestos, salvo cuando carezcan de existencia alguna –como las simples denominaciones comerciales–. Ello permite, al propio tiempo, alzar las barreras de la separación patrimonial, con limitación de responsabilidad, que propia de las Sociedades mercantiles de esta naturaleza según su constitución (sociedades anónimas, limitadas...), recuperándose así la **responsabilidad universal del patrimonio** proclamado por el CC art.1911.

3. Cesión ilegal de trabajadores

(ET art.43)

2040 El ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, que sólo puede efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan (ET art.43.1). Recogiendo algunos de los criterios elaborados por la doctrina jurisprudencial bajo la anterior redacción del artículo se añade, como **presunción legal iuris et de iure**, que, en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes **circunstancias** (ET art.43.2):

- que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una **mera puesta a disposición** de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria;
- que la empresa cedente **carezca de una actividad o de una organización** propia y estable;
- que no cuente con los **medios necesarios** para el desarrollo de su actividad;
- que **no ejerza las funciones** inherentes a su condición de empresario.

Los **empresarios**, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores **responden solidariamente** de las obligaciones contraídas con los trabaja-