



Roj: **STS 6906/1994 - ECLI:ES:TS:1994:6906**

Id Cendoj: **28079140011994101317**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/10/1994**

Nº de Recurso: **3724/1993**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Vistos los presentes autos pendientes, ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por el Letrado don José Ignacio Montejo Uriol en nombre y representación de la FEDERACION DEL METAL DE CC.OO contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 4 de octubre de 1.993, en actuaciones 130/93 sobre Conflicto Colectivo, seguidas a instancia de la organización recurrente, contra IBM ESPAÑA SA e IBM INSS (INTEGRATED SUPPORT SERVICE).

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos el Procurador Don Juan Ignacio Avila del Hierro en nombre y representación de INTERNATIONAL BUSEINESS MACHINES, S.A., y el Letrado con Manuel Codoni Obregon en el de IBM INTEGRATED SUPPORT SERVICES, S.A., (IBM, ISS).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Formulada demanda de conflicto colectivo de trabajo contra las empresas INTERNACIONAL BUSSINES MACHINES, S.A., e IBM ISS, por la Federación Estatal de Comisiones Obreras del Metal ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se suplicó se dictara sentencia por la que:

"se condene a la empresa a dejar sin efecto y anular su decisión de segregar los contratos de trabajo de los empleados afectados por el presente conflicto colectivo en favor de IBM ISS, y, en consecuencia, sea condenada a que todos los trabajadores afectados vuelvan a formar parte de la plantilla de IBM con efectos retroactivos de 12 de mayo de 1.993".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma oponiéndose las demandadas. Y recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con fecha 4 de octubre de 1.993, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO "Que desestimando íntegramente la demanda formulada por FEDERACION DEL METAL DE CC.OO. contra IBM ESPAÑA SA e IBM ISS (INTEGRATED SUPPORT SERVICE) sobre CONFLICTO COLECTIVO".

CUARTO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante escrito de fecha 23 de febrero de 1.994, amparado en los arts. 202 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, RDL 521/90 de 27 de abril, formalizando los siguientes motivos: I) Se formula al amparo de lo previsto por el art. 204. d) de la Ley de Procedimiento Laboral, al apreciarse respetuosamente por esta parte la existencia de error por parte de la Audiencia Nacional en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran tal equivocación y no resultan contradichos por otros elementos probatorios. II) Se repite el motivo anterior. III) Se formula al amparo de lo previsto por el art. 204. e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por estimar que la sentencia recurrida viola, por su incorrecta aplicación, lo dispuesto por el 44.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como por su no aplicación, lo dispuesto



por los arts. 6.4 y 7 del Código Civil. IV) Se formula al amparo de lo previsto por el art. 204. e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por estimarse que la sentencia recurrida viola, por su no aplicación, lo dispuesto por el art. 238 en relación con el art. 254 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas. V) Se formula este último motivo de casación, con carácter alternativo y subsidiario a los anteriores al amparo de lo dispuesto por el art. 204. c) de la Ley de Procedimiento Laboral, al apreciarse respetuosamente que se quebrantan por la sentencia recurrida las formas esenciales del juicio al infringirse las normas reguladoras de la sentencia y en concreto, la prescrita por el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- Vacuado el traslado de impugnación de la parte recurrida personada y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, se declararon conclusos los autos y se señaló día para votación y fallo el 19 de octubre de 1.994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Federación Estatal de Comisiones Obreras del Metal presentó demanda de conflicto colectivo contra las empresas IBM, SA e IBM ISS, S.A., en la que solicitaba la anulación de la decisión empresarial de IBM por la que se acordaba "segregar en favor de IBM, ISS los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto". Según se hace constar en la demanda, la pretensión anulatoria se fundaba en primer lugar en que el departamento donde los trabajadores afectados prestaban servicios no tenía la consideración de unidad productiva autónoma y que no era conforme a Derecho la aplicación de la medida de segregación a los representantes de los trabajadores. La demanda añade que lo que se pretende con la segregación es eludir la titularidad real de los contratos de trabajo y propiciar una cesión de trabajadores. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que desestima la demanda, declara en sus hechos probados que IBM creó en el mes de octubre de 1.992 una unidad operativa de "outsourcing" en el Departamento 0500 para la prestación de servicios de desarrollo, explotación y gestión de los sistemas de información de los clientes. En esa unidad prestaban servicios los trabajadores afectados por el conflicto. En abril de 1.993 se constituyó la sociedad IBM, ISS, S.A con un capital de diez millones de pesetas totalmente desembolsado, que se aumentó en septiembre de ese año a 2.290.000.000.-ptas. IBM, ISS absorbió en totalidad el Departamento 0500 (unidad operativa de "outsourcing". IBM mantiene el control del capital de IBM, ISS. (hecho cuarto de la sentencia recurrida en relación con los datos de la escritura de ampliación obrante en los autos). IBM, que había informado a los comités de Valencia y Madrid del proyecto de creación de esta nueva sociedad, comunicó a los trabajadores su adscripción a ésta en los términos que constan en el documento 6.2 de los aportados por la parte actora, cuyo contenido tiene por cierto la sentencia recurrida. En ese documento consta "la garantía ofrecida a los interesados y la responsabilidad solidaria que asumía IBM, SA".

SEGUNDO.- La organización sindical demandante interpone el presente recurso formalizando cinco motivos. El motivo quinto, que denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al haberse infringido el art. 97.2 de la LPL, debe examinarse en primer lugar, pues su éxito determinaría consecuencias anulatorias previas a la decisión de fondo. El motivo considera que la infracción del precepto citado se produce por dos razones: por insuficiencia de la relación fáctica, al haberse omitido en ella una referencia a los datos que justifican la apreciación de la transmisión de una unidad productiva autónoma, y por la falta de justificación de esta apreciación si se tratara de un hecho probado. El motivo ha de rechazarse. La sentencia no ha recogido en los hechos probados la referencia a los elementos patrimoniales que integran la unidad transmitida y que pueden justificar la apreciación de la autonomía, porque el debate en la instancia no se ha suscitado sobre estos elementos patrimoniales objeto de transmisión, en cuya determinación hay conformidad de las partes, sino sobre otras cuestiones, que, como se verá en su momento, no afectan a la capacidad productiva en sentido estricto, sino a otros puntos: existencia o no de una unidad organizativa en función del desarrollo de la actividad de "outsourcing" en varios centros de trabajo, falta de independencia por la relación existente entre el objeto de las dos sociedades y por la continuidad de prestación de gestión de sistemas de información para IBM; problemas de viabilidad económica de la nueva sociedad por su situación financiera y de mercado y existencia en la transmisión de una finalidad contraria a la estabilidad del empleo. En este sentido es ilustrativo el examen de la demanda, que fue ratificada en el acto del juicio, y en atención a este planteamiento la apreciación de la sentencia recurrida sobre la autonomía funcional de la unidad transmitida se construye sobre el alcance objetivo de la transmisión tal como consta en las actuaciones. Por otra parte, si se admite que en 1.992 existía una unidad operativa encargada de la prestación a los clientes de los servicios de desarrollo, explotación y gestión de los sistemas de información (hecho probado primero) y se añade que los medios de ese departamento fueron asumidos por la nueva empresa constatando una aportación de elementos patrimoniales que supera los dos mil millones de pesetas, no puede calificarse de arbitraria, ni carente de justificación la conclusión que establece el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, con independencia de que la recurrente pueda discrepar de ella y combatirla por las vías oportunas, como ha hecho en los restantes



motivos de recurso. Lo que, en ningún caso cabe apreciar, dados los términos del debate en la instancia, es insuficiencia de las declaraciones fácticas o una falta de justificación de éstas susceptible de causar indefensión a la actora. El motivo debe, por tanto, desestimarse.

TERCERO.- El primer motivo amparado en el apartado d) del art. 204 de la L.P.L. denuncia error de hecho para especificar que la unidad operativa de "outsourcing" se integró por la ya existente organización de sistemas de IBM, S.A., que como tal venía proporcionando el servicio interno de información a esa empresa; servicio que continuó realizando tras su denominación como unidad operativa de "outsourcing" y que sigue prestando a IBM, S.A. después de la transmisión sin que se haya interrumpido nunca la prestación. Señala para acreditar estos datos los documentos obrantes en el folio 349, en el que se encuentra la comunicación de la empresa creando la unidad operativa, y en los folios 424-443 en los que se encuentra el contrato suscrito entre las dos empresas demandadas, por el que IBM. ISS se compromete a prestar a IBM, los servicios de operaciones de sistemas, servicios de desarrollo, mantenimiento e instalación de aplicaciones mediante el correspondiente precio. Los datos son ciertos y conformes entre las partes, pero, con independencia de que puedan tenerse como tales, no resultan relevantes para la modificación del fallo, porque lo decisivo no es la formación de la nueva empresa a partir de la unidad operativa y ésta por la anterior organización encargada de la gestión de sistemas de información y tampoco es relevante la continuidad en la prestación de los servicios de desarrollo, explotación y gestión de estos sistemas para IBM, primero como un órgano interno de la empresa y luego mediante una contratación externa, sino la posibilidad de que esa actividad y el conjunto de medios afectados a la misma sea susceptible de una explotación independiente y que su transmisión como tal no vulnere normas laborales que establecen las garantías de los trabajadores vinculadas a la determinación de la posición empresarial y ese es un problema jurídico que se abordará en los fundamentos correspondientes. El motivo debe, por tanto, desestimarse y la misma suerte debe correr el segundo motivo, en el que también con amparo en el apartado d) del art. 204 de la L.P.L., se denuncia error de hecho para incluir la referencia a que todos los trabajadores afectados por el conflicto que venían prestando servicio en la unidad operativa, sin embargo "perteneían a distintos centros de trabajo de IBM" en Madrid y Valencia. El dato también es cierto y así lo reconocen las partes recurridas, pero no es trascendente a efectos decisivos. La organización recurrente señala que el hecho de que la unidad operativa estuviera integrada por trabajadores de tres centros distintos de trabajo cuestiona seriamente su autonomía productiva. Pero, aparte de que se trata sólo de una hipótesis, la conclusión que se propone no se deriva del dato cuya adición se interesa: la autonomía a que se refiere el art. 44 del ET se mide en términos de capacidad productiva y no por un criterio organizativo. Por ello, aunque el dato se tiene por cierto, resulta irrelevante para negar la autonomía de la unidad productiva y para alterar el fallo.

TERCERO.- El motivo tercero constituye el núcleo fundamental del recurso y en él se denuncia la infracción del art. 44.1 del ET y de los arts. 6.4 y 7 del Código Civil. Para ello la organización recurrente construye dos líneas argumentales. En la primera niega que la unidad operativa de "outsourcing" sea unidad productiva autónoma, porque, por una parte, constituye un elemento esencial de la propia actividad del IBM que, al ser desempeñada por otra empresa, estaría --se dice-- en el límite de la cesión ilegal de trabajadores y porque, por otra parte, la actuación real de la nueva empresa depende económicamente del contrato suscrito con IBM y en este sentido se sostiene que la nueva empresa oferta un producto --el "outsourcing"-- para el que en nuestro país no hay casi mercado, citando en apoyo de esta apreciación el dictamen técnico obrante en las actuaciones. A partir de esta primera conclusión, la segunda línea de argumentación afirma que la segregación no responde a la estrategia económica declarada --organizar la actividad empresarial en unidades de negocio de menor tamaño que por su mayor especialización y autonomía decisoria pueden crecer a un ritmo superior--, aludiendo luego a lo que se califica como existencia de una "regulación de empleo encubierta" y a las aportaciones de capital centradas en la maquinaria informática ("hardware"), para concluir estableciendo que lo que la segregación pretende es "prescindir de los trabajadores traspasados sin sometimiento a control administrativo alguno".

CUARTO.- La primera tesis de la parte recurrente, que niega el carácter de unidad productiva autónoma a la unidad operativa de "outsourcing" no puede compartirse. La unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 del ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Desde esta perspectiva, que es la que ahora interesa, no se cuestiona que el conjunto de elementos patrimoniales de esa unidad operativa aportado por IBM a IBM, ISS, con el importante valor económico que recogen los hechos probados de la sentencia recurrida, sea susceptible de ofrecer a otras empresas los servicios de configuración, desarrollo, gestión y explotación de sistemas de información basados en la tecnología de la información ("outsourcing"). La objeción que se formula no afecta en realidad a la existencia de una capacidad productiva independiente, sino que parte, como ya se ha dicho, de otras consideraciones. En primer lugar, se alega que lo que se transmite es un elemento esencial para el desarrollo de la propia actividad de la sociedad transmitente que está dedicada a la producción y comercialización de equipos electrónicos y electromecánicos de proceso de datos, control de procesos y sistemas de tratamiento



de la información. Pero esta objeción no niega la capacidad de producción independiente de lo transmitido, sino que, por el contrario, lo que cuestionaría sería, en su caso, la capacidad de la sociedad transmitente para actuar sin los elementos cedidos. La observación responde además a un concepto rígido y autosuficiente de empresa, en virtud del cual el empresario debe ser titular directo de todos los elementos patrimoniales que intervienen en el proceso de producción y esa noción no corresponde a la realidad económica, ni a la jurídica. El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 del E.T. cuando se refiere a la contratación o subcontratación para "la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa", lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores. En este sentido, la referencia a la cesión de trabajadores, que se realiza en algún punto del recurso, carece de consistencia, porque no se aporta ningún elemento que permita configurar la relación entre IBM e IBM, ISS como un negocio aparente de carácter interpositorio o que muestre que los servicios de los trabajadores adscritos a IBM, ISS se prestan para IBM, y bajo su dependencia y organización, sin que exista una posición empresarial real por parte de IBM. ISS. La segunda objeción de la organización sindical recurrente tampoco afecta a la capacidad productiva propiamente dicha, sino a la existencia en el mercado español de una demanda suficiente para garantizar la viabilidad económica de la nueva empresa. Pero éste es un elemento que tampoco afecta a la idoneidad productiva del objeto transmitido, sino al futuro de la actividad empresarial que se emprende con él, lo que en principio no afecta a la realidad de la transmisión misma, aunque, en su caso, podría apuntar a la existencia de un propósito ilícito en la transmisión, si con ella se pretendiera crear una empresa inviable e insolvente para reducir la plantilla, lo que enlaza con la segunda línea argumental del motivo que se examinará más adelante. La argumentación de la parte recurrente carece además de apoyo fáctico. Se señala la dependencia inicial del contrato suscrito con IBM. Sin embargo, este dato admitido por las partes no es concluyente especialmente en una fase inicial de lanzamiento de la nueva empresa y tendría que relacionarse con otros datos que, al admitir el anterior, también se han aportado en relación con la ampliación de la cartera de clientes de la nueva empresa. Se argumenta con las conclusiones del informe técnico obrante a las actuaciones, pero aparte de que estas conclusiones no se han incorporado formalmente a los hechos probados, el informe se presenta de forma parcial, pues la conclusión final del mismo es claramente favorable: señala la existencia de algunas dificultades organizativas, pero reconoce que "las previsiones son excelentes en términos de volúmenes de negocio" y que, aunque no se ha producido el auge de los servicios de "outsourcing" en el mercado español, "el desarrollo (de la demanda de estos servicios) va a ser notable en los próximos años", que es lo que las demandadas han alegado como justificación de su decisión para especializar y dar autonomía a la gestión, mediante la creación de una sociedad filial encargada de proporcionar estos servicios al mercado y ésta es una decisión plenamente lícita que corresponde a la esfera propia del principio de libertad de empresa y de la autonomía privada.

SEXTO.- La imputación de fraude que constituye la segunda línea argumental del motivo carece también de fundamento. El fraude requiere que el supuesto de hecho real no se corresponda con el que la norma –en este caso el art. 44 del ET– tiene en cuenta para establecer la consecuencia jurídica y que, mediante el amparo formal de esa norma, se persiga en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico. Las alegaciones de la organización recurrente no han logrado establecer ni el carácter ficticio del supuesto de hecho (la transmisión), ni la finalidad contraria al ordenamiento jurídico. La decisión de crear una empresa filial que asuma, con la autonomía propia de la atribución de personalidad jurídica y de las responsabilidades de funcionamiento, una gestión especializada es un objetivo lícito que tiene amparo en el art. 44 del ET, como ha señalado la doctrina científica, aunque los fenómenos de la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben ser examinados con cuidado y adoptarse las medidas adecuadas cuando exista la evidencia de que, a través de la sucesión, se persigue eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos (sentencia de 24 de julio de 1.989). Pero en el presente caso no se ha establecido ningún indicio en este sentido. La alusión a una "regulación de empleo encubierta" no tiene ningún fundamento en los hechos y sólo se ha reconocido de contrario la existencia de bajas mediante acuerdos voluntarios en número no determinado; la referencia a la importancia del "hardware" en los elementos patrimoniales aportados no se suscitó en la instancia, no se refleja en los hechos probados y tampoco resultaría relevante para la finalidad que se pretende, porque no se razona que con ella sea imposible la actividad empresarial de la nueva sociedad; por último la posible contratación los servicios de "outsourcing" con otra empresa del grupo que dejaría sin actividad a IBM, ISS, es sólo una hipótesis futura que sólo habrá que valorar si se produce. Finalmente, el resultado prohibido que se presenta como finalidad del pretendido fraude ninguna relación guarda con la transmisión: el control administrativo o judicial sobre cualquier decisión extintiva será el mismo, con transmisión o sin ella y los problemas de responsabilidad en el marco del grupo de empresas, a los que la parte recurrente por cierto no alude, deberán en su caso resolverse teniendo en cuenta



los criterios jurisprudenciales sobre las responsabilidades en los grupos de empresa y el compromiso de la demandada IBM, SA, en los que ahora no puede entrarse.

SEPTIMO.- El motivo cuarto denuncia la infracción de los arts. 238 y 254 de la Ley de Sociedades Anónimas, sosteniendo que la creación de IBM, ISS constituye en realidad una escisión de una sociedad anónima que debería haberse sometido al régimen jurídico previsto en la Ley reguladora de las Sociedades Anónimas y, en concreto, a la información de los representantes de los trabajadores prevista en el art. 238 de la citada Ley, al que remite el art. 254 y que, como ese procedimiento no se ha seguido en el presente caso, no sólo son nulas las operaciones mercantiles que se han seguido para constituir la sociedad filial, sino que además la falta de información de los representantes de los trabajadores en los términos previstos en el art. 238 de la Ley de Sociedades Anónimas debe determinar "en este orden laboral la ineficacia total y absoluta de los actos llevados a cabo", con el consiguiente mantenimiento de la relación laboral con IBM. La parte recurrente no aporta datos suficientes para calificar las aportaciones a la nueva sociedad como una escisión que no puede confundirse con cualquier fenómeno de segregación patrimonial y, en concreto, los datos sobre la repercusión de esas aportaciones en el capital social de la sociedad transmitente. Tampoco se ha acreditado que la información de los representantes de los trabajadores a que se refiere el hecho probado tercero no sea suficiente a los efectos del trámite previsto en el art. 238 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por otra parte, los efectos laborales de la transmisión son inseparables del acuerdo social correspondiente y de la creación de la nueva sociedad, cuya impugnación debería hacerse ante el orden judicial civil en los términos y con las limitaciones que establece la legislación mercantil (arts. 34, 115 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas) sin que mientras tanto pueda desconocerse la creación de la nueva sociedad (art. 20 del Código de Comercio). Pero lo decisivo en orden a la desestimación del motivo, sin entrar en el examen material de su contenido, es que el problema de la calificación de la vía jurídica a través de la que se ha llevado a cabo la transmisión (una escisión parcial, según la recurrente, o una simple aportación de activos, según las recurridas) y de los requisitos formales aplicables a ésta no se planteó en la instancia, donde la pretensión de la organización recurrente se fundamentó en que la unidad operativa de "outsourcing" no era una unidad productiva autónoma, en que la segregación no podía afectar a los miembros de los comités de empresa y en que la finalidad real pretendida con la cesión era la de eludir la titularidad real de los contratos de trabajo afectados. Se trata, por tanto, de una cuestión nueva por variación del fundamento de la pretensión que, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, no puede suscitarse en casación en atención tanto al carácter extraordinario de este recurso, como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo en el marco de un recurso de aquella naturaleza (sentencias de 25 de septiembre de 1.989, 16 de enero de 1.990 y 1 de marzo de 1.993, entre otras).

Por todo ello, procede desestimar el recurso de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la FEDERACION DEL METAL DE CC.OO contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 4 de octubre de 1.993, en actuaciones 130/93 sobre conflicto colectivo, seguidas a instancia de la organización recurrente, contra IBM ESPAÑA SA e IBM INSS (INTEGRATED SUPPORT SERVICE).

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.