



EL GRUPO DE EMPRESAS LABORAL: EL LARGO CAMINO DE LO PATOLÓGICO A LO FISIOLÓGICO*

Aránzazu Roldán Martínez**

Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. Delimitación del objeto de estudio. –2. El grupo de empresas mercantil. 2.1. Características del grupo de empresas mercantil. 2.2. Clasificación de los grupos. 2.3. Regulación legal. 2.4. La comunicación de responsabilidad en los grupos mercantiles de sociedades. –3. El concepto laboral de grupo de empresas. 3.1. Los grupos de empresas en la normativa laboral. 3.2. El grupo laboral de empresas en la jurisprudencia social: diferencias entre grupo mercantil, grupo laboral “patológico”, “empresa de grupo” y “empresa-grupo”. –4. Conclusiones.

RESUMEN

Los grupos de empresas nacieron al amparo que proporcionaba la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas agrupadas. Progresivamente, las relaciones entre las entidades que lo componen, se han ido estrechando a través de fórmulas jurídicas que permiten aprovechar las sinergias de sus componentes, compartiendo recursos materiales y humanos y utilizando vías internas de financiación. En los casos más extremos, servicios clave como el de administración, el de marketing, el de recursos humanos o el financiero, se centralizan en una de las empresas del grupo. El interés de cada empresa se supedita al interés del grupo que es el que marca las directrices a seguir y adopta decisiones que pueden afectar a los trabajadores de las empresas filiales. Detrás de esta forma de organización no hay necesariamente un ánimo fraudulento o simulatorio. Esta influencia decisiva que ejerce el grupo o la sociedad matriz podría calificarse de “poder directivo general” o de “poder general” de dirección, lo que nos situaría ante la figura del empleador laboral. En este artículo se analiza si puede observarse en la legislación y en la jurisprudencia una tendencia a ver el grupo de empresas como una realidad fisiológica que despliega efectos y asume responsabilidades en el ámbito de las relaciones laborales.

* Recibido el 2 de octubre. Aprobado el 26 de octubre.

** Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Europea de Madrid (España). Investigación llevada a cabo en el marco del Proyecto de I+D+I DER 2015-67055-P sobre “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, MINECO, 2016.

ABSTRACT

The business groups were born under the protection provided by the independent legal personality of each of the grouped companies. Progressively, the relationships between companies have been narrowed by means of legal formulas that make it possible to take advantage of the synergies of their components, sharing material and human resources and using internal financing channels. In the most extreme cases, key services such as administration, marketing, human resources or financial services are centralized in one of the group's companies. The interest of each company is subordinated to the interest of the group, which sets the guidelines to follow and adopts decisions that may affect the employees of the subsidiary companies. Behind this form of organization, there is not necessarily a fraudulent or simulatory spirit. This decisive influence exercised by the group or the parent company could be described as "general managerial power" or "general power" of management, which would place us before the figure of the labor employer. This article analyzes whether a tendency to see the business group as a physiological reality that displays effects and assumes responsibilities in the field of labor relations can be observed in legislation and jurisprudence.

Palabras clave: Grupo de empresas laboral; Grupo de sociedades; Responsabilidad laboral solidaria; Empresa matriz; Empresa filial; Empleador.

Key words: Labor business group; Group of companies; Labor joint responsibility; Holding company; Subsidiary company; Employer.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO¹

Los grupos de empresas se han generalizado como forma de organización empresarial, favorecida por la concentración de capitales y los procesos de fusión, escisión y segregación de sociedades. La búsqueda de una mayor eficacia en la gestión de los recursos materiales y personales, de una mejora de la productividad y la competitividad, del acceso a mercados internacionales, explican el éxito de esta fórmula empresarial a la que ya no se acogen sólo las grandes multinacionales, sino también negocios de pequeño tamaño.

JIMÉNEZ ROJAS² identifica las siguientes notas que permiten delimitar el concepto de grupo de empresas: 1) Una pluralidad de empresarios (término más correcto que el de empresas) con personalidad jurídica independiente. 2) Una dirección unitaria, ejercida con mayor o menor grado de intensidad, que es la verdadera comuna vertebral de la ordenación de los grupos. 3) Un instrumento de poder que garantiza el ejercicio de la dirección —el control o el pacto contractual, según se trate de grupos subordinados o coordinados.

Los grupos de empresas no se ajustan a un único modelo. Coexisten grupos que se estructuran internamente a través de divisiones centradas cada una de ellas en una actividad distinta (construcción y servicios, por ejemplo) bajo la dirección, a su vez, de una sociedad dominante, con grupos donde se integran empresas que llevan a cabo actividades complementarias (producción y distribución, por ejemplo). Lo característico de los grupos es que actúan bajo una dirección económica unitaria que puede ser de mayor o menor intensidad, resultando habitual,

¹Este artículo tiene su origen en el Proyecto de Investigación "Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales", DER2015-67055-P UNIVERSIDAD DE ALCALA DE HENARES, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Investigadores principales: Remedios Menéndez Calvo y Eduardo López Ahumada. Duración: enero 2016-diciembre 2018.

² JIMÉNEZ ROJAS, F., *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*, Editum, Universidad de Murcia, 2014, pág. 159.

que se centralice en una de las empresas la dirección general, la dirección financiera, comercial y de RRHH. Por otro lado, las decisiones económicas, organizativas e incluso de gestión de personal, pueden estar fuertemente influidas por la pertenencia al grupo y el sometimiento a unas directrices generales que se imparten desde la sociedad dominante. En todo caso, se trata de realidades perfectamente lícitas que, en principio y salvo prueba en contrario, no persiguen una finalidad torticera ni fraudulenta.

Junto a estos grupos que se constituyen por las razones anteriormente apuntadas, podemos encontrar a otros cuya creación obedece a un ánimo simulatorio, persiguiendo únicamente el eludir responsabilidades frente a los acreedores, los socios o los trabajadores. Se trataría de un fenómeno “patológico”, frente al que el ordenamiento jurídico debe reaccionar descubriendo quién es el verdadero empresario para imputarle aquella responsabilidad que trata de eludir.

Pese a su presencia en el tráfico mercantil y en la vida económica, los grupos de empresas carecen de una regulación sistemática. En el ámbito laboral, además, la perspectiva que ha predominado ha sido la de considerarles como algo patológico. En ello difiere de otros ámbitos como el mercantil o el fiscal, donde se les considera como un agente económico lícito y necesario, sometidos a algunas obligaciones y que asumen ciertas responsabilidades. No obstante, en los últimos años, puede observarse una tendencia hacia su visualización en algunas disposiciones laborales. Los Tribunales, además, están cambiando la forma de enfocar este fenómeno, dejando de considerarlo como algo dañino por su ánimo de perjudicar a los trabajadores. A ello se une que cada vez más, los grupos de empresa, no se ocultan, sino que se presentan como tales en el tráfico mercantil, ante sus acreedores y sus trabajadores.

El objeto de este estudio es muy limitado. Resulta imposible abordar en tan corto espacio todos los problemas jurídico laborales que plantean los grupos de empresa y que afectan tanto a la vertiente individual como colectiva de las relaciones de trabajo. Nuestro propósito es más modesto. Se trata de analizar si en nuestro legislador y en nuestros tribunales se observa una tendencia hacia una consideración fisiológica de este fenómeno, queriendo significar con ello que, al margen de los supuestos de fraude, dichos grupos de empresa en el ámbito laboral son centro de imputación de responsabilidades, como ya ocurre en algunas disposiciones mercantiles.

La metodología a seguir combina en el estudio de la normativa laboral y mercantil (respecto de ésta, sólo la estrictamente necesaria), el enfoque que se ha dado a la cuestión por la doctrina científica y la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, que en esta materia ha sido crucial, ante la falta de una definición de grupo de empresas en la legislación laboral. La Sala cuarta ha considerado que los temas relativos a los grupos de empresa, principalmente en litigios sobre despidos colectivos, tenían una gran trascendencia lo que justifica que un número muy elevado de sentencias se hayan dictado en Sala general.

En primer lugar, estudiaremos de forma breve el tratamiento que reciben los grupos de empresas en la legislación mercantil, ya que algunas normas laborales se remiten al Código de Comercio y, por otro lado, la jurisprudencia en su labor de deslindar lo patológico de lo fisiológico ha tomado como referente el concepto de grupo mercantil. Sólo conociendo cuáles son las notas definitorias de éste, podemos comprender en qué casos un grupo de empresas despliega sus efectos en el ámbito laboral. La legislación mercantil, además, prevé algunos supuestos de responsabilidad de la matriz por actos de las filiales que, quizá, podrían servir de orientación para una futura regulación en el orden laboral.

En segundo lugar, estudiaremos qué visión se desprende tanto de la normativa laboral como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. EL GRUPO DE EMPRESAS MERCANTIL

2.1. Características del grupo de empresas mercantil

La jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo parte de la base de que es preciso diferenciar entre el grupo mercantil de sociedades, que es inocuo a efectos laborales y grupos mercantiles que, cuando concurren determinados elementos adicionales, pueden calificarse como grupos de empresas laborales. Por esa razón, es preciso iniciar el estudio aclarando cuáles son las características intrínsecas a todo grupo mercantil, cuya presencia no evidencia la existencia de un empresario laboral.

La doctrina considera que un grupo es un “agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo”³. El grupo carece de personalidad jurídica independiente de las empresas que lo conforman, lo que entraña numerosos problemas jurídicos. En primer lugar, desde el punto de vista estrictamente jurídico y empresarial “la formación de un grupo hace surgir una modalidad singular de empresa”⁴, sin embargo, dicha empresa carece de personalidad jurídica propia, no es propiamente un sujeto de Derecho. Frente al modelo clásico de empresa que sólo tiene un titular jurídico (por ejemplo, una sociedad anónima), la unidad empresarial del grupo se descompone, desde el punto de vista del Derecho, en una pluralidad de titulares. Esa dialéctica unidad empresarial- pluralidad jurídica caracteriza esencialmente al grupo y es la fuente de la complejidad de la figura y de la dificultad de su tratamiento normativo. Aunque el grupo se manifieste como tal públicamente, las relaciones jurídicas concretas, de hecho, se establecen y concluyen por sus sociedades componentes. Por ello no hay, en tal sentido, “acreedores del grupo”, sino concretos acreedores de las sociedades que lo integran; en caso de crisis económica, no hablaremos de “concurso de acreedores del grupo”, sino de concurso de las sociedades que lo forman; ni en el ámbito laboral, puede hablarse, de “trabajadores del grupo”, sino de trabajadores de cada una de las sociedades. Pese a lo que acabamos de afirmar, lo cierto es que el hecho de que exista un grupo va a terminar influyendo, con distinta intensidad, en las pretensiones de los acreedores, entre los que se incluye a los trabajadores, así como en el desarrollo y resolución de los concursos declarados respecto de las sociedades que lo integran. Tampoco existe un “patrimonio del grupo”, sino que cada sociedad es exclusiva titular de su patrimonio y con él responde de sus obligaciones⁵. En este sentido, la creación de un grupo se diferencia de los procesos de fusión, donde las sociedades absorbidas pierden su personalidad jurídica y su patrimonio se transmite a la sociedad absorbente. No obstante, incluso en los procesos previos a una fusión, durante los llamados “procesos de integración”, algunas sentencias de la sala cuarta han llegado a apreciar la existencia de un grupo de empresas en sentido laboral (SAN de 15 de octubre de 2014⁶ –asunto FREIREMAR– y STS de 20 de abril de 2015⁷ –asunto COCA-COLA IBERIAN PARTNERS–).

Pese a conservar su personalidad jurídica, las empresas agrupadas se someten a una dirección económica unificada, lo que implica que ven reducida su autonomía económica “por haber cedido a la entidad cabecera del grupo un número variable de sus facultades en materia empresarial”⁸, razón por la cual EMBID IRUJO considera que dichas sociedades “no deberían

³ EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades: la corporate governance”, *Revista Ekonómia*, núm. 68, 2008, pág. 86. Disponible en file:///C:/Users/1708/Downloads/4%20(4).pdf.

⁴ EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades: la corporate governance”, *op.cit.*, pág. 86.

⁵ STS de 17 de julio de 2014, Sala 1^a, (rec. 429/2014).

⁶ Rec. 488/2013.

⁷ Rec. 354/2014.

⁸ EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades: la corporate governance”, *op.cit.*, pág. 87.

ser consideradas, en última instancia, responsables únicos de una determinada conducta o del establecimiento de una concreta relación jurídica⁹, abriéndose la posibilidad de que responda también la sociedad dominante o, incluso todas las sociedades que conforman el grupo.

Esta unidad de dirección, no implica necesariamente que la sociedad dominante sea “administradora de hecho” de las filiales. Solo conlleva la coordinación de manera centralizada de las políticas estratégicas y organizativas de las filiales persiguiendo la satisfacción del interés del grupo¹⁰. Y es precisamente, el conflicto que puede surgir entre este interés de grupo y los intereses legítimos de cada una de las sociedades agrupadas, otra característica de los grupos de sociedades. Siguiendo a EMBID IRUJO¹¹ debemos insistir en la necesidad de que la resolución de este conflicto evite los dos extremos *a priori* imaginables: de un lado, el otorgar perpetua prioridad al interés del grupo, sin preocuparse de la suerte de los intereses sociales particulares y de los sujetos (socios, acreedores y trabajadores de las sociedades filiales) a ellos conectados; de otro, el reconocer, de acuerdo con el Derecho de sociedades vigente en casi todos los países actualmente, la existencia insoslayable del interés particular de las sociedades agrupadas. De seguir la primera solución, la formación de un grupo supondría la conversión en “esclavas” de las sociedades o entidades integrantes (como veremos al estudiar la jurisprudencia de la sala cuarta, el Alto Tribunal habla de los procesos de “jibarización” que se pueden producir); de atender, en cambio, a la segunda solución, la tutela excesiva de estas últimas haría imposible el funcionamiento del grupo como tal. Considera el autor que, cualquier intento de regulación legal de los grupos de sociedades debe partir del necesario respeto al interés del grupo, lo que supone “reconocer la licitud de las instrucciones impartidas por la entidad cabecera del grupo en uso de la dirección económica unificada que le corresponde. Además, para que dichas instrucciones permitan la realización del interés del grupo hace falta que sean consideradas vinculantes, esto es obedecidas por los órganos de las sociedades agrupadas, siempre que se desenvuelvan en el marco del interés del grupo. Sobre esta premisa, puede suceder que algunas de esas instrucciones resulten perjudiciales para la sociedad ejecutora de las mismas, lo que no empaña en absoluto su licitud si esta última recibe una compensación adecuada que sirva de contrapartida al daño experimentado”¹². En cualquier caso, no hay que olvidar que la prevalencia del interés de grupo no es suficiente para extinguir la personalidad jurídica de las empresas que lo integran ni para constituir la de aquel¹³.

2.2. Clasificación de los grupos

Son varios los criterios que se pueden utilizar para clasificar a los grupos de empresa. Nos centraremos en aquellos que aparecen reflejados en las sentencias de la sala cuarta del Tribunal Supremo.

⁹ EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades: la corporate governance”, *op.cit.*, pág. 87.

¹⁰ LÓPEZ EXPÓSITO, A.J., “Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a responsabilidad ante acreedores y socios?”, *eXtoikos*, núm. 13, 2014, pág. 32.

¹¹ EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades: la corporate governance”, *op.cit.*, pp. 88-89.

¹² En el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2004, se atribuía a los administradores de la sociedad dominante la facultad de impartir instrucciones a los administradores de la sociedad dominada, aunque fuera en perjuicio de ésta última, siempre que se hiciera en interés del grupo y que no resultaran contrarias a la ley o a los estatutos ni pusieran en riesgo la solvencia de la sociedad dominada (artículo 291-9). La consecuencia fundamental de esta posibilidad es que, en caso de que se aprecie la existencia de un perjuicio en la sociedad dependiente (artículo 291-10), la sociedad dominante está obligada a “compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año” y, en caso de no hacerlo, la sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente ante la dependiente por los perjuicios causados (artículo 291-11, apartado 1).

¹³ JIMÉNEZ IGLESIAS, F., *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*, *op.cit.*, pág. 158.

Así, atendiendo a la estructura organizativa, podemos distinguir entre grupos centralizados y grupos descentralizados, según que la entidad cabecera del grupo asuma de hecho, en un caso, la práctica totalidad de las facultades empresariales de las sociedades integradas o que, en otro, ejerza únicamente las facultades básicas en materia de dirección empresarial, permitiendo a aquéllas un margen variable de autonomía en el ejercicio de la actividad de empresa. El paradigma del centralismo jerarquizado grupal es el *holding*, donde las sociedades no hacen otra cosa que ejecutar con corrección las directrices emanadas de aquel¹⁴.

Atendiendo al fundamento del ejercicio de una dirección unificada, podemos distinguir entre grupos jerárquicos, por subordinación o verticales y grupos paritarios, por coordinación u horizontales. En el primer caso, la dirección unitaria es el resultado de la previa situación de dominio obtenida por una entidad o sociedad sobre otra u otras sociedades. El control se adquiere normalmente por la adquisición de una porción relevante de acciones o participaciones (según el tipo de sociedad de que se trate), que puede, a su vez ser consecuencia de una compra de las mismas o bien, de un proceso de escisión, segregación o filialización de una sociedad originaria que se desmiembra en varias sociedades que controla. Explica JIMÉNEZ ROJAS que dentro de los grupos jerárquicos existen dos variantes en la estructura financiera, distinguiéndose entre los estructurados en forma radial o de estrella y los estructurados en forma piramidal. En los primeros “una o varias empresas poseen acciones de las filiales o empresas dominadas”, mientras que en los grupos en forma piramidal o en cadena “las empresas dominantes participan en el capital de otras empresas, que a su vez, en forma de cascada, ostentan la titularidad de participaciones sociales en otras sociedades del grupo”¹⁵. En los grupos horizontales la entidad cabecera del grupo ejerce la dirección unitaria sobre la base de un acuerdo libremente establecido de las sociedades que se agrupan, que se mantienen independientes unas de otras, desde el punto de vista económico o bien existen lazos de colaboración entre los directivos. Dentro de los grupos horizontales se incluyen formas muy distintas de colaboración empresarial (comunidades de ganancias o “pools”, formas de sindicación, alianzas estratégicas o sociedades conjuntas, agrupaciones de interés económico o “joint ventures”). El primer supuesto no da lugar a pacto alguno: es una realidad que una sociedad domina a otra, en las formas que se dirá —en este sentido también se habla de “grupos de hecho”—. En el segundo caso puede haber un contrato, que recibe distintas denominaciones.

Una última clasificación es la que atiende a la naturaleza de las relaciones de las que nace o en las que se apoya la dirección común, de tal forma que podemos distinguir entre: a) Grupos dominicales, que se basan en el control y en la dirección efectiva de la sociedad matriz o dominante sobre las sociedades dependientes o dominadas en función del grado de participación en ellas; b) Grupos contractuales, donde la dirección común se basa en relaciones contractuales entre la sociedad dominante y las dependientes (contrato de atribución de ganancias, contrato de cesión de la explotación o contrato de gestión, entre otros); c) Grupos personales, donde la dirección única se basa en las relaciones personales (coincidencia de administradores por razones familiares, financieras, etc.).

2.3. Regulación legal

En el terreno específico del Derecho mercantil, falta una concepción genérica del grupo de empresas, al que se denomina “grupo de sociedades”. Destaca la regulación de la consolidación contable contenida en el Código de comercio —en adelante, CCo—¹⁶ (arts. 42 a 49), a cuyo efecto el concepto de grupo establecido se basa exclusivamente en la situación de control o dominio que una sociedad tenga o pueda tener, directa o indirectamente, sobre otra u otras sociedades (art. 42, 1). El artículo 42 dispone que: “1. Toda sociedad dominante de un grupo de

¹⁴ TERRADILLOS ORMAECHEA, E., *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresa. modernas fórmulas de regulación*, “Consejo Económico y Social”, Madrid, 2000, pp. 78-79.

¹⁵ JIMÉNEZ ROJAS, F., *la relación individual de trabajo en los grupos de empresa*, *op.cit.*, pág. 169.

¹⁶ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados¹⁷ en la forma prevista en esta sección. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

Para facilitar la labor de detección de estos supuestos, pero sin ánimo de agotar la realidad, el art. 42.1, a continuación, permite presumir “que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concretamente con cualquier otra persona”.

La redacción actual del artículo 42 fue introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (la llamada ley de reforma contable). Si hasta ese momento, el grupo requería en el Derecho mercantil español la dirección económica unificada (en la terminología legal, “unidad de dirección”), propia del Derecho inglés, en la actualidad, el péndulo se ha desplazado hacia el mero control¹⁸, propio del Derecho alemán. Antes de la reforma contable, al basarse en la “unidad de decisión” y no exclusivamente en el control, el artículo 42 CCo sí incluía a los “grupos horizontales” dentro de la obligación de consolidación. La reforma, con su nueva definición de grupo consolidable de sociedades, hizo que desapareciera la obligación de consolidar sociedades con las que existe unidad de dirección sin control. Por lo tanto, para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2008, solo los grupos de subordinación están obligados a formular cuentas anuales consolidadas, sin perjuicio del debido desglose en los modelos de cuentas anuales de los saldos que se mantienen con las sociedades integrantes del grupo de coordinación¹⁹.

¹⁷ La consolidación de cuentas por los grupos de sociedades tiene por finalidad esencial que la información financiera sobre estos grupos de empresas sea conocido por los asociados y por terceros.

¹⁸ La STS de 4 de marzo de 2016, de la Sala 1ª (rec. 2467/2013) ha puesto de relieve el cambio que ha supuesto la sustitución de la dirección unitaria, por el concepto de control “tras esta reforma legislativa, el grupo de sociedades viene ‘caracterizado en nuestro vigente ordenamiento por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras’. Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de ‘control’ implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las ‘combinaciones de negocios’, se refiere al ‘control’ como el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades”.

¹⁹ La principal justificación para dicha reforma es la gran complejidad que introducía la anterior redacción del precepto. Como había mantenido el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, dicho artículo podía dar lugar a la obligación de formular dos juegos diferentes de cuentas anuales consolidadas (uno horizontal y otro vertical).

¿Recoge el artículo 42 CCo el concepto de grupo de empresas en el ámbito mercantil? Lo cierto es que varias leyes de naturaleza mercantil, para definir al grupo de sociedades se remiten a aquel precepto: 1) La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (disposición adicional sexta); 2) el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 18); 3) el RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Mercado de valores (artículo 4); 4) la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades (artículo 58); 5) la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (artículo 61.2).

Dentro de la tendencia generalizada hacia la consideración del ejercicio, potencial o efectivo, de control como clave del grupo de sociedades, la Ley (estatal) de cooperativas, de 16 de julio de 1999, constituye una excepción, ya que en cuyo artículo 78 se contempla la figura del “grupo cooperativo”, con un planteamiento basado en la dirección unificada y no en el control²⁰.

Es necesario matizar el sentido de la remisión que hacen algunas normas al artículo 42. En este sentido la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de marzo de 2017²¹ ha abordado esta cuestión en relación con la Disposición adicional sexta de la Ley Concursal considerando que la remisión que hace al artículo 42.1 “se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, esto es, el criterio del control, sea actual o potencial, directo o indirecto, establecido en tal precepto. Esta remisión permite excluir del concepto de grupo, a efectos del concurso, a los grupos paritarios, horizontales o por coordinación, (...). Así pues, lo que dichas normas quieren decir es que solo entra dentro del concepto legal de grupo de sociedades los de carácter jerárquico”. No es necesario pues que concurren otros elementos presentes en el precepto, “que solo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué debe entenderse como grupo de sociedades”. Concluye, así que “para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión”, pudiendo ser algún otro sujeto (persona física, o persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación) que no tenga las obligaciones contables que tiene una sociedad mercantil. Esto supone en la práctica una ampliación del concepto de grupo societario que puede tener gran trascendencia. Y aunque la sentencia se esfuerza en insistir que la calificación lo es a efectos concursales, resulta razonable interpretar que este criterio de grupo tiene plena vigencia respecto de otras normas que se remiten también al artículo 42.1. CCo. Obsérvese que, en el caso de la legislación mercantil, anteriormente referenciada, es el concepto de grupo de “sociedades” el que se remite al artículo 42 del Código de Comercio. En el caso de la legislación laboral, encontraremos disposiciones que remiten al artículo 42.1 CCo el concepto, no ya de grupo de “sociedades”, sino el más amplio de “empresas”, queriendo con ello limitar su regulación a aquellos casos de grupos de empresas, con independencia de la forma jurídica que adopten, que están sometidas a un control, dejando al margen a los grupos horizontales.

2.4. La comunicación de responsabilidad en los grupos mercantiles de sociedades

En el ámbito mercantil la regla general es que cada sociedad es responsable de sus propios actos. Sólo en caso de abuso de la personificación se podrá emplear la técnica del “levantamiento del velo social”, que tiene un carácter extraordinario, en la medida en que supone una excepción al principio de la libertad para crear sociedades con las que ejercer cualquier actividad mercantil. Es inherente a esa libertad para crear sociedades la finalidad de limitar la responsabilidad personal de los socios, si bien tal regla debe considerarse condicionada a que no se

²⁰ Artículo 78: “1. Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades.”

²¹ Rec. 2321/2014.

abuse de la personificación con una finalidad no querida ni protegida por el ordenamiento jurídico²². Precisamente, uno de los ámbitos donde existe un riesgo de abuso de la personificación (y, por tanto, puede resultar frecuente la aplicación de la doctrina sobre el levantamiento del velo social) está constituido por los supuestos de grupos de sociedades. No obstante, no es la simple existencia del grupo la que justifica que esté justificado el levantamiento del velo, porque los grupos no son un fenómeno contrario al derecho societario o al ordenamiento jurídico. Lo que se produce en el ámbito de los grupos societarios es una situación de riesgo de abuso de la personificación, esto es, una situación en la que se pueda pretender la utilización de una pluralidad de sociedades con una finalidad que el ordenamiento no tutela, como es la de excluir la responsabilidad patrimonial y disminuir o incluso destruir la protección de los derechos de los acreedores. La existencia de un riesgo de abuso de la personificación puede derivar de la existencia de elementos comunes, como el tener un mismo domicilio social, la coincidencia de los administradores o incluso, la participación en el capital. Ahora bien, para que se produzca abuso de la personificación no basta que esté acreditada esa situación de riesgo, sino que es preciso un dato añadido que sea indicativo de que se ha abusado de la personificación. Los supuestos en los que la jurisprudencia ha venido considerando que se produce tal abuso son, sustancialmente, de dos tipos: 1. los supuestos en los que se hubiera incurrido en confusión patrimonial o infracapitalización; y 2. los de confusión de planos o esferas. Se exige, además, un aspecto subjetivo o de concertación (*consilium*) para procurar el fraude²³.

El levantamiento del velo puede ser esgrimido por el tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para obtener consecuencias antijurídicas, normalmente fraudulentas, de esa separación formal, cuando esa diferenciación de personalidades jurídicas no responda a una justificación lícita. Pero no pueden ser las propias personas jurídicas integradas en el grupo las que, en un momento determinado, puedan “levantar el velo” y decidir que, frente a un tercero ajeno al grupo, es improcedente la diferenciación de su personalidad jurídica y que frente a él han de aparecer y ser consideradas como si de una sola persona jurídica se tratara²⁴.

La doctrina del levantamiento del velo social se aplica a los grupos de sociedades, entendidos, no en un sentido formal, sino en un sentido amplio, esto es, referido a los supuestos de sociedades que, aunque no consoliden sus cuentas estén vinculadas por la existencia de un administrador común o por la participación en su capital de unos mismos intereses.

No faltan, sin embargo, supuestos donde la ley imputa a la empresa que ejerce el control responsabilidad por actos realizados por las filiales. El ejemplo más paradigmático es el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la competencia²⁵ que impone a la sociedad que ejerce el control la responsabilidad por las prácticas anticompetitivas de las filiales. El fundamento de esta disposición legal no radica en la implicación de esa sociedad en la infracción, ni siquiera en que esa matriz haya instigado a su filial para que cometa dicha infracción. Como explica la STS de 19 de junio de 2018, de la Sala 3^a²⁶, el fundamento se encuentra en la “doctrina de la unidad

²² La doctrina sobre el levantamiento del velo social se explica de una forma muy clara en la SAP Barcelona, sección 15^a, de 22 de diciembre de 2017 (rec. 241/2017), cuya argumentación jurídica hemos condensado.

²³ La jurisprudencia de la Sala primera es más flexible en relación con los grupos empresariales familiares. Así, en la STS de 29 de septiembre de 2016, de la Sala 1^a (rec. 2151/2014) se señala que “en el caso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo familiar de empresas, supuesto de la presente *litis*, el hecho de que puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios, y el mismo domicilio y página web donde anuncian sus servicios como grupo empresarial en el tráfico mercantil, no representa, en sí mismo considerado, una circunstancia que resulte reveladora por sí sola del abuso de la personalidad societaria, por ser habitual entre sociedades de un mismo grupo familiar. Por lo que dicho abuso habrá de valorarse, principalmente, del resto de las circunstancias concurrentes”.

²⁴ STS de 17 de julio de 2014, de la Sala 1^a (rec. 2275/2012)

²⁵ Art. 61. 2: “A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”

²⁶ Rec. 1480/2016.

económica” procedente de la jurisprudencia comunitaria, reflejada en la STJUE dictada el 19 de julio de 2012 (Asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P Alliance One International) donde el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia “el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, ElfAquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)”. Y de esa misma jurisprudencia comunitaria se desprende que el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas.

3. EL CONCEPTO LABORAL DE GRUPO DE EMPRESAS

3.1. Los grupos de empresa en la normativa laboral

La legislación laboral sí ha tenido en consideración a los grupos de empresas, pero se trata de una regulación que, como ha señalado la doctrina, se caracteriza por ser parcial y fragmentada²⁷. Como veremos a continuación, las referencias a los grupos de empresa se encuentran tanto en disposiciones de carácter general (Estatuto de los Trabajadores y reglamentos de desarrollo), como en la normativa sectorial, siendo esta última la que con más frecuencia muestra una preocupación por definir el concepto, lo que se justifica, porque suelen transponer directivas comunitarias.

Una nota común a todas las disposiciones analizadas en que ninguna de ellas considera al grupo de empresas como empleador, ni imputa ningún tipo de responsabilidad al grupo, a las empresas que lo componen o a la sociedad dominante. La responsabilidad o los efectos de la norma siempre se despliegan sobre quien aparece como empleadora. A pesar de ello, el legislador sí ha considerado conveniente, para determinados efectos, tener en consideración esa unidad económica superior en la que se integra la empresa. Las razones para ello son muy variadas y tratarán de explicarse a continuación.

1) Un primer grupo de preceptos tiene en cuenta que el grupo de empresas constituye una especie de mercado de trabajo interno, en algunos casos, de dimensión internacional:

- artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores²⁸ —en adelante TRET—: establece que los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa “o grupo de empresas”, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. El legislador parte de la base, pues, de que puede existir una circulación legal de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo, que se articula a través de contratos de duración determinada perfectamente legales. El artículo 15.5, recuérdese, no impone la fijeza como consecuencia de que los contratos sean fraudulentos, consecuencia que se regula en un precepto distinto, el 15.3.

²⁷ JIMÉNEZ ROJAS, F., *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*, op. cit., pág. 187.

²⁸ RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

- artículo 87.1 y 2: prevé la posibilidad de negociar convenios de grupo de empresa, regulando las reglas de legitimación negocial. El tratamiento de estos convenios colectivos se asemeja al de los convenios de empresa, y, de hecho, gozan del mismo beneficio de prioridad aplicativa sobre los convenios de ámbito superior (artículo 84.2 TRET). A diferencia de los convenios colectivos sectoriales, la finalidad de la negociación en el ámbito de los grupos de empresas no es homogeneizar las condiciones de trabajo de las empresas de un sector, con el fin, entre otros, de evitar el *dumping* social, sino organizar las relaciones laborales dentro de lo que se considera como una gran y única empresa, entendida como una “unidad económica” en el sentido que daba a este concepto la STJUE de 19 de julio de 2012, anteriormente citada (de hecho, es frecuente que en convenios colectivos de grupos de empresa a la sociedad dominante o a las entidades agrupadas se les denomine “la empresa”²⁹). La doctrina ha apuntado que la regulación contenida en algunos convenios colectivos de grupo podría servir de ejemplo para una futura legislación³⁰.

- artículo 9 del RD 1382/1985, que regula la relación laboral especial de alta dirección. Atribuye el tratamiento de promoción “interna” a la promoción, valga la redundancia, desde una relación laboral común hacia funciones de alta dirección en una empresa que mantenga con la original “relaciones de grupo u otra forma asociativa similar”.

- artículo 2.1.1.b) de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que se refiere al desplazamiento del trabajador a un centro de trabajo “de otra empresa del grupo de que forme parte” equiparándolo al desplazamiento a un centro de trabajo de la misma empresa. Esta ley sí define de forma indirecta el grupo de empresas, cuando indica que “a los efectos del párrafo anterior, se entiende por grupo de empresas el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

- artículo 73 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que regula la autorización de residencia por traslado intraempresarial, prevista para los extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional con una empresa “o grupo de empresas” establecida en España o en otro país. Llama la atención que este artículo no defina qué se entiende por grupo de empresas. Sorprende porque la Ley de Emprendedores transpone la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales, cuyo artículo 2 sí los define, basándose en la idea de control.

- artículo 8 RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. En relación con los despidos colectivos, dispone que las medidas sociales de acompañamiento: pueden consistir en “a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.” La recolocación en otra empresa del grupo se considera “interna” no “externa”.

2) Otro grupo de preceptos toma como ámbito de referencia al grupo de empresas, porque sólo de esta forma se puede tener una visión completa de la situación económica real de la empresa, lo que permite a los representantes legales de los trabajadores ejercer de una forma adecuada sus derechos de negociación y consulta.

²⁹ Vid, por ejemplo, el Convenio Colectivo del Grupo Axa (Resolución de 21 de septiembre de 2017), cuyo artículo 1 dispone que: “En adelante, para referirse a todas las empresas relacionadas se utilizará como denominación genérica la de «AXA» o la de «la empresa»”.

³⁰ Vid, una propuesta en este sentido, en SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ, M., “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág.125.

- artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Esta ley es especialmente importante, porque define de forma muy completa qué es un grupo de empresas. En su apartado 1 podemos leer que “a efectos de la presente Ley se considerará ‘empresa que ejerce el control’ a aquella que pueda ejercer una influencia dominante sobre otra, que se denominará ‘empresa controlada’, por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros”. Como en el artículo 42 CCo, a continuación, se establece en el apartado 2 una presunción: “se presumirá, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) Posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) Posea la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa; c) Tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa. Cuando dos o más empresas de un grupo cumplan uno o varios de los requisitos anteriores, tendrá la consideración de «empresa que ejerce el control» aquella que reúna el señalado en la letra c) o, en su defecto, el de la letra b), salvo que se pruebe que otra empresa puede ejercer una influencia dominante”.

Para un sector de la doctrina judicial³¹, dicho precepto recogería el concepto de grupo de empresas laboral. Consideramos más acertada la opinión sostenida por un sector cualificado de la doctrina que limita el alcance de esta definición al ámbito de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, tal como el propio precepto se encarga de recordar cuando empieza diciendo que: “a los efectos de esta ley...”³².

- artículo 2, apartado d) de la Ley 31/2006, de 19 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Define la filial de una sociedad, como una empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante, definida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 10/1997.

3) Detrás de otros preceptos parece aparecer la sospecha de fraude:

- artículo 4.5 RD 1483/2012. Cuando regula la documentación que debe entregarse a los representantes legales de los trabajadores en los despidos colectivos por causas económicas, dispone que “cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.” Podría parecer que el legislador permite que el grupo mercantil realice un despido colectivo o que, cuando una empresa integrada en un grupo mercantil, realice un despido colectivo y se aleguen causas económicas, se valore la

³¹ La STSJ Galicia de 3 de junio de 2008 (rec. 1898/2008) destaca que, “aunque la Ley 10/1997 define a los grupos de empresas en el marco de los comités de empresa europeos, no cabe duda de que su eficacia traspasa esa aplicación, habida cuenta de su rango legal y de que transpone una directiva comunitaria. El concepto de la Ley 10/1997 se erige en la definición iuslaboralista del grupo de empresas”. Interpretación que asume la STS de 20 de junio de 2018 (rec. 168/2017) (asunto FOISA MEDITERRÁNEO/SISTEGAS).

³² SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ, M., “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresa: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 98.

situación de todo el grupo. Esta apreciación es falsa. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013³³ (asunto ASERPAL) ha explicado el alcance de la obligación de aportar estos documentos. Considera la Sala que “su más que probable finalidad es meramente informativa acerca de la ‘limpieza’ de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales –determinantes de responsabilidad solidaria que más arriba se ha hecho referencia. Si la intención del legislador hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan solo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas [extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz], esta importante consecuencia se habría establecido –razonablemente– con carácter expreso. Conclusión que parece reforzarse por la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella [STJCE 10/Septiembre/2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58]”³⁴.

- artículo 9 RD 1483/2012 que regula los “planes de recolocación externa” que deben incluirse, cuando la empresa realice un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores, disponiendo que a efectos del cómputo del número de trabajadores “se tendrán también en cuenta los trabajadores cuyos contratos de trabajo se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o “empresas del mismo grupo”, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo.” Llama la atención que estas extinciones de contrato, realizadas a iniciativa de otras empresas del mismo grupo, no se hayan tenido en cuenta para calcular si el despido alcanzaba los umbrales del artículo 51, sino sólo para determinar si procede incluir entre la documentación un plan de recolocación externa.

- artículo 33.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, no permite compatibilizar la prestación de desempleo con la suscripción de un contrato para la realización de actividad profesional como autónomo, con el empleador para el que se hubiesen prestado los servicios por cuenta ajena con carácter inmediatamente anterior al inicio de la situación legal de desempleo “o una empresa del mismo grupo empresarial de aquella”. Claramente, la medida está encaminada a evitar el fraude, guardando relación con el problema de los “falsos autónomos”.

4) En otros preceptos parece primar una finalidad recaudatoria del Estado, ya que se atiende no sólo a la capacidad económica de la empresa, sino también del grupo:

- Disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Regula las aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios, disponiendo que las empresas que realicen despidos colectivos deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) “Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores”.

b) “Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa. (...)”.

³³ Rec. 78/2012.

³⁴ En el mismo sentido y sobre el alcance del RD de despidos colectivos, SSTs de 20 de mayo de 2014 (rec. 3462/2014) y de 21 de mayo de 2014 (rec. 3297/2014).

c) “Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes:

“1.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

“2.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. (...)”. A los efectos previstos en esta disposición resultará de aplicación el concepto de grupo de empresas establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, si bien para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren³⁵.

Obsérvese que, como regla general, cuando el grupo de empresas es mercantil, pero no lo es a efectos laborales, únicamente se tienen en cuenta para un despido colectivo, las causas económicas concurrentes en la empresa que efectúa el despido. Sin embargo, en este caso, el ámbito de referencia se amplía a todo el grupo, lo que supone que se multiplican las posibilidades de que ingresen en las arcas del Tesoro público las aportaciones, de modo similar a como ocurre en defensa de la competencia respecto de las multas que pueden imponerse a la matriz por las conductas anticompetitivas de las filiales. Si bien, en el caso de la Disposición analizada no se llega a hacer responsable del ingreso a la matriz.

5) La finalidad de otros preceptos es aclarar que, pese a que una decisión haya sido adoptada por la empresa dominante, la responsable última de determinadas obligaciones es la empleadora:

- artículo 44.10 TRET: dispone que las obligaciones de información y consulta establecidas en caso de transmisión de empresa “se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”.

- artículo 51.8 TRET: contiene una disposición semejante, pero en relación con los despidos colectivos.

³⁵ La Sala Cuarta ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de esa disposición en las SSTs de 17 de noviembre de 2016 (rec.51/2016); de 29 de marzo de 2017 (rec. 133/2016); de 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016); de 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017). que resuelven la interpretación que haya de hacerse de la frase “las empresa o grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficio ...” para concluir que la aportación se realizará en los dos supuestos a los que alude la sentencia recurrida: “1º Cuando la empresa que realiza el despido colectivo, individualmente considerada, tiene beneficios en los dos ejercicios anteriores a la autorización de aquel. 2º Cuando la empresa que realiza el despido colectivo, individualmente considerada tiene pérdidas en los dos ejercicios anteriores, pero las empresas del grupo en España... tuvo resultados positivos... La norma no contempla la compensación de resultados o de pérdidas, sino que basta con que haya beneficios o en la empresa solicitante o en el grupo al que ésta pertenezca”. En ese sentido concluye que “lo pretendido por el legislador es imponer tal obligación a ese tipo de empresas o al grupo en el que están integradas, cuando despiden colectivamente a trabajadores de 50 o más años, porque en los dos ejercicios económicos anteriores han tenido beneficios, y esto justifica que se les requiera dicha aportación, como mecanismo para compensar de alguna manera el coste que tales despidos han de suponer para las arcas públicas, como se indica en la exposición de motivos, en razón del ‘importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo’ que comporta el ERE es ‘difícil de asumir socialmente’ cuando se trata de empresas con beneficios”(STS 29-3-2017,rec. 133/2016).

6) Por último otras disposiciones prevén la coordinación entre empresas que pueden compartir determinadas necesidades:

- el artículo 21 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, prevé que por negociación colectiva o mediante los acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, o, en su defecto, por decisión de las empresas afectadas, podrá acordarse “la constitución de servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas pertenecientes a un mismo sector productivo o grupo empresarial o que desarrollen sus actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada”.

Mención aparte merece la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social que contiene el tratamiento procesal de los grupos de empresas, equiparándolo en ocasiones con un empresario laboral y otras veces con una pluralidad de empresarios, como puede deducirse de los diversos preceptos que regulan el fenómeno empresarial dentro de la referida norma procesal:

- En el artículo 23, dedicado a la intervención del Fondo de Garantía Salarial, se hace referencia al ejercicio de acciones no sólo “contra quien considere verdadero empresario o grupo empresarial”, sino también contra “cualquier persona interpuesta o contra quienes hubieran podido contribuir a generar prestaciones indebidas de garantía salarial.”

- En el artículo 76.1, dentro de la solicitud de actos preparatorios y diligencias preliminares, se indica que “igualmente podrá solicitarse, por quien pretenda demandar, la determinación de quiénes son los socios, partícipes, miembros o gestores de una entidad sin personalidad y las diligencias necesarias encaminadas a la determinación del empresario y los integrantes del grupo o unidad empresarial, así como la determinación de las personas concurrentes a la producción de un daño con la persona a la que se pretenda demandar y la cobertura del riesgo en su caso.”

- El artículo 16.5 al regular la capacidad procesal y representación dispone que “por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan, de hecho, o de derecho, como organizadores, directores o gestores de los mismos, o en su defecto como socios o partícipes de los mismos y sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a estas personas físicas.”

- En el artículo 80, dentro de la forma y contenido de la demanda uno de los requisitos es la consignación del demandado “Si la demanda se dirigiese contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad, además de identificarlos suficientemente, habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como administradores, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes, y sus domicilios, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la masa patrimonial, entidad o grupo y de sus gestores e integrantes.”

- Por último, dentro de la ejecución dineraria, el artículo 249 regula la manifestación de bienes para la ejecución, disponiendo que el ejecutado está obligado a efectuar, a requerimiento del secretario judicial, manifestación sobre sus bienes o derechos, con la precisión necesaria para garantizar sus responsabilidades. El apartado 2 prevé que “esta obligación incumbirá, cuando se trate de personas jurídicas, a sus administradores o a las personas que legalmente las representen y cuando se trate de comunidades de bienes o grupos sin personalidad, a quienes aparezcan como sus organizadores, directores o gestores.”

Como señala JIMÉNEZ ROJAS el legislador muestra una “incipiente sensibilidad por el problema de la localización de las estructuras empresariales pseudoaparentes, fraudulentas, ocultas, semiocultas... y pretende evitar que queden sin respuesta las reclamaciones lícitas del trabajador, porque careciendo de personalidad propia el grupo empresarial no se le haya podido

identificar de ningún modo, a fin de que comparezca y pueda ser enjuiciado, en orden a serle imputadas las responsabilidades laborales que haya podido contraer en su funcionamiento”³⁶.

En las disposiciones analizadas ¿qué concepto de grupo de empresas utiliza el legislador?

En la legislación sustantiva laboral el grupo de empresas no asume el papel de empleador ni es sujeto de imputación de responsabilidades, más bien parece utilizarse un concepto económico. Resulta razonable interpretar que se está utilizando un concepto mercantil de grupo de empresas, y no el acuñado por la jurisprudencia social que, como veremos, es más restringido. Cuando sea la ley la que establezca una definición habrá de estarse a sus términos. Interesa subrayar que las definiciones tienen en común con el artículo 42.1 CCo el que consideran como elemento clave el control, no la dirección unitaria, lo que excluye a los grupos horizontales. A diferencia de la legislación mercantil, sin embargo, los grupos de empresas no tienen por qué estar constituidos exclusivamente por sociedades, con la excepción del artículo 4.5 RD 1483/2012, que al referirse a la “sociedad dominante” y exigir la entrega de la contabilidad consolidada, claramente se refiere a grupos de sociedades. En relación con dicho precepto, la STS de 20 de junio de 2018³⁷ (asunto FOISA MEDITERRÁNEO/SISTEGAS), insiste en que la obligación de presentar las cuentas consolidadas no alcanza a los grupos horizontales, razón por la cual no puede calificarse de nulo el despido realizado por una de las empresas del grupo que no aportó las cuentas anuales ni el informe de gestión consolidados. Tratándose de grupos horizontales, dice la sentencia, sólo en el caso de uso abusivo de la dirección o utilización fraudulenta de la personalidad, sería exigible la aportación de la documentación económica y contable de todas las empresas.

Solo una de las disposiciones analizadas remite al artículo 42 CCo, en cuyo caso creemos que debe emplearse con la matización realizada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de marzo de 2017³⁸ y no exigir que quien tenga la condición de dominante sea una “sociedad”.

El resto de disposiciones que no contienen una definición, creemos que debe acudirse a un concepto mercantil amplio que incluya tanto a los grupos verticales, como a los horizontales. El acudir al concepto laboral elaborado por la jurisprudencia supondría, como se verá a continuación, que se pudiera imputar alguna responsabilidad al grupo o a las empresas del grupo, algo que no ha sido intención del legislador.

En el caso de la normativa procesal, el concepto de grupo de empresas incluye ambos sentidos, el mercantil y el elaborado por la jurisprudencia de la sala cuarta.

3.2. El grupo laboral de empresas en la jurisprudencia social: diferencias entre grupo mercantil, grupo laboral “patológico”, “empresa de grupo” y “empresa-grupo”

3.2.1. Algunas consideraciones previas

Como hemos indicado anteriormente, no existe en la legislación española un concepto laboral de grupo de empresas, que lo defina como empleador o como sujeto de imputación de responsabilidades. Este concepto ha ido precisándose por una jurisprudencia que ha ido evolucionando a lo largo de los años, desde lo estrictamente patológico hacia una visión fisiológica del fenómeno.

La mayoría de las sentencias analizadas enjuician supuestos de despidos colectivos o de modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo donde se solicita o bien la existencia de “unidad empresarial” con el fin de que se determine que es el grupo quien realiza el despido,

³⁶ JIMÉNEZ ROJAS, F., *La relación individual de trabajo en los grupos de empresa*, op.cit., pp. 194-195.

³⁷ Rec. 168/2017.

³⁸ Rec. 2321/2014.

o bien, el reconocimiento de que existe un grupo mercantil que está obligado a aportar la documentación exigida por el artículo 4.5 del Reglamento de despidos colectivos. No debe pensarse que la solicitud de reconocimiento de unidad empresarial, proviene sólo de los trabajadores, ya que no faltan supuestos en que es el grupo de empresas quien se presenta como tal.

Interesa subrayar que la doctrina no es del todo pacífica y que, en un buen número de ocasiones, como se destacará, se formulan votos particulares que se muestran discordantes respecto de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que no es sino consecuencia, de una visión distinta respecto de la construcción jurídica por la que se opta para justificar la imputación de responsabilidad solidaria a las empresas agrupadas.

Las sentencias, por otro lado, analizan tanto grupos verticales, como horizontales³⁹ y si bien, en la mayoría de los casos, el grupo está integrado por sociedades, no faltan supuestos donde los integrantes son otro tipo de personas jurídicas (como en la sentencia de 31 de octubre de 2017⁴⁰ –asunto ISLA CRISTINA– donde, sobre la base de la existencia de un grupo de empresas laboral, se solicitaba la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento de Isla Cristina y la Mancomunidad Intermunicipal de Lepe).

3.2.2. Primera etapa. La falta de equivalencia entre el grupo de empresas a efectos laborales y el grupo de sociedades de Derecho Mercantil. La doctrina de los “elementos adicionales”

En las primeras sentencias representativas de esta primera etapa –SSTS de 5 de enero de 1968 y de 19 de mayo de 1969–, primaba una concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, porque se aceptaba la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos, bien fuera en virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, de la doctrina del empresario aparente o la del fraude de ley.

A partir de la STS de 3 de mayo de 1990, se produjo un cambio importante, ya que se empezó a admitir que el referido Grupo podría tener trascendencia laboral en ciertas circunstancias o cuando tal dato fuera acompañado de elementos adicionales. Se parte del principio de que el “grupo de sociedades” es una realidad organizativa en principio lícita y que “el grupo de empresas a efectos laborales” no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. La doctrina de esta época ha sido compendiada y sistematizada por la STS de Pleno de 27 de mayo de 2013,⁴¹ (asunto ASERPAL) como sigue:

a) No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, porque los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son.

³⁹ En la STS de 27 de mayo de 2013 (asunto ASERPAL) se aborda un despido colectivo en un grupo horizontal. Señala la sentencia que “la existencia de la dirección unitaria es incuestionable, pues viene determinada por la decisiva circunstancia de que entre las mismas media plena coincidencia de socios y Consejo de Administración, lo que nos sitúa ante un grupo –horizontal o de coordinación– de base personal e incluso societaria, con lo que no es ya que una empresa tenga participaciones en la otra, sino que los accionistas de ambas son los mismos; pero –como afirmamos precedentemente, al exponer la teoría general sobre la materia– éste es un elemento definidor de la propia existencia del grupo de sociedades y por sí solo no comporta obligación legal de formular cuentas consolidadas, ni de presentar la documentación a que alude el art. 6.4 RD 801/2011 y mucho menos determina una posible responsabilidad solidaria, sino que requeriría la concurrencia de otros datos”.

⁴⁰ Rec. 115/2017.

⁴¹ Rec. 78/2012. *Vid.*, la abundante jurisprudencia de la Sala que cita.

b) La dirección unitaria de varias empresas no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas.

c) Tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una “unidad empresarial”; como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales; como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CE, teniendo en cuenta que todas y cada una de las sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios; y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el administrador único de una empresa sea representante legal de otra.

Para lograr el efecto de responsabilidad solidaria, haría falta un componente adicional que la sala cuarta ha residenciado tradicionalmente en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo.

b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo.

c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales.

d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Especialmente comprensivo se mostraba el Tribunal Supremo respecto de los fenómenos de circulación dentro del grupo que, en principio, no tendrían una consideración ilícita, entrando dentro de lo fisiológico. En sentencias de 26 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993, la Sala consideró que había que tener en cuenta que “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”.

3.2.3. Tercera etapa. El fin de la contraposición entre los grupos mercantiles y los laborales. Primeras matizaciones a los elementos adicionales

La tercera etapa se inicia con la STS de Pleno de 27 de mayo de 2013⁴² (asunto ASERPAL). La Sala rectifica la doctrina jurisprudencial que sostenía la falta de coincidencia entre el grupo de sociedades mercantil y el grupo de empresas laboral, “porque el concepto de ‘grupo de empresas’ ha de ser –y es– el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos –mercantil, fiscal, laboral⁴³– pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del ‘grupo’ cuando en el mismo concurren los factores adicionales que posteriormente referiremos”.

⁴² Rec. 78/2012.

⁴³ Insiste en esta idea la STS de 28 de enero de 2014 (rec. 16/2013) dictada en Sala General.

La aportación principal de la sentencia son las precisiones que realiza en torno a estos elementos adicionales:

a) no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquel;

b) el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva (confusión de plantillas) que determinan una pluralidad empresarial, (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios);

c) la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable –aunque pueda ser un indicio al efecto– de la mera utilización de infraestructuras comunes;

d) la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”;

e) con el elemento “creación de empresa aparente” –íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”;

f) la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

De esta forma, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo “bien pudiera” ser la que sigue:

1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo –simultánea o sucesivamente– en favor de varias de las empresas del grupo;

2º) la confusión patrimonial;

3º) la unidad de caja;

4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”;

y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores⁴⁴.

En el caso analizado por la Sala, cada una de las empresas implicadas era, además, la cabeza de sus respectivos grupos, existiendo entre ellas exclusivamente vinculaciones comerciales que no se consideraron fraudulentas o dirigidas a situar a cualquiera de ellas en una situación deficitaria. La sentencia califica al grupo de horizontal o de coordinación, ya que no existía una sociedad que controlara a la otra a través de las participaciones, sino únicamente coincidencia de socios y de Consejo de Administración. Esta última circunstancia justifica que actuasen bajo una dirección unitaria. La sentencia admite la ausencia de capacidad de decisión propia de cada una de las empresas, pero rechaza que pueda tener, por sí sola, consecuencias en orden a extender la responsabilidad, dado que es una “consecuencia de la ya aceptada y legítima decisión unitaria”.

⁴⁴ Razonablemente señala MEDINA SERRAMITJANA que la afirmación previamente realizada de que no existe contraposición entre el grupo mercantil de empresas y el laboral termina siendo desmentida posteriormente

A continuación, la Sala, recordando lo dicho por la STS de 20 de marzo de 2013, insiste en que “el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de... empresas..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma”⁴⁵.

En sentencias posteriores, el Tribunal Supremo ha confirmado la doctrina sentada por la STS 27 de mayo de 2013. Por su interés, procede destacar algunos pronunciamientos.

- La STS 25 de septiembre de 2013 dictado en Sala general⁴⁶ (asunto MAFECCO) no da trascendencia al hecho de que la matriz poseyera el 99,97 % del capital de la empresa que realizó el despido colectivo. Afirma que “no tiene efectos ni para provocar por sí misma una extensión de la responsabilidad, ni para atribuir una posición empresarial plural a las sociedades del grupo”. En el caso analizado se valora que ambas sociedades se dedicaran a actividades distintas. La sentencia tiene un voto particular que, aunque es concordante con el fallo⁴⁷, discrepa de la fórmula jurídica empleada para atribuir responsabilidad solidaria a las empresas del grupo, mostrándose favorable a una aplicación autónoma del artículo 1.2 TRET, independientemente de la aplicación de la técnica del levantamiento del velo. Estima que habría sido más correcto analizar y averiguar en favor de quiénes verdaderamente redundaron los beneficios del trabajo, para determinar en favor de quién se presta el mismo “pues puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquellas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa. ‘Empresa’ que no debe configurarse siempre y exclusivamente como el mero organismo que suministra trabajo, recordando su concepto al modo clásico jurisprudencial de ‘organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades’ (STCT 05-03-1975)”. En estos supuestos, de hecho, el trabajador, aunque no se trate de confusión de plantillas, presta sus servicios a favor de todos los integrantes de la única empresa “troceada” o dividida en partes, por lo que realmente estaríamos también ante un supuesto especial de prestaciones laborales indiferenciadas, en cuanto que los trabajadores, con independencia de cuál sea la entidad a que estén formalmente adscritos, realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como definitorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 ET.

- La STS 19 de diciembre de 2013⁴⁸ (asunto GESCLINIC-grupo QSA) enjuició un supuesto muy interesante, ya que el grupo de empresas QSA había constituido un típico grupo horizontal

cuando, para declarar la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, sigue exigiendo la concurrencia de unos elementos adicionales a la mera situación de control recogida en el artículo 42 CCo. *Vid*, MEDINA SERRAMITJANA, J.S., “Grupo de empresas y aspectos laborales”, en AA. VV (López Jiménez, J.M dir.), *El control societario en los grupos de sociedades*, Bosch, 2017, pág. 236.

⁴⁵ Además de la insuficiencia de la prueba de los indicios alegados, otro motivo que lleva a que no prospere el recurso de casación en unificación de doctrina, es la dificultad de apreciar la identidad entre los hechos de la sentencia de contraste y la sentencia recurrida. Sirva de ejemplo que sólo en el período examinado entre enero y septiembre 2018 han recaído 33 resoluciones, entre autos y sentencias, que no han admitido el recurso de casación por no apreciar falta de contradicción.

⁴⁶ Rec. 3/2013.

⁴⁷ Voto concordante que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados Don Luis Fernando de Castro Fernández, Don Jordi Agustí Juliá, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Virolés Piñol.

⁴⁸ Rec. 37/2013.

de empresas bajo la fórmula jurídica de la agrupación de interés económico, GESCLINIC. Los demandantes solicitaban que se reconociera la existencia de un grupo laboral patológico. Respecto de la unidad de dirección y apariencia externa de unidad, la Sala recuerda que “esa dirección unitaria es consustancial a las AIE”, debido a su caracterización instrumental al servicio de los socios y su correlativa dirección por los mismos o por administradores por ellos nombrados, tal como se desprende de su normativa (arts. 2 y 3, 10 a 12 Ley 12/1991). Son también las peculiaridades del régimen legal de las AIE las que explican que no deba apreciar confusión patrimonial, ya que “las pérdidas de la AIE son atendidas por los socios que la integran, aún a pesar de que la misma posea personalidad jurídica [art. 1 Ley 12/1991], de forma que es bien comprensible que la desaparición de una causa de pérdidas [la AIE] se encuentre en el Plan de Viabilidad de sus socios, que son los que atienden su déficit”. Respecto de la confusión de plantillas, el mismo régimen jurídico de las AIE también justifica que los trabajadores de la AIE prestaran servicios exclusivamente para los socios, integrantes del grupo. En último término, cuando las empresas se han limitado a ajustarse con absoluta fidelidad a las prescripciones de la ley mal puede calificarse como “patológica”, dice la sentencia, dicha actuación empresarial. Compartimos el pronunciamiento de la sala de que las circunstancias concurrentes del caso, lo alejan de lo patológico. Ahora bien, ¿cabría, pese a todo, la extensión de responsabilidad? La Sala considera que sería contrario a la “finalidad perseguida por el legislador al crear –siguiendo el Derecho comunitario: Reglamento CEE 2137/85– las Agrupaciones de Interés Económico, y más en concreto su peculiar regulación sobre la disolución de la AIE –extravagante, en términos laborales–”. Esta finalidad “resultaría del todo enervada si se les aplicase la ordinaria doctrina sobre los grupos de empresas y los procedimientos de despido colectivo, pues por inequívoca expresión legal la extinción de la Agrupación –con la consiguiente extinción colectiva de los contratos– corresponde a la soberana voluntad de los socios, que si bien han de responder subsidiaria y solidariamente de las consecuencias económicas de tal decisión, en todo caso no se encuentran en el ámbito económico/productivo de justificación de la medida, en orden –precisamente– a la aplicación de los Reglamentos correspondientes a los despidos colectivos que traigan causa en su decisión disolutiva de la AIE”.

- En la STS 28 de enero de 2014, de la Sala general⁴⁹ (asunto JTKET CORPORATION-KOYO) se plantea un caso especialmente interesante, porque el despido se realizó por la única sociedad española, KOYO, integrante de un grupo multinacional, JTKET CORPORATION. La mercantil empleadora estaba participada en su totalidad por otra sociedad integrada en el mismo grupo de empresas que la sociedad codemandada, y la gestión de su riesgo de liquidez se realizaba en el marco de la gestión global del Grupo, y a través del Departamento de Tesorería de tal Grupo; sin necesidad de acudir a financiación externa de entidades bancarias. En consecuencia, el Grupo, a través de otra empresa integrante del mismo, concedió a la empleadora una suma dineraria conceptualmente contablemente como préstamo participativo, con el fin de evitar que ésta entrara en causa legal de disolución. La sentencia recurrida entendió que sí existía un grupo laboral con base en los siguientes argumentos: 1) la pertenencia de ambas sociedades al mismo grupo empresarial; 2) la coincidencia de la actividad desarrollada por ambas; 3) la apariencia externa de unidad empresarial que se concreta en una unidad de gestión y dirección de la sociedad dominante frente a la subordinada; y 4) la confusión patrimonial derivada del hecho de que el riesgo de liquidez de la empleadora se gestione por el Grupo mediante disponibilidad de líneas de crédito, sin necesidad de acudir a financiación de entidades bancarias, aunque con el fin de evitar desequilibrios contables esas sumas se hayan calificado de préstamos participativos. No obstante, admite el TSJ que no se había acreditado la prestación indistinta de servicios para las diversas empresas que forman el Grupo, aunque consideró que este elemento debía contar con excepciones, pues de otra forma sería imposible la apreciación de grupo en multinacionales con una sola empresa en España.

El Tribunal Supremo resuelve, sin embargo, que ninguno de los elementos a los que alude la sentencia recurrida son definitorios *per se* de la responsabilidad solidaria atribuida. Especial

⁴⁹ Rec. 16/2013.

reflexión merece por un lado la referencia a que en las multinacionales que tienen una única empresa en España, dicha confusión sería imposible, argumento que rechaza, ya que “con ello sólo se nos da noticia de un supuesto común en los grupos de empresa, pero no de la causa para la responsabilidad, salvo que se confunda una noción con otra”.

Otra reflexión importante gira en torno a la particular forma de financiación de la sociedad empleadora en aras a valorar una posible confusión patrimonial. Tras recordar que “la confusión patrimonial es un elemento definitorio sustancial, no alternativo”, afirma que es habitual el pacto que permite al acreedor convertir la deuda en fondos propios, de manera que el prestamista se convierte en un socio más. Sin embargo, considera el Tribunal Supremo que una fórmula de financiación por peculiar que sea, y precisamente por ser característico su uso por sociedades, no convierte en grupo de empresas a efectos laborales a prestamista y prestatario. En consecuencia, la sentencia concluye que no existe grupo a efectos laborales y revoca la condena solidaria impuesta.

De nuevo la sentencia tiene un voto particular⁵⁰ que estima que el verdadero empresario era la empresa matriz del grupo, careciendo la sociedad Koyo de independencia en todos los ámbitos, lo que se desprende de los siguientes datos: a) Jtekt había comprado la totalidad de las acciones de Koyo; b) el Consejo de Administración de la Koyo estaba compuesto por personas que igualmente eran cargos directivos de la primera u otras empresas del grupo; c) las funciones de alta dirección se encontraban centralizadas a nivel de Grupo y no había persona que ejerciera ese tipo de jefatura en la plantilla de Koyo; d) todas las sociedades del grupo se dedicaban a la misma actividad de fabricación de rodamientos, herramienta, sensores y otros; e) la gestión del riesgo de liquidez de Koyo se realizaba en el marco de la gestión global del Grupo y se desarrolla mediante la disponibilidad de líneas de crédito y que en función de sus necesidades, utilizando el Grupo instrumentos financieros de liquidez; y f) Koyo no acudía, normalmente, a la financiación externa a través de entidades bancarias y era el Grupo el que iba poniendo a disposición de Koyo distintas cantidades, las que habían venido destinando, principalmente, al pago de las retribuciones de sus trabajadores y a la adquisición de materias primas. De todo ello se desprendería que “Jtekt Corporation” era la verdadera empresaria de los trabajadores afectados (arts. 1.1 y 2, 8 TRET), en la que redundaban directamente los beneficios de la prestación de sus servicios como real perceptora de éstos, asumiendo los riesgos de la actividad dirigiendo plenamente la actividad empresarial y decidiendo todas las cuestiones trascendentes, actuando KOYO, como mera formal empleadora, aunque pudiera necesitar para operar en España a efectos mercantiles y tributarios la estructura formal de una sociedad mercantil con personalidad, como una simple oficina o sucursal de la primera sin capacidad de adoptar decisiones, sin verdadero capital propio y sin asunción de riesgos, sin real contenido sus juntas generales y sin reales órganos de administración, percibiendo el capital que necesitaba para abonar sus deudas, entre ellas las salariales, de la sociedad matriz.

- Especialmente interesante es la STS de 15 de febrero de 2017⁵¹ –asunto IRSMCHER– ya que reconoce la existencia de un grupo laboral en una situación donde la matriz tenía su sede en Alemania. Queda acreditada la confusión de plantillas, porque algunos empleados, entre ellos el gerente de una de las empresas, recibían instrucciones sobre la realización ordinaria del trabajo directamente desde Alemania, bien por teléfono o de correo electrónico. Incluso en uno de los casos, la empleada, recibió formación en Alemania, estuvo bajo la dependencia exclusiva de directivos de la matriz y trabajaba en España principalmente con un teléfono alemán, de número alemán, de manera que los clientes que hablaban con ella, pensaban que hablaban con alguien de una empresa alemana.

⁵⁰ Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los Excmos. Sres. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Viroles Piñol y Don Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

⁵¹ Rec. 168/2016.

- Una última sentencia que queremos destacar es la STS de 15 de abril de 2015⁵² –asunto COCA-COLA IBERIAN PARTNERS–, ya que por primera vez tiene por objeto un despido colectivo en el que el propio grupo se define a sí mismo como “grupo de empresas a efectos laborales”, con la única finalidad de hacer un despido a nivel de grupo y no de cada una de las empresas. La Sala no admitió la posibilidad de que el grupo “debutara” como tal en el período de consultas del despido colectivo, omitiendo los deberes de información y consulta con los representantes legales de los trabajadores que impone el artículo 44 TRET. Como puede observarse, la sentencia no hace sino aplicar un principio al que nos hemos referido anteriormente, conforme al cual no pueden ser las propias personas jurídicas integradas en el grupo las que, en un momento determinado, puedan “levantar el velo” y decidir que, frente a un tercero ajeno al grupo, es improcedente la diferenciación de su personalidad jurídica y que frente a él han de aparecer y ser consideradas como si de una sola persona jurídica se tratara. Hecha esta afirmación, habrá que admitir la licitud de un despido colectivo a nivel de grupo, si la condición de grupo laboral fuera previamente conocida y reconocida por todas las partes de la negociación⁵³. Esta forma correcta de actuar la encontraremos posteriormente, en la SAN de 21 de septiembre de 2017 que tiene por objeto la modificación sustancial de un acuerdo que fue suscrito entre un grupo laboral de empresas y los representantes legales de los trabajadores de las empresas implicadas. La Audiencia reconoció como válido el ámbito funcional del acuerdo que habían delimitado las propias partes y que era más reducido que el grupo mercantil de sociedades en el que se integraban.

Otras sentencias representativas de esta etapa son las SSTS de 4 de abril de 2014⁵⁴ –(asunto IBERIA EXPRESS); de 21 de mayo de 2014⁵⁵ (asunto CONDESA); de 2 de junio de 2014⁵⁶ (asunto AUTOMOCIÓN DEL OESTE); de 22 de septiembre de 2014⁵⁷ (asunto SUPER OLÉ); de 24 de febrero de 2015⁵⁸ (asunto ROTOENCUADERNACIÓN) y de 16 de julio de 2015⁵⁹ (asunto IBERKAKE), todas ellas del Pleno de la Sala.

3.2.4 Cuarta etapa. Nuevas matizaciones terminológicas: “grupo mercantil”, “grupo laboral patológico”, “empresa grupo” y “empresa de grupo”

La cuarta etapa se inicia con la STS de 20 de octubre de 2015⁶⁰ (asunto TRAGSA), que va a hacer una nueva matización terminológica. Recuerda que hasta la fecha siempre se había afirmado que eran perfectamente diferenciables el inocuo, a efectos laborales, “grupo de sociedades”, y el trascendente, en términos de responsabilidad, “grupo patológico de empresas”. Sin embargo, “el transcurso del tiempo y la progresiva evidencia de un cierto desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades [dominicales, contractuales y personales], en muchas ocasiones absolutamente exteriorizadas y aún mantenidas por iniciativa propia en sede judicial por las propias empresas [incluso con oposición de la parte social], nos ha llevado a la conclusión de que la expresión ‘grupo patológico’ ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria, ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de ‘empresa de grupo’ o ‘empresa-grupo’, que resultaría algo así como el género del que aquél –el grupo patológico– es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros”.

⁵² Rec. 354/2014.

⁵³ MEDINA SERRAMITJANA, J.S., “Grupo de empresas y aspectos laborales”, *op.cit.*, pág. 255.

⁵⁴ Rec. 132/2013.

⁵⁵ Rec. 182/2013.

⁵⁶ Rec. 546/2013.

⁵⁷ Rec. 314/2013.

⁵⁸ Rec. 124/2014.

⁵⁹ Rec. 312/2014.

⁶⁰ Rec. 172/2014.

Para la existencia de la empresa de grupo es preciso que concurren los elementos adicionales identificados por la jurisprudencia. Al respecto considera imprescindible realizar las siguientes precisiones:

a) Funcionamiento unitario. En los supuestos de “prestación de trabajo “indistinta” o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores; situaciones integrables en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las “personas físicas y jurídicas” y también a las “comunidades de bienes” que reciban la prestación de servicios de los trabajadores”

b) Confusión patrimonial. Este elemento no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso; y ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación.

c) Unidad de caja. Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”, lo que no es identificable con las novedosas situaciones de “cash pooling” entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes ⁶¹.

d) Utilización fraudulenta de la personalidad. Apunta a la “creación de empresa aparente” –concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, en supuestos en los que –a la postre– puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de “pantalla” para aquella.

e) Uso abusivo de la dirección unitaria. La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

En el caso concreto analizado para el Tribunal Supremo, la Sala concluye que no concurre ninguno de los cinco elementos adicionales determinantes de la concurrencia de una “empresa de grupo” a efectos laborales, por los motivos que BAZ RODRÍGUEZ sistematiza de forma muy clara de la siguiente forma⁶²:

– No existe funcionamiento unitario de las sociedades, pues cada una de ellas realiza sus respectivas encomiendas con personal propio en cada caso. En este sentido, no da relevancia a la concertación de un contrato interempresarial de carácter oneroso, por el que se prestan ciertas actividades administrativas por la filial a la matriz, llegando a afirmar que “bien pudieran

⁶¹ Sin embargo, en la STS de 15 de abril de 2015 (asunto COCA-COLA IBERIAN PARTNERS)- la existencia del cash pooling se consideró como indicio de unidad de caja. Sobre la consideración del cash pooling como un elemento fisiológico de los grupos de empresas, *vid.* SERRANO OLIVARES, R., “Grupos de empresas a efectos laborales: a vueltas con la necesidad de superar su entendimiento en clave patológica”, *IUSLabor*, 2/2016.

⁶² BAZ RODRÍGUEZ, J., “De Aserpal a Tragsa. Una nueva reformulación de la doctrina jurisprudencial de la empresa de grupo. Levantamiento del velo versus concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm.18, 2016, (versión digital), pp. 8.9.

serlo prácticamente todas”. Nada tiene ello que ver, se dice, con la prestación de trabajo indistinta o conjunta, que implica una única relación de trabajo con el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la prestación laboral (artículo 1.2 ET). Ciertamente, la existencia de dicha contraprestación aproxima esta práctica a los fenómenos de externalización de actividades, que nuestro legislador sitúa en el artículo 42 TRET, siendo una práctica usual en el tráfico jurídico que se externalicen las funciones de administración y dirección, existiendo un mercado de tales servicios. En los grupos de sociedades es habitual que se centralicen una serie de actividades y tareas “en aras de evitar duplicidades en los puestos y conseguir ahorros de costes”.

- No existe confusión patrimonial, puesto que cada empresa tiene su patrimonio debidamente separado. A lo cual no obsta, según el Tribunal Supremo, que en virtud de diversos contratos se comparta el uso de oficinas y almacenes, y que, igualmente bajo precio contractualmente fijado, se pueda utilizar por la filial la maquinaria y otros bienes de TRAGSA. Con ello, razona la sala, “lo único que se hace es utilizar racional –y legítimamente– bienes existentes dentro del grupo empresarial, sin que ello pueda entenderse como atisbo de aquel elemento de confusión, definitorio de la patología en la vida del grupo de sociedades”. Así pues, “la utilización conjunta de infraestructuras y de medios de producción comunes no incide, pues, en la identificación del empleador, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso”⁶³.

- No existe unidad de caja, en forma de “promiscuidad en la gestión” o “permeabilidad contable”, en tanto que el único elemento presente en los hechos ligado a ello sería el pago de servicios compartidos por ambas empresas, correspondiendo a la parte procesal que alega la presencia de dicho elemento adicional la carga de probar que la contabilización de dicho pago no se ha efectuado por su “valor razonable” de mercado.

- Se rechaza la presencia de una utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con la creación de una “empresa aparente”. Ambas empresas, al margen de su intensa conexión accionarial, cuentan con Consejos de Administración diferentes en los que están representados sus respectivos accionistas, sin que exista coincidencia de miembros; teniendo también organigrama, empleados, bienes y actividades propios, en los términos vistos anteriormente.

- Tampoco se acredita un uso abusivo de la dirección unitaria. Una cosa es, para la jurisprudencia, que se produzca una apreciable centralización de la estructura ejecutiva, como consecuencia de la intensidad de la participación accionarial de la matriz en la filial, y otra cosa diferente es que la dirección unitaria se utilice en forma abusiva, o que la empresa matriz hubiese llegado al extremo de privar por completo de dirección a la empresa filial. Una auténtica “jibarización” –que no se aprecia– donde se produce una relación de mera instrumentalidad entre las empresas, acreditada además por el hecho de que dicha pérdida de autonomía vaya acompañada del sometimiento a los intereses generales del grupo o a los particulares de la empresa matriz, y no al propio de la empresa filial, con la consiguiente pérdida de la autonomía patrimonial de ésta. Y, en este sentido, la toma de la decisión extintiva de los contratos de trabajo en la filial en sede de la matriz no constituye un elemento demostrativo de dicha situación de pérdida absoluta de autonomía decisoria y patrimonial, tal y como corrobora el propio marco normativo vigente (artículo 51.8 TRET).

En la sentencia analizada podemos destacar dos ideas

- en primer lugar, la “sacralización” de las prácticas de colaboración entre las empresas del grupo, que permiten compartir recursos materiales y humanos, “para rentabilizar o explotar conjuntamente recursos o elementos productivos, buscando eficiencia, ahorro, racionalización o la

⁶³ BAZ RODRÍGUEZ, J., “De Aserpal a Tragsa. Una nueva reformulación de la doctrina jurisprudencial de la empresa de grupo. Levantamiento del velo versus concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)”, *op.cit.*, pág.8.

consecución de cualquier otra sinergia de grupo⁶⁴. Dichas prácticas siempre y cuando tengan un apoyo contractual y que se facturen por las empresas implicadas a un precio razonable de mercado⁶⁵ no sólo no son indicios de la existencia de un grupo laboral patológico, sino que tampoco se incluyen dentro de los elementos adicionales a los grupos mercantiles, ya que son inherentes al funcionamiento interno de éstos. Encontraremos esta visión fisiológica de las prácticas de colaboración, y de centralización de servicios en una de las empresas del grupo en sentencias posteriores, así, STS de 30 de mayo de 2017⁶⁶ (asunto AQUA DIAGONAL WELLNESS CENTRE)⁶⁷, STS de 10 de noviembre de 2017⁶⁸ (asunto KOMTES SEGURIDAD), STS 8/11/2017⁶⁹ (asunto CEMUSA):

- en segundo lugar, pese al intento de separar el nuevo concepto de empresa de grupo o de empresa-grupo, de lo patológico, lo cierto es que cuando la Sala desciende a analizar si concurren los cinco elementos adicionales en el caso concreto, puede observarse que vuelve a ponerse el acento en el fraude, la ocultación o el abuso, como puede observarse cuando se señala que la dirección unitaria será indicio de existencia de empresa de grupo cuando sea “abusiva”. La crítica a esta vinculación a lo patológico que parece persistir en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aparece también en el voto particular⁷⁰. Compartimos la opinión manifestada por los magistrados discordantes, de que lo importante es descubrir quién es el verdadero empresario, mediante la aplicación del artículo 1.2 TRET lo que debería ser posible no sólo cuando concurre funcionamiento unitario del grupo, sino, siempre que quede constancia de que “varias personas jurídicas y/o físicas actúan coordinando sus actividades sin ocultación de ningún tipo y recibiendo en común los rendimientos o frutos del trabajo por cuenta ajena que redunda en beneficio común”.

Finalmente, queremos, destacar dos últimos y recientes sentencias, que contribuyen a aclarar cuándo estamos en presencia de una “empresa de grupo” por existir funcionamiento unitario de la plantilla.

- La STS de 27 de junio de 2017⁷¹ (Asunto LUPO MORENETE) reconoce la existencia de una “empresa de grupo” sólo respecto de una de las empleadas, sin exigir que la “prestación indiferenciada” de servicios esté generalizada o afecte a un grupo significativo de trabajadores, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. En el caso analizado, constaba que la demandante había prestado servicios indistintamente para su formal empleadora, así como para la codemandada Lupo Shops SL llevando el área financiera y dando soporte administrativo y financiero a las empresas del grupo, supervisando todos los canales de venta. Esta prestación laboral “indistinta” para ambas empresas que las configuran como una “empresa de grupo” y titular único de los poderes y deberes empresariales, al margen de la adscripción formal de la trabajadora demandante. Apunta, además, la sentencia comentada, que lo relevante no es la

⁶⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J., “De Aserpal a Tragsa. Una nueva reformulación de la doctrina jurisprudencial de la empresa de grupo. Levantamiento del velo versus concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)”, *op.cit.*, pág.9.

⁶⁵ Señala razonablemente BAZ RODRÍGUEZ que “la existencia de acuerdos contractuales cooperativos y de contraprestaciones a precio razonable de mercado, no debería ser considerada incondicionalmente como una patente de corso que cierra automáticamente el paso al juego del concepto laboral autónomo del empleador y de la empresa”. *Vid.*, BAZ RODRÍGUEZ, J., “De Aserpal a Tragsa. Una nueva reformulación de la doctrina jurisprudencial de la empresa de grupo. Levantamiento del velo versus concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)”, *op.cit.*, pág. 9.

⁶⁶ Rec. 283/2016.

⁶⁷ No considera que exista confusión patrimonial por el hecho de que la empresa Aqua Diagonal Wellness Centre SL tenía su centro de trabajo en el Hotel Princesa Sofía SL, pues consta que pagaba la oportuna renta, que era la habitual del mercado, pagando asimismo los servicios utilizados por sus trabajadores, parking, comedor...

⁶⁸ Rec. 3049/2015.

⁶⁹ Rec. 40/2017.

⁷⁰ Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Don Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa María Virolés Piñol y Don Jordi Agustí Juliá.

⁷¹ Rec. 1471/2015.

prestación de servicios para una empresa del grupo con incidencia en otras, sino –y aquí está el matiz– si esa prestación puede calificarse de “indiferenciada”, es decir que la prestación se realice para una u otra empresa con independencia de la entidad a la que formalmente está adscrita, esto es, que desde la única posición laboral en una empresa se presten servicios indistintamente para la misma, así como para otras. La sala hace esta afirmación con absoluta independencia de la consideración que a los puros efectos mercantiles pudieran ofrecer los diversos vínculos y relaciones entre ambas demandadas, y de que a tales efectos –los mercantiles– sea o no relevante la indicada prestación simultánea de servicios para ambas sociedades.

- Merece también especial mención la STS de 20 de junio de 2018⁷² (asunto FOISA MEDITERRÁNEO/SISTEGAS), que, ahondando en las diferencias entre el grupo patológico y el concepto de “empresa de grupo” o “empresa grupo” interpreta el concepto “confusión de plantillas”. En el caso analizado, sólo tres trabajadores por un período de 19 días, 16 días y 53 días, respectivamente. Todo ello dentro de un período de 10 años. Los trabajadores realizaban todos ellos funciones de agente comercial. La Sala aplica la llamada doctrina de la “insignificancia” que, aclara, ha tenido consolidada aplicación en la jurisprudencia contencioso-administrativa, y niega la existencia de “confusión de plantilla”, “pues la mínima intercomunicación laboral que más arriba se ha indicado, en un período de más de diez años y en una plantilla de unos 20 trabajadores, presenta una entidad mínima cuya trascendencia ha de rechazarse”. Por otro lado, la Sala prescinde de la coincidencia en la persona de la apoderada, “en tanto que tal dato únicamente puede ser considerado como una manifestación más de la que hemos entendido como intrascendente identidad directiva”.

4. CONCLUSIONES

Ante una falta de regulación en la legislación laboral de los grupos de empresa, desde una perspectiva que permita atribuirles responsabilidad solidaria, ha sido la Jurisprudencia la que ha procedido a interpretar este concepto. Para ello los tribunales han utilizado básicamente las siguientes herramientas jurídicas:

- la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo social”, cuando se considera que estamos en presencia de fenómenos patológicos.

- la aplicación de la teoría de la “cotitularidad”, que supone el reconocimiento de una pluralidad empresarial de orden no patológico, basada en la concurrencia de los elementos del artículo 1.2 TRET. La jurisprudencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo sólo aplica esta teoría en los supuestos de prestación indiferenciada de servicios, de forma simultánea o sucesiva para las distintas empresas del grupo.

- La extensión de responsabilidades a las empresas integrantes de un grupo cuando, además de las características propias de un grupo mercantil, concurren unos elementos adicionales. No queda claro, sin embargo, con base en que título jurídico se atribuye un tipo de responsabilidad, la solidaria, que en nuestro ordenamiento jurídico constituye una excepción. Pese a que la aplicación de esta responsabilidad quiere separarse de la técnica del levantamiento del velo, lo cierto es que, en la forma de identificar los indicios, y de valorar su concurrencia en cada caso concreto, continúa teniendo mucho peso el componente patológico, la sospecha de un actuar abusivo o ilícito.

Las sentencias que se han analizado revelan que se ha producido un vaciamiento progresivo de los elementos que pueden definir un grupo de empresas laboral fisiológico susceptible de ser centro de imputación de responsabilidades. Aquellos elementos que se han ido considerando inherentes a la organización interna y forma de actuación de los grupos de empresa mercantiles (fórmulas de financiación interna, prácticas de colaboración en la gestión de recursos materiales

⁷² Rec. 168/2017.

y humanos, centralización de servicios, falta de la autonomía de decisión de las empresas agrupadas...), no sólo han dejado de considerarse como indicios de la existencia de un grupo laboral patológico, sino que se les ha negado virtualidad para extender responsabilidad solidaria a las empresas componentes del grupo fisiológico. Finalmente, y pese a las reiteradas afirmaciones del Tribunal Supremo, el grupo de empresas laboral inicuo, no parece existir.

Como la propia sala explica la forma de actuar de los grupos de empresa mercantiles en los últimos años ha evolucionado mucho. Nada tiene que ver son los casos que llegaban a los tribunales en los años noventa. En la actualidad, estos grupos actúan como una única empresa, entendida en sentido económico, denominación “la empresa” que muchas veces se atribuye a la dominante (sólo hay que ver las páginas web de algunos grupos de empresa). Actúan bajo una fuerte dirección unitaria, donde es la matriz la que marca unas directrices en favor del interés del grupo, que necesariamente deben seguirse por cada una de las filiales, lo que afecta, entre otras decisiones, a las relativas a la organización del trabajo. Compartimos la opinión manifestada en los votos particulares y defendida por un sector de la doctrina⁷³, de que estos supuestos deben abordarse desde la perspectiva del artículo 1.2 TRET dado que, se produce un aprovechamiento conjunto e integrado de los recursos humanos, financieros y comerciales por todas las empresas integrantes, y que la dirección económica unitaria, sin necesidad de que sea abusiva, podría identificarse con el ejercicio del poder de dirección que caracteriza al empleador laboral. Esta es la opción que nos parece más acertada y a la que parece apuntar también el Tribunal Supremo en algunos supuestos de colaboración entre empleadores donde uno de ellos ejerce lo que podríamos denominar como “poder directivo general”, que es el que se ejerce en supuestos de “pluralidad empresarial” –a la que se refiere el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores– por la empresa principal controlando e impartiendo instrucciones a las demás empresas⁷⁴.

⁷³ De esta opinión es también SERRANO OLIVARES, “Grupos de empresas a efectos laborales: a vueltas con la necesidad de superar su entendimiento en clave patológica”, *op.cit.*, pp. 19 a 24. BAZ RODRÍGUEZ critica también que la no consideración de las prácticas de colaboración entre las empresas del grupo como indicios de grupo patológico, lleve a excluir la responsabilidad solidaria. *Vid.*, BAZ RODRÍGUEZ, J., “De Aserpal a Tragsa. Una nueva reformulación de la doctrina jurisprudencial de la empresa de grupo. Levantamiento del velo versus concepto laboral de empleador (artículo 1.2 ET)”, *op.cit.*, pp.10-11.

⁷⁴ STS de 4 de febrero de 2015 (rec. 96/2014). Explica con detenimiento esta jurisprudencia incipiente SANGUINETI RAYMOND, W., “¿Hacia un Derecho del Trabajo de las redes empresariales?”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 17, 2016, pág. 12. Considera el autor que las sentencias que analiza, podrían marcar el camino “para la utilización de la pluralidad empresarial de orden no patológico prevista por el artículo 1.2 del Estatuto de los trabajadores como herramienta fundamental para afrontar los problemas de identificación de los titulares de la posición patronal en las fórmulas de cooperación que conllevan el ejercicio conjunto, sucesivo, repartido o condicionado de los poderes empresariales”.