

**CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y COMPROMISOS POR  
PENSIONES. UNA REGULACIÓN REGLAMENTARIA  
INDIRECTA DEL GRUPO DE EMPRESAS**

Núm.  
**37/2000**

**LOURDES LÓPEZ CUMBRE**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

**1.º Premio Estudios Financieros 2000.**

**Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

**Extracto:**

**EN** el presente artículo la autora realiza un profundo análisis de la concentración empresarial y compromisos por pensiones haciendo especial hincapié en el grupo de empresas, al ser éste tanto empleador como promotor de los planes de pensiones.

## Sumario:

- I. Realidades económicas y formas jurídicas de la concentración empresarial.
  1. Sobre el fenómeno de la concentración de empresas.
  2. Tipología del grupo de empresas de relevancia jurídica.
  3. La anomia laboral del grupo de empresas.
- II. La obligación empresarial de externalizar los compromisos por pensiones.
  1. La inadecuación de los fondos internos como garantía de los compromisos por pensiones.
  2. Los problemas jurídicos de la externalización, en especial del período transitorio.
  3. Consecuencias de la «patología» del grupo de empresas en la externalización de los compromisos por pensiones.
- III. Reconocimiento del grupo de empresas como empleador y como promotor de planes de pensiones.
  1. La novedad de los «planes de pensiones de grupo».
  2. Normalización indirecta del grupo de empresas a través de la garantía de los compromisos por pensiones.
  3. Trasposición al área laboral de los criterios normativos aplicables a la instrumentación de los compromisos por pensiones.

## ABREVIATURAS

- LBSS/63** Ley 193/1963, 28 diciembre, BOE, 30, de Bases de la Seguridad Social.
- LSS/66** Decreto 907/1966, 21 abril, BOE, 22 y 23, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley 193/1963.
- LCS** Ley 50/1980, 8 octubre, BOE, 17, de Contrato de Seguro.
- LET** Real Decreto Legislativo 1/1995, 24 marzo, BOE, 29, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- LGSS/74** Decreto 2.065/1974, 30 mayo, BOES, 22 y 29 julio.
- LGSS** Real Decreto Legislativo 1/1994, 20 junio, BOE, 29, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
- LIRPF** Ley 40/1998, 9 diciembre, BOE, 10, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.
- LMFAS** Ley 66/1997, 30 diciembre, BOE, 31, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- LSP** Ley 33/1984, 2 agosto, BOE, 4, de Ordenación del Seguro Privado.
- LOSSP** Ley 30/1995, 8 noviembre, BOE, 9, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado.
- OMV** Orden 28 de diciembre de 1966, BOE, 30, por la que se regulan las mejoras voluntarias.
- RDPFP** RD 1307/1988, 30 septiembre, BOE, 2 noviembre, por el que se desarrolla la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, modificado por RD 1589/1999, 15 octubre, BOE, 26.
- RICP** RD 1588/1999, 15 octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.

## I. REALIDADES ECONÓMICAS Y FORMAS JURÍDICAS DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

### 1. Sobre el fenómeno de la concentración de empresas.

A. La creciente apertura al exterior de los mercados de los países desarrollados durante la década de los setenta marcó definitivamente su evolución económica posterior. La presencia de ciclos económicos expansivos propiciaría un proceso, irreversible e imparable, de internacionalización en la circulación del capital financiero, provocando que numerosas empresas establecieran estrechos vínculos entre sí y posibilitando la presencia de grandes corporaciones que decidieron abandonar la tradicional producción para mercados locales y expandirse a través de empresas colaboradoras implantadas en distintos países. La unidad típica del mundo capitalista se transforma entonces y deja de ser la tradicional pequeña empresa, que produce una fracción insignificante de una producción heterogénea, para convertirse en una gran empresa, caracterizada por la concentración de capital y guiada por el objetivo de cubrir una parcela importante de la producción, progresivamente más homogénea, controlando, para ello, el precio y las inversiones sobre los contingentes que actúan en el complejo proceso productivo. Y, así, de una etapa en que las empresas se consideraban entes aislados entre sí se pasa a la era de las grandes concentraciones, de las uniones de complicada factura en donde convergen capital y mano de obra en cantidades no habituales, irradiando estrategias políticas y económicas decisivas en la historia contemporánea <sup>1</sup>. De manera que, en la actualidad, se ha invertido el razonamiento y la unidad económica típica tiene los atributos que alguna vez se pensó que eran privativos de los monopolios <sup>2</sup>.

Esa unión de diferentes empresas origina dos tipos de actuación común: la concentración empresarial, mediante la cual se crean estructuras sólidas y competitivas con el inconveniente de que se genera una progresiva desaparición de la pequeña y mediana empresa; y la colaboración empre-

<sup>1</sup> F. VICENT CHULIA, *Concentración y unión de empresas ante el derecho español*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1971, pág. 85.

<sup>2</sup> P.A. BARAN y P.M. SWEEZY, *El capital monopolista: ensayo sobre el orden económico y social de Estados Unidos*, Madrid, Siglo XXI, 1979 (15.ª ed.), pág. 23.

sarial, como fórmula con identidad propia que permite a las pequeñas y medianas empresas mejorar su posición en el mercado sin condenarlas a una previa desaparición. La mayor presencia en la realidad socioeconómica de la primera respecto de la segunda obliga a centrar más el análisis en aquélla que en ésta. El objetivo que caracteriza a la concentración de empresas es el intento de mejorar su posición competitiva y, por tanto, la consecución de una mayor cuota y de un mayor poder de mercado. La racionalización de la industria y la producción, esto es, la utilización de los medios de la ciencia y de la tecnología para producir más y mejor con menor coste, han servido a tal fin, impulsando el crecimiento de las uniones de empresas. Son estas las que se benefician de lo que se conoce como «economía de producción en gran escala»<sup>3</sup> y cuya composición se nutre fundamentalmente de tres elementos básicos; en primer lugar, las ventajas derivadas del progreso técnico -originado por el incremento del capital fijo y del equipo- y de la reducción de costes fijos y gastos generales -distribuidos en una producción en masa de modo que el coste unitario resulte inferior-, en segundo lugar, la reducción del riesgo de pérdidas en la concentración empresarial al lograr una estructura más preparada para evitarlos y para soportarlos, por último, la consecución de capital líquido en cuantía mayor y con más facilidad que el resto de las empresas con las que compete en el mercado.

No es de extrañar, por tanto, que la tendencia nacional o internacional (pública o privada) a dominar concretos sectores de la producción o de los servicios o a diversificar los riesgos de su explotación y las responsabilidades empresariales haya primado en este proceso ascendente de la concentración empresarial<sup>4</sup>. Como mejor ejemplo de esta tendencia destaca la Unión Europea que, a través de la creación del Mercado Único Europeo, utiliza la concentración de unidades empresariales como respuesta a la creciente ampliación de mercados. Una respuesta que se estima necesaria frente al desplazamiento del centro de gravedad económico al Pacífico y al omnipresente control de mercados por parte de EEUU y frente a la fuerza emergente de los nuevos países industrializados, creando de este modo la Unión Europea un nuevo marco de desarrollo para la industria y, en general, para la empresa europea<sup>5</sup>. Pese a ello no se ha conseguido aún vencer la resistencia de los Estados nacionales en la creación de determinados instrumentos de concentración empresarial a nivel europeo<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A. MARSCHALL, «Cooperations, concentrations, fusions d'entreprises dans la CEE», *Revue du Marché Commun*, núm. 109, 1968, pág. 32.

<sup>4</sup> R. URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1999 (26.ª ed.), pág. 618.

<sup>5</sup> M.T. RODRÍGUEZ DE TEMPLEQUE y J. MÉNDEZ ALONSO, «Instrumentos de la CEE para fomentar la cooperación transfronteriza», *Estudios Industriales*, 1989, núm. 126, pág. 163.

<sup>6</sup> El ejemplo más palmario lo constituye la Sociedad Anónima Europea (SAE), creada para integrar a las grandes empresas europeas y en relación a la cual se han visto frustrados, por el momento, los intentos de creación y regulación a nivel comunitario [J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «En torno al Estatuto de la sociedad europea», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 1989, pág. 426]. La participación de los trabajadores en la misma se muestra, no en vano, como un elemento de disensión entre los distintos países de la Unión Europea [G. ESTEBAN VELASCO, «Sociedad anónima europea: la regulación de la participación de los trabajadores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 40, 1990, págs. 893-913 y J.A. GÓMEZ SEGADE, «Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima», AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1981, págs. 307-339]. Un tratamiento distinto al que ha merecido la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), prevista para agrupar a las pequeñas y medianas empresas de dimensión comunitaria, y que ha conseguido ser desarrollada en el ámbito comunitario si bien, en gran parte de su regulación sustantiva dicha norma remite a la autonomía de los Estados miembros el desarrollo de la misma [A. PAU PEDRON, «La agrupación

B. Mas dicho objetivo no se alcanza si no es a través de la concentración de capital; una acumulación de recursos que tiene un riesgo por todos conocido como es el aumento -que no la primacía- de conductas oligopolísticas en el mercado. Ya desde el siglo pasado alguno de los mercados de mayor solvencia como el norteamericano se vió abocado a crear normas de restricción de competencia precisamente para impedir que se produjeran este tipo de conductas oligopolísticas o de monopolio. La opinión pública, pero sobre todo los jueces, empezaron a mostrarse recelosos ante este fenómeno por cuanto el movimiento de concentración empresarial se había intensificado, a finales del s. XIX, hasta tal punto que resultaba incontrolable por los poderes públicos, aprobándose en tal contexto la restrictiva legislación anti-trust norteamericana <sup>7</sup>. Sin embargo, y pese a estos inicios, el poder creciente de las grandes empresas en el mercado de los EEUU es ya una constante de su política económica y social, convirtiéndose en un rasgo definidor del mismo. Su vertiginoso desarrollo industrial, la expansión progresiva hacia la conquista del mercado mundial, su extraordinaria dimensión de mercado -capaz de absorber cuanto produce- y la concentración de las fuentes de obtención de las principales materias primas, han contribuido a fomentar sobremanera la concentración empresarial y el éxito de su expansión mundial <sup>8</sup>. Razones económicas de mayor alcance han conseguido cohesión, sin embargo, esta presencia incuestionable de las grandes concentraciones empresariales con el principio restrictivo de la libre competencia que todavía impera en la legislación de uno de los países más influyentes en la economía mundial <sup>9</sup>.

Esta compulsiva expansión de la concentración empresarial y de la organización común de objetivos empresariales impone necesariamente una concepción dinámica de la unidad empresarial, necesitada de una organización ágil, adaptable a los constantes cambios en las necesidades de mercado. Esto significa que a una finalidad macroeconómica -regida por la concentración de capitales- se añade asimismo una perspectiva microeconómica -la exigencia de fórmulas de adaptación flexi-

---

europaea de interés económico, entre la cooperación y la concentración empresarial», *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 53, 1988, pág. 107. Vid asimismo J. MASSAGUER FUENTES, «La agrupación europea de interés económico. Notas en torno al Reglamento CEE 2137/1985», *Noticias CEE*, núm. 43, 1988, págs. 23-35 y A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «La agrupación europea de interés económico», *Noticias CEE*, marzo 1991, págs. 21-30. Su regulación se encuentra en el Reglamento 2137/1985, 25 julio]. Aceptación a la que ha de sumarse, con carácter general, la que efectúa el Reglamento 4064/1989, 21 noviembre [modificado por Reglamento 1310/1997, 30 junio (DOCE núm. L 180, 9 julio)] sobre la concentración de empresas en la Unión Europea aun cuando su objetivo se encuentre constreñido a delimitar aquellos supuestos sometidos a las restricciones de competencia recogidos en el Tratado de la Unión [M.J. AROZAMENA, *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad/Empresa, 1993, pág. 76].

<sup>7</sup> Manifestando en sus decisiones cómo «todos los que recuerden el estado del país en 1890 se darán cuenta ahora de que en todas partes existía un sentimiento general de inquietud. La nación había salido de la esclavitud pero estaba muy extendida la convicción de que el país se encontraba a punto de caer bajo otra clase de esclavitud, la proveniente de la acumulación de capital en manos de unos pocos individuos y compañías que controlaban para sus propios fines y exclusivamente en su provecho todos los negocios de los Estados Unidos», *apud* R. TAMAMES, *La lucha contra los monopolios*, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 79.

<sup>8</sup> Conviene diferenciar en este punto al mercado -institución atemporal de intercambio- de la economía de mercado -estructuración social de la actividad económica-. Tan sólo esta última puede llegar a resentirse si no se adoptan medidas de control ante la consolidada tendencia a la concentración. A tal fin se destina, no obstante, tanto la concepción teórica como la modulación legislativa que cada país realiza del principio de la libre competencia, en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Barcelona, Ariel, 1999, (5.ª ed. corregida y puesta al día), pág. 443.

<sup>9</sup> J. BUIREU GUARRO, *Asociaciones y uniones de empresa*, Madrid, Instituto de Empresa, 1981, pág. 33.

ble a las necesidades de mercado-. La descentralización productiva es previsiblemente el concepto que mejor identifica esta idea. A través de la misma se pretende modificar las viejas estructuras de producción mediante la incorporación de mecanismos inalterables y seguros de flexibilidad empresarial; con un efecto principal, la irreversibilidad de este proceso, esto es, las pocas probabilidades de que a corto o medio plazo se retorne a los esquemas tradicionales. Con la descentralización la gran empresa persigue conservar las facilidades de la pequeña empresa -dotando de capacidad de actuación lo más ágil posible a las empresas que integran el grupo- junto a la principal ventaja de la gran empresa, el mantenimiento de la acumulación y concentración financiera y una mayor racionalización en el funcionamiento y en las relaciones propias de la empresa [organización del trabajo, acceso a los mercados en mejores condiciones, elaboración de productos de alta calidad, adaptación sistemática a los nuevos descubrimientos tecnológicos, etc. <sup>10</sup>].

## 2. Tipología del grupo de empresas de relevancia jurídica.

A. El grupo de empresas <sup>11</sup> define a un conjunto de empresas formalmente autónomas que se hallan sometidas, empero, a una dirección económica unitaria. En definitiva, el grupo de empresas representa la situación de varios empresarios jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general (basada sobre la participación, el contrato o las relaciones personales) constituyen una unidad económica <sup>12</sup>. Concretamente esta relación de jerarquía o dependencia es la que permite caracterizar a estos grupos como «grupos por subordinación», distintos a los «grupos por coordinación» en los que no existe relación de dependencia alguna y que, en puridad, han de quedar relegados del ámbito de la concentración empresarial para situarse en el terreno de la cooperación o colaboración empresarial <sup>13</sup>.

<sup>10</sup> J. GIRÓN TENA, *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial*, Méjico, Publicaciones de los Seminarios de las Facultades de Derecho de Méjico y Valladolid, Universidad Autónoma de Méjico, 1965, pág. 4 y J.E. SÁNCHEZ, *La gran empresa en España*, Madrid, CES, 1998, pág. 7.

<sup>11</sup> Se prefiere en este estudio la expresión «grupo de empresas» sobre la de «grupo de sociedades» [utilizada por vez primera con carácter general en el art. 1 del Decreto-Ley «Matesa» de 20 octubre 1969] por entender que quienes integran el mismo pueden no tener una forma societaria sino constituir empresas unipersonales o ser personas físicas. Algunos ejemplos de la legislación mercantil -sin duda, la más férrea defensora de la utilización del concepto «grupo de sociedades» sobre el de «grupo de empresas»- afianzan esta opción. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 4 LMV en el que para definir al grupo el precepto no se refiere a las «sociedades» que lo componen -bien es cierto que tampoco se alude a las «empresas»- sino a las «entidades» que conforman el mismo. De ahí que incluso la doctrina mercantilista más autorizada admita que el grupo de sociedades es una de las formas que pueden adoptar las distintas vinculaciones entre las sociedades «y, en general, entre las empresas o, mejor subjetivando la expresión, entre los empresarios» [J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Concepto y significado institucional de los grupos de empresa», en AAVV, *Homenaje a Roca Sastre*, t. III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977, pág. 529]. Ello no impide reconocer que, como regla general, impera en la actualidad la composición del grupo de empresas sobre sociedades anónimas, en la mayor parte de los casos, siendo cada vez más frecuente, empero, la creación de grupos cuyas empresas vinculadas tienen forma de sociedad de responsabilidad limitada y, en menor medida, grupos integrados por sociedades personalistas.

<sup>12</sup> J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Concepto y significado institucional de los grupos de empresa»..., *op. cit.*, pág. 533.

<sup>13</sup> M. SACRISTÁN REPRESA, «El grupo de estructura paritaria. Caracterización y problemas», *RDM*, 1982, núms. 165-166, págs. 375-442 y J. ESCUDERO ESPINOSA, «El grupo de empresas por coordinación: marco jurídico», *Noticias de la UE*, núm. 123, 1995, págs. 77-84.

Es la relación de subordinación, directa o indirecta, de una o varias empresas dependientes con respecto a otra sociedad dominante y el ejercicio de una dirección unitaria por esta última sobre las demás, la que identifica al grupo de empresas de manera que, pese a la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas integradas, todas ellas actúan en el mercado con la lógica y bajo la línea de una única y misma empresa, el grupo <sup>14</sup>. El grupo de empresas se concibe, desde esta perspectiva, como una «forma de concentración de capitales y de organización de la actividad económica, caracterizada por el hecho de que, frente a la alternativa representada por el modelo de una única sociedad que se desenvuelve en diferentes sectores productivos y/o en varios espacios territoriales, suponen un modelo descentralizado, en el que varias empresas desarrollan actividades diversas -en mayor o menor medida, según el grado de complementariedad existente entre las mismas- y/o en espacios territoriales específicos» <sup>15</sup>.

B. Atendiendo a la relación jurídica que se concierta interempresas, la unión de las empresas del grupo puede ser contractual o no contractual <sup>16</sup>. En el primer caso, se trata de conectar el régimen jurídico del grupo no al supuesto de hecho económico mismo sino a la relación entre la empresa dominante y las empresas dependientes a través de un «contrato de organización» o de un «contrato de dominación» que servirá para identificar el régimen jurídico de la unión empresarial. En el segundo, el régimen jurídico establecido para el grupo se anuda directamente al supuesto de hecho del mismo en tanto unidad económico-empresarial, esto es, sin la existencia de ningún tipo de contrato y, por tanto, a través no de una relación contractual sino orgánica. En este último supuesto, la aplicación del régimen del grupo se deriva exclusivamente de su propia existencia, determinada por el control de una sociedad sobre otra, junto con el ejercicio de la dirección unificada por la primera. En el modelo contractual, sin embargo, la aplicación de dicho régimen viene condicionada no tanto por la existencia del grupo en sentido económico sino por la conclusión entre las empresas que lo integran de un negocio jurídico específico ya sea de dominación o de organización.

Las uniones de base contractual asumen la forma de cártel o «sindicato». La connotación laboral de este último concepto hace preferible la utilización del mencionado en primer lugar. Los contratos de cártel unen casi siempre a empresas interesadas en la misma fase o ciclo de producción con el propósito de limitar y regular la concurrencia recíproca en el mercado y conseguir en lo posible el dominio de éste, siendo factible también la constitución de un cártel de compras o de distribución para facilitar y dotar de eficacia a estas actividades. Estos convenios tienen como principal característica la de que no afectan a la autonomía de las empresas sustancialmente y pueden versar sobre un reparto de mercados, sobre una limitación de las producciones o sobre los precios de venta; y su mayor o menor publicidad dependerá tanto de la voluntad de las partes como del contexto jurídico que rijan en cada momento ya que la práctica restrictiva de la competencia es objeto de prohibición en casi todos los países desarrollados. Implícitamente, la aparición del cártel requerirá de una serie

<sup>14</sup> Artículos 40 y 41 del Proyecto de Directiva sobre grupos de sociedades.

<sup>15</sup> L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, MTSS, 1986, pág. 12.

<sup>16</sup> R. URÍA, *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, págs. 618 a 620.

de condiciones como, por ejemplo, que el número de empresas operantes sea un número reducido y que la situación sea de auténtico oligopolio porque lo que en definitiva pretende esta forma de agrupación es dominar de una forma monopolística el mercado. En la práctica se representan múltiples formas de cártel <sup>17</sup> pero todas ellas tienden a conseguir expulsar del mercado o impedir su acceso a él a gran parte de las empresas competidoras, llegando a tener, en ocasiones, un grado de organización capaz de crear un fondo común con los beneficios de todas y cada una de las empresas agrupadas, para proceder a un ulterior reparto de acuerdo con las condiciones pactadas y en función de la adaptación de la actividad de cada empresa a lo estipulado inicialmente.

La unión no contractual se efectúa a través de la figura del *holding*, precedida por la primitiva fórmula del trust y en proceso de superación por un modelo más desarrollado, representado por las sociedades de cartera o de inversión. Mediante la figura del *holding*, una empresa -generalmente con forma societaria- compra acciones de otra u otras con el objeto de controlarlas por lo que el vínculo se genera a través de títulos de propiedad. En este caso la naturaleza del vínculo no es, por tanto, obligacional sino real. De ahí que se defina el *holding* como «la agrupación de empresas que resulta de la titularidad por una sociedad de las acciones o participaciones de otra, de manera que tiene el control sobre ella o simplemente una influencia relevante que puede ser recíproca» <sup>18</sup>. Se trata de un sistema basado en mecanismos claros de subordinación y que presupone el sometimiento de las empresas agrupadas a una dirección única. Constituye, por lo demás, uno de los mecanismos más frecuentes y flexibles de constitución de grupos y puede ser originario (desde la constitución) o sobrevenido (por compra posterior de acciones) y hacerse o deshacerse mediante la simple adquisición o venta de acciones. Podrá existir una organización en cadena o en forma de pirámide o de cualquier otro tipo pero siempre bajo un control o dominio de la sociedad matriz sobre las filiales. Para ello se utiliza una vía ciertamente efectiva, la de hacer partícipes a unas sociedades en el capital de otras en la medida necesaria para imponerles una dirección unitaria en el desarrollo de su actividad. Por las relaciones que mantienen entre sí las sociedades agrupadas por participación cabe distinguir entre grupos de «participación directa» o «indirecta». En el primer caso, la empresa dominante participa en el capital de una o varias subsidiarias o filiales sin empresas intermediarias. Estos grupos pueden tener carácter simple o radial (la *holding* o sociedad dominante participa ella sola en el capital de cada filial, junto a otro capital extraño). La participación indirecta se produce cuando una sociedad dominante, además de participar directamente en otra u otras sociedades subsidiarias participa a través de éstas, que se convierten en subtenedoras, en otras empresas o sociedades. La participación indirecta se conoce también como «participación piramidal» (la participación y el control se ejercita escalonadamente de la principal a las empresas filiales) y puede ser, como en el caso

<sup>17</sup> Los cárteles de racionalización (acuerdos en atención a la aplicación de normas de carácter técnico, comercial o de organización), para reajustes estructurales (cuando el exceso de capacidad productiva llega a ser antieconómico), de exportación (para fomentar la exportación), de importación (importaciones procedentes de mercados extranjeros en los que no existe libre competencia) o la cartelización de sectores deprimidos (respecto de prácticas que produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de sectores deprimidos), *apud* R. TAMAMES, *La lucha contra los monopolios...*, *op. cit.*, págs. 275 a 277.

<sup>18</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, McGraw-Hill, 1999 (22.ª ed.), vol. I, pág. 583.



anterior, simple o radial. Cabe asimismo la «participación recíproca», supuesto de «participación circular» (mediante participaciones recíprocas) que recibe la denominación de «participación recíproca combinada» cuando una sociedad participa mayoritariamente en otra que, a su vez, es titular de una participación simple en la primera <sup>19</sup>.

Como una modalidad de *holding* más, existe un caso extremo que se plantea cuando una sociedad tiene la totalidad de las acciones de otra, aunque para dominarla bastare con un porcentaje inferior. Conocida con múltiples denominaciones como «filial común», «multidependiente», «coparticipada», «joint-venture» o «sociedad multigrupos» se caracteriza por constituir una filial común para varias empresas del grupo <sup>20</sup>. A través de la misma una o varias empresas integrantes del grupo, diversificándose la figura de la sociedad matriz, controlan a una o varias sociedades del grupo, intensificándose el número de sociedades dominadas. El control de la filial común se lleva a cabo conjuntamente por dos o más empresas o grupos de empresas, de forma paritaria o no, según cada caso. De ahí que esta figura se defina como la que representa a «aquellas empresas que se encuentran sometidas al control conjunto de dos o más empresas económicamente independientes unas de otras» <sup>21</sup>. En las filiales comunes el control exclusivo permite a quien lo posee influir de forma decisiva en las decisiones que adopte el sujeto controlado. Se trata de sociedades cuyos socios suelen ser otras sociedades o entidades, normalmente pertenecientes a grupos de empresas, que crean una nueva estructura corporativa a fin de encauzar jurídicamente una cooperación estable en un determinado sector de la actividad o respecto de un concreto negocio o en relación a un específico ámbito territorial. Si la sociedad común se basa en un contrato o se trata de una sociedad participada exclusivamente por otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, las partes además de ser muy estables, conocen plenamente el alcance jurídico de cada una de las cláusulas estatutarias en que autorregulan su compromiso de colaboración. Por el contrario, una filial común constituida por pequeñas empresas en las que el nivel de información jurídica no es tan amplio, puede tener más dificultad para identificar cuál es el grado de responsabilidad que asume cada empresa que se agrupa <sup>22</sup>. En todo caso, la presencia en el mercado de las «joint-venture» se justifica a fin de conseguir menores costes de administración de la sociedad participada, al reducirse los derivados del cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley.

<sup>19</sup> J. JORDANO PÉREZ, «Tipología de los grupos de empresa», *Boletín de Estudios Económicos*, núm.145, 1992, pág. 57.

<sup>20</sup> Y ampliamente regulada en el Reglamento 1310/1997, 30 junio, DOCE núm. L 180, 9 julio, por el que se modifica el Reglamento 4064/1989 sobre el control de operaciones de concentración de empresas. En atención al mismo cabe distinguir entre empresas que incorporan actividades previamente desarrolladas por empresas matrices, supuestos en los que la empresa común es la empresa que emprende nuevas actividades en nombre de las empresas matrices, empresas comunes que entran en el mercado de actividades de las empresas matrices y, por último, empresas comunes que actúan en mercados próximos, ascendentes o descendentes a los de las sociedades creadoras.

<sup>21</sup> La noción se deduce claramente de la Comunicación de la Comisión de 16 febrero 1993, DOCE C-43, 16 febrero 1993, en relación con el Reglamento 4064/1989, 21 diciembre 1989, sobre el control de operaciones de concentración entre empresas, DOCE, L. 395, 30 diciembre 1989.

<sup>22</sup> J.I. RUIZ PERIS, «Desregulación en el derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiações comunes y las sociedades intergrupo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 226, 1997, pág. 1.818.

C. El grupo de empresas constituye una forma de concentración empresarial. No en vano, se trata de una unión de empresas en la que cada una de ellas conserva, al menos formalmente, la independencia jurídica, aun cuando pierdan en mayor o menor medida su autonomía económica. Una manifestación «centrífuga» del proceso de modificación del poder de decisión económica de las empresas -creación del grupo de empresas a través de filiales y sociedades en participación- en contraposición de la manifestación «centrípeta» que suponen las absorciones o fusiones empresariales <sup>23</sup>. Dos modelos distintos de concentración, prevaleciendo en uno la utilización de una «gran empresa colectiva unitaria», como podría ser definida la fusión, y primando en otro la «gran empresa colectiva articulada», cual es el grupo de empresas. Tanto si se realiza mediante la desaparición de la personalidad jurídica de estas últimas -fusión- como si se efectúa sin que proceda dicha desaparición -grupo de empresas-, la concentración origina la creación de una nueva entidad, de una nueva empresa como consecuencia de la agrupación empresarial. Y esa nueva realidad, identificada por intereses distintos al de las empresas que la componen, exige de una atención especial por parte de los ordenamientos nacionales e internacionales que se verán obligados a resolver los conflictos de intereses concurrentes entre la nueva realidad de la «empresa agrupada» y la antigua realidad de la «empresa individual».

Dentro del concepto de grupo de empresas cabe diferenciar al grupo de empresas-gran empresa unitaria del grupo de empresas-empresa de grupo <sup>24</sup>. Constituye la primera un auténtico ejemplo de concentración empresarial mientras que la segunda representa un supuesto de colaboración empresarial en tanto la relación de dependencia en el mismo resulta inexistente. En el primer caso, la confusión de los intereses y objetivos de las empresas que integran el grupo diluye la autonomía de las mismas; en el segundo, la individualización de cada empresa relega el interés de la unión empresarial que sólo a determinados fines, posiblemente de cooperación, resultará relevante. Con ser importantes ambos supuestos, este último suscita menor complejidad por cuanto la identidad y autonomía de cada una de las empresas que convergen en el grupo queda garantizada y la relación que se establezca entre empresas será del mismo tenor que la que pueda plantearse entre aquellas que no cooperen en ningún grupo, esto es, en la empresa individual y no grupal. La realidad presenta, sin embargo, numerosos ejemplos del primero de los supuestos, esto es, grupos fuertemente centralizados en los que se observa la dificultad para que las empresas unitarias que lo componen se doten de un esquema funcional descentralizado lo que contribuye, sin duda, a hacer más complejo y, en la mayor parte de los supuestos conflictivos de los que conocen los tribunales, a confundir el tratamiento de esta figura. Mas, en puridad, el grupo de empresas se caracteriza principalmente por representar la agrupación o unión de diferentes empresas con un fin común y, por tanto, la atención ha de centrarse principalmente, en lo que a este estudio se refiere, sobre el grupo-gran empresa unitaria más que sobre el grupo-empresa de grupo, por lo que, salvo referencias expresas, este análisis reparará en aquél básicamente.

<sup>23</sup> J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, «La temática laboral del grupo de empresas», en B.M. CREMADES PASTOR, *Empresas multinacionales y derecho español*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1977, pág. 776.

<sup>24</sup> C. MOLINA NAVARRETE, *El Derecho nuevo de los grupos de empresas*, Madrid, *Ibidem*, 1997, pág. 38.

En todo caso, el grupo de empresas aparece definido por una serie de rasgos caracterizadores. En primer lugar destaca la concurrencia de varias empresas, generalmente sociedades, integradas todas ellas bajo una dirección única, regida por la unidad económica, pero sin perder cada una su independencia jurídica. El grupo, sin embargo, no tiene personalidad jurídica propia; se crea una nueva realidad pero no se le dota de personalidad jurídica lo que limita considerablemente la actuación del grupo en el tráfico jurídico, siendo tratado como una entidad sin personalidad jurídica. Bajo una rígida disciplina unitaria se unifican multitud de empresas en los grupos que son independientes cada una con su propia personalidad, pero pertenecientes a una o a las mismas personas. A la pluralidad de componentes con personalidad jurídica y a la inexistencia de personalidad jurídica propia del grupo hay que añadir como rasgo definidor, en segundo lugar, el sometimiento a una dirección unitaria y la integración en una unidad más grande que la propia. La unidad económica se manifiesta a través de diferentes elementos como la comunidad de intereses, identidad de dirección, interacción de capitales, participación en acciones, organigramas empresariales compartidos, comunidad en servicios financieros, etc. Por su parte, la existencia de una dirección unitaria tiene como exponente principal la capacidad de control de una o varias empresas dependientes, hijas o filiales, por otra dominante, madre o matriz a través de las técnicas jurídicas ya expuestas. El control supone la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa y, en particular, sobre el derecho de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de la empresa o sobre los derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos empresariales <sup>25</sup>. El elemento definidor del grupo de empresas no es otro, por tanto, que el de la concentración en la adopción de decisiones en un único órgano aun cuando exista un conjunto de empresas estructurado bajo esa unidad. Una unidad de decisión que se circunscribe, básicamente, a una unidad de administración, esto es, la capacidad potencial de influir en la gestión de las empresas integradas y una unidad de valor que se produce por el conjunto del grupo que sirve para superar la adición de patrimonio y rentabilidades de cada unión empresarial <sup>26</sup>. A ello habría que añadir como elemento delimitador, en tercer lugar, un rasgo que cada vez se aprecia con mayor rotundidad en los grupos de empresas como es el de la vinculación entre las plantillas de las empresas que componen el grupo. Si bien no se reconoce explícitamente como un rasgo determinante, la traslación al ámbito laboral de todos los elementos expuestos obliga a aceptar esta plantilla común como un rasgo más. La comunicación de plantilla representa, no en vano, a un colectivo de trabajadores que presta sus servicios para un empleador plural.

Con todo, una de las principales dificultades del grupo radica en su diferenciación respecto de figuras afines que constituyen asimismo una manifestación más o menos evidente de concentración empresarial. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de la agrupación de interés económico (AIE), figura de naturaleza societaria creada para facilitar la colaboración interempresarial, en especial entre las pequeñas y medianas empresas. Rige en su constitución, que se hace en forma de sociedad, el principio de coordinación y se identifica por el interés de facilitar o desarrollar la actividad

<sup>25</sup> Definición recogida por el Reglamento 4064/89 del Consejo, 21 diciembre 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (modificado por el Reglamento 1310/1997, 30 junio, DOCE núm. L 180, 9 julio).

<sup>26</sup> J. ARAGÓN MEDINA, «Los grupos de empresas como unidad económica dominante», en AAVV, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, págs. 25 y 26.

económica de sus miembros para lo que dispone de personalidad jurídica. De ahí que se defina, en función de estos parámetros generales, como «la sociedad mercantil carente de ánimo de lucro que tiene por finalidad el facilitar los resultados de la actividad económica auxiliar y diversa de la de las sociedades que la integran»<sup>27</sup>. Por su parte, la Unión Temporal de Empresas (UTE), otra de las figuras afines a los grupos, se caracteriza principalmente por la duración definida y, por tanto, limitada en el tiempo o transitoria de su actuación en el mercado. Como en el supuesto de la AIE prima la actuación independiente y autónoma de cada una de las empresas que se agrupan bien que durante un plazo concreto y tan sólo con un carácter circunstancial, esto es, para la realización de una actuación conjunta o en colaboración. Esta agrupación temporal hace surgir una nueva empresa autónoma que actúa con unidad de dirección y bajo una denominación distinta a la de las empresas agrupadas y definida por la transitoriedad de la coincidencia y por la independencia y autonomía de los empresarios. Mención especial merece en esta delimitación la comunidad de bienes que, en muchas ocasiones -nuestro ordenamiento laboral puede servir de ejemplo- ha resultado ser el cauce de identificación del grupo de empresas. La comunidad de bienes acoge a todas las agrupaciones sin personalidad, de personas naturales o jurídicas, temporales o permanentes y, por tanto, también al grupo de empresas en aquellos ordenamientos en los que éste carezca de personalidad jurídica. Se trata de una fórmula amplia y genérica que hay que entender referida a cualquier tipo de agrupación carente de personalidad jurídica, sin apreciar exclusión alguna.

El grupo de empresas y la AIE se diferencian básicamente en que esta última constituye una agrupación voluntaria de personas con una relación horizontal y no de subordinación, adquiriendo personalidad jurídica propia de la que carece el grupo en el que predomina, por lo demás, una vinculación por subordinación y con el sometimiento a una dirección única. Y si bien el grupo se caracteriza por ser un agrupación de carácter vertical, casi piramidal, de las empresas que lo componen sometidas por una relación de dominación y dependencia, en la AIE prevalece una relación de horizontalidad en la que no sólo no se constata jerarquía o dependencia alguna entre las sociedades que la integran sino que prima la autonomía y el desarrollo independiente de cada una de las sociedades agrupadas únicamente con la finalidad de operar de forma más eficiente en el mercado. Por lo que respecta a la diferencia entre la UTE y el grupo de empresas y pese a la ausencia de personalidad jurídica en ambos casos, la diferencia principal estriba en el carácter temporal de la primera y la vocación indefinida del segundo. Los titulares de la UTE tienen como objetivo principal el de actuar independiente y autónomamente en el mercado, aunque circunstancialmente coincidan en la realización conjunta o en colaboración de una obra o servicio determinado. Por contra, la vocación de actuación del grupo de empresas es conjunta y de forma permanente. En este último supuesto prevalece la dominación con carácter permanente, en aquél la igualdad entre las empresas integrantes. Por su parte, la diferencia con la comunidad de bienes se hace más difícil de anotar cuando, como se apuntó, precisamente ha sido ésta la forma de canalizar la presencia de los grupos de empresa en algunos ordenamientos. Con todo, en el grupo de empresas, a diferencia de la comunidad de bienes, las empresas conservan, al menos formalmente, su independencia jurídica aun cuando el sometimiento a una dirección unitaria marque la desaparición de su independencia económica, neutralizando, en un complejo proceso de reciprocidad manifiesta, la autonomía jurídica.

<sup>27</sup> Por todos, A.L. MONGE GIL, *Las agrupaciones de interés económico*, Madrid, Tecnos, 1993.

D. La actuación en la realidad económica del grupo de empresas no ha tenido un reconocimiento paralelo en el ámbito jurídico, provocando una nueva fisura entre el hecho y el derecho, hasta admitir que el grupo de empresas constituye una realidad económica mas no jurídica. Tan sólo se ha ocupado el Derecho de crear instrumentos que garanticen el control como operador económico del grupo de empresas con el confesado fin de no generar conductas que distorsionen la competencia. La actuación del grupo se garantiza, pues, dentro de la legalidad pero la ignorancia del mismo como institución económica y jurídica independiente a la de las empresas que lo integran permite adaptar esta legalidad a sus propios beneficios, haciendo prevalecer sus intereses sobre terceros, socios, acreedores y, en lo que más interesa a este análisis, sobre los intereses de los trabajadores afectados por la concentración empresarial. Esta anomia jurídica, incrementada por el hecho de la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del grupo de empresas, se traduce en una contradicción permanente: una realidad económica caracterizada por la unidad de decisión del grupo de empresas frente a una realidad jurídica definida por la prevalencia de la personalidad de cada empresa integrante del grupo con actuación formalmente independiente.

Con ese fin apuntado, el de controlar una práctica restrictiva de la competencia por parte de los grupos de empresas, nuestro ordenamiento ha elaborado una regulación del grupo de empresas, no general sino puntual y nada sistemática sino en función de la parcela del ordenamiento en que la misma se desarrolle. Ha sido el ordenamiento mercantil el que ha recogido una definición y una cierta «regulación común», irradiando sus efectos al resto del ordenamiento <sup>28</sup>. Siguiendo la tipología ya expuesta, las normas mercantiles distinguen entre los grupos contractuales y los grupos no contractuales. Para los grupos no contractuales la reforma parcial que la Ley 19/1989, 25 julio, BOE, 27, introduce en la legislación mercantil para adaptarla a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, establece en el CdC, entre otras modificaciones, una serie de amplias y minuciosas disposiciones, recogidas en los actuales artículos 42 y ss. del CdC a fin de regular la obligación de presentar la cuentas anuales consolidadas de todas las sociedades agrupadas. Esta obligación descansa sobre un presupuesto material cual es el dominio real y efectivo de una sociedad mercantil sobre otra u otras a través de la participación en sus respectivos capitales, en la cuantía necesaria para adquirir el predominio en los órganos sociales. De ahí que el CdC refiera la obligación de formular las cuentas consolidadas a toda sociedad mercantil que «siendo socia de otra sociedad» tenga en esta última,

<sup>28</sup> La regulación mercantil de los grupos de empresas ha de respetar las limitaciones impuestas a la concentración de empresas desde una triple perspectiva:

- a) intentando frenar las concentraciones monopolísticas y declarando nulos los convenios que generen prácticas restrictivas de la libre competencia [Ley 16/1989, 17 julio, BOE 18];
- b) facilitando y desarrollando la actividad económica de los miembros de las AIE [Ley 12/1991, 29 abril, BOE, 30]; y
- c) regulando las inversiones financieras intersocietarias y la consolidación de sus balances [arts. 42 y ss. CdC].

Nuestro país ha vivido durante mucho tiempo ajeno a las prácticas monopolísticas, por eso en la actualidad a través de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989 citada) la licitud de las uniones de sociedades esté condicionada según que la misma origine o no prácticas prohibidas por la norma. Es necesario conocer, a fin de aplicar la prohibición correspondiente, si tales prácticas tienen por objeto, producen o pueden producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. De ahí que la ley considere «nulos los convenios entre empresas así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas» (art. 1), sometiendo el fenómeno de la concentración de empresas a los controles estatales preceptivos [R. URÍA, *Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 623].

bien la mayoría de votos -o pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de votos- o bien la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración -o haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración- (art. 42.1 CdC). Por tanto, se exige como requisito imprescindible para determinar la existencia del grupo de empresas -grupo de sociedades, *ex art. 42 CdC*- que exista un dominio efectivo de una empresa sobre otra u otras, dominio sin el cual no cabrá admitir que exista grupo ni, por ende, obligación de consolidar las cuentas del mismo <sup>29</sup>. En esta relación es importante precisar dos añadidos. En primer lugar, que la formulación de cuentas consolidadas del grupo no exime a las sociedades integrantes de la presentación de sus propias cuentas anuales así como del informe de gestión correspondiente (art. 42.3 CdC). Por otro lado, la sociedad dominante del grupo deberá incluir en sus cuentas consolidadas no sólo a las sociedades directamente dominadas, sino también a las sucesivamente dominadas por éstas (art. 42.4 CdC), con las excepciones que expresamente contempla el artículo 43 del CdC. Con ello se observa que el dominio total del grupo existe si se demuestra la presencia de una concatenación de las sociedades agrupadas atribuida a la sociedad-madre dominante a través de las sociedades filiales. Por lo demás, la legislación mercantil se ocupa asimismo de todas aquellas manifestaciones más modernas de los grupos de empresa como las *joint-ventures* o sociedades multigrupos <sup>30</sup>.

En la actualidad, la realidad empresarial española se caracteriza por el predominio de estos grupos de participación financiera sobre los constituidos por la técnica contractual, de todo punto marginales, y prevalecen los de estructura piramidal sobre los de estructura radial o circular. Un tipo de unión que se perpetúa en la práctica por el afán de lograr una mayor flexibilidad de la conjunción financiera. No en vano, a través de esta vía se permite aumentar o disminuir el número de empresas o sociedades unidas mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones. Este sistema de vinculación ha permitido además desarrollar la adquisición o el fortalecimiento del control de una empresa determinada mediante la oferta pública de acciones en especiales condiciones y, en ocasiones, por un valor superior al de mercado. Destacan en nuestra realidad empresarial aquellos grupos que integran empresas públicas y cuyo principal objetivo es el de participar en el desarrollo de los sectores básicos; los grupos bancarios, cuya presencia, fruto de una reminiscencia histórica, y

<sup>29</sup> En las normas de elaboración de las cuentas anuales contenidas en el Plan General de Contabilidad (RD 1643/1990, 20 diciembre, BOE, 27) se considera que, a efectos de la presentación de las cuentas anuales de una empresa o sociedad, se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de dominio, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42.1 del CdC para los grupos de sociedades o cuando las empresas estén dominadas, directa o indirectamente, por una misma entidad o persona física (Norma 11.ª).

<sup>30</sup> El Real Decreto 1851/1991, 20 diciembre, BOE, 27 que desarrolla la regulación sobre las cuentas anuales consolidadas recoge, además del concepto de sociedad dominante o dominada reconocido en el artículo 42 del CdC, otros de significativo interés. En primer lugar, el de sociedad multigrupo, esto es, la gestionada por una o varias sociedades del grupo conjuntamente con otra u otras ajenas al mismo y conocida, como antes se apuntara, como «joint-venture». En segundo lugar, el de sociedad asociada, esto es, aquella no incluida en la consolidación en la que alguna o varias sociedades del grupo ejerzan una influencia notable. Y, por último, y en tercer lugar, la norma alude a la consolidación de los grupos de entidades financieras (RD 1343/1992, 6 noviembre, BOE, 7 diciembre) y de cooperativas (RD 1345/1992, 6 noviembre, BOE, 7 diciembre) aportando nuevos datos a este respecto.

posición de privilegio en el mercado, se perpetúa<sup>31</sup>; y aquellos grupos relacionados con capital familiar (March, Torras, El Corte Inglés, Campofrío, Pescanova, Larios, Ferrovial, etc.), a la cabeza en muchos casos de la producción global<sup>32</sup>. Algunos sectores se mantienen, de hecho, por la decisión de constituir un grupo de empresas, única fórmula que les permite ser competitivos en un sector en el que no consiguen consolidarse en el mercado. Así ocurre, por ejemplo, con las empresas de trabajo temporal que, de acuerdo con los últimos informes elaborados por los sindicatos, resultan competitivas si se integran en grupos ya constituidos o tras constituir uno propio con otras empresas, y de entre ellos tan sólo se han consolidado los diez más importantes<sup>33</sup>.

### 3. La anomia laboral del grupo de empresas.

A. Ni las variaciones en el contexto económico expuestas ni las modificaciones en el proceso productivo consideradas han logrado sensibilizar al legislador laboral, anclado aún en un concepto de empleador, titular de la empresa individual. Pero el margen de maniobra del empleador, a raíz de las transformaciones reseñadas, crece hasta el punto de poder eludir fácilmente una norma laboral prevista para un modelo de empresa individual tipo, hoy desfasado. Buena muestra de ello es la capacidad que los grupos de empresas tienen para presentarse en la realidad socioeconómica como empleadores, resultando insuficiente aquel concepto tradicional y, en gran medida, consintiendo la adaptación, dudosa en la mayor parte de las ocasiones, de la norma laboral a sus necesidades. El mantenimiento de una personalidad jurídica diferenciada para cada empresa pese a la concentración que se produce a través del grupo va a derivar, en el ámbito laboral, en una fragmentación de las relaciones laborales tanto individuales como colectivas y, por ende, en la paradoja de que una misma unidad económica y de decisión del grupo no se refleja en una paralela unidad jurídica en las decisiones laborales, adoptadas por una pluralidad de empleadores. Un distanciamiento que se traduce en una aplicación disfuncional de la norma laboral cuando sindicatos y trabajadores encuentran serias dificultades -en ocasiones, la imposibilidad- de negociar o dirigir sus reclamaciones al empleador real -el grupo de empresas-, oculto tras el empresario de derecho o formal -la empresa individual-.

La mayor parte de conflictos surgen porque el grupo de empresas se muestra en la realidad laboral no como un empleador sino como un grupo de empleadores. La aceptación de que el grupo, pese a la pluralidad de empresas, se manifiesta como una unidad económica no se traduce en el entendimiento de que el grupo, pese a la pluralidad de empleadores, ha de ser tratado ante la aplicación de la norma laboral como un único empleador. Y, en este punto, extraña la reticencia del legislador a hacer coincidir la realidad social con la realidad jurídica y su ausencia de interés por abordar este

<sup>31</sup> A. CUERVO, «Los grupos empresariales bancarios», *PEE*, núm. 49, 1991, pág. 242 y J.O. LLEBOT MAJO, *Grupos de entidades de crédito*, Madrid, Civitas, 1993.

<sup>32</sup> J. ARAGÓN MEDINA, «Los grupos de empresas como unidad económica dominante»..., *op. cit.*, especialmente págs. 42-47.

<sup>33</sup> Página web del sindicato Comisiones Obreras, Informe sobre «Empresas de Trabajo Temporal», abril de 1999.

problema en las últimas reformas de la LET -especialmente las de 1994 y 1997-, permitiendo que se sigan manteniendo numerosos conflictos judiciales que con una medida legal podrían ser evitados. Y no porque no se haya hecho alusión al grupo de empresas en algunas normas laborales<sup>34</sup>, sino porque ninguna de ellas, con la excepción de las que regulan la protección complementaria, tal y como se expondrá, han desarrollado la mera referencia aislada al grupo de empresas que las normas laborales realizan<sup>35</sup>. Dejando al margen el recurso a la comunidad de bienes del artículo 1.2 de la LET como forma de identificar al grupo de empresas como empleador, justificado pero insuficiente, de todas estas menciones normativas expresas al grupo, dos merecen ser destacadas especialmente. En primer lugar, la que las normas de empleo comenzaron haciendo (Ley 22/1992, 30 julio, BOE, 4 agosto y su precedente RD-L. 1/1992, 3 abril, BOE, 4) al grupo de empresas a fin de prohibir la concesión de ayudas a la contratación cuando los trabajadores hubiesen prestado servicios para el mismo. La Ley 22/1992 recurriría al concepto elaborado por el artículo 42 del CdC a efectos de la definición del grupo de empresas. Una mera remisión que no comportaba mucho más y que tras aquellas primeras manifestaciones ya no se ha mantenido en las sucesivas normas promocionales de la contratación. En segundo lugar, la trasposición comunitaria del grupo de empresas de dimensión comunitaria. La Ley 10/1997, 24 abril, BOE, 25 que reconoce los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y en los grupos de empresas de dimensión comunitaria, y que surge para trasponer la Directiva 94/45/CE sobre esta materia, define al grupo de empresas como el formado por «una empresa que ejerce el control y las empresas controladas». Para concretar lo que significa el ejercicio del control de una empresa sobre otra recurre, de nuevo, al artículo 42 del CdC. El interés, con todo, de esta norma queda relativizado porque inmediatamente después el concepto de grupo de empresas comienza a introducir elementos sobre su dimensión comunitaria (art. 3 Ley 10/1997), inaplicables si el grupo de empresas opera únicamente en el ámbito nacional. Con el concepto de grupo de empresas de dimensión comunitaria ha ocurrido, en gran medida, lo mismo que ocurriera con la SAE, viéndose frustrado todo intento de regulación común en los Estados miembros. Tan sólo cabe salvar la excepción de la representación colectiva en el ámbito comunitario a través del establecimiento de los Comités de Empresa Europeo que no sólo utilizan a la empresa de dimensión comunitaria como centro de imputación sino también, y sobre todo, a los grupos de empresa de dimensión comunitaria.

B. Esta anomia laboral de los grupos de empresa ha provocado un efecto contraproducente en la práctica. Y es que ha hecho prevalecer una asunción «patológica» del grupo de empresas o, lo que es lo mismo, el conocimiento por parte de nuestros tribunales de la actuación en fraude de ley del

<sup>34</sup> La alusión a la «reconversión del grupo de empresas» (Ley 27/1984, 26 julio, BOE, 28), la referencia al trasvase de los altos directivos a otra empresa que tenga con la principal «relaciones de grupo u otra forma asociativa similar» (RD 1382/1985, 1 agosto, BOE, 12), el reconocimiento de la capacidad para comparecer en juicio tanto a las comunidades de bienes como a los «grupos» (art. 16.5 LPL) o cuando el artículo 51 de la LET señala que la decisión relativa a los despidos colectivos puede haber sido adoptada por el empresario «o por la empresa que ejerza el control sobre él», son algunas de estas menciones.

<sup>35</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa», *Temas Laborales*, núm. 38, 1996, pág. 38.



grupo<sup>36</sup>. Con el fin de evitar que la aplicación de la norma se realice mediante abuso de derecho, fraude de ley o conductas simulatorias, los tribunales han optado por crear una jurisprudencia basada en una serie de indicios a fin de descubrir al grupo de empresas empleador que oculta su condición presentando a las empresas que integran el mismo como tales. Debido a la ausencia de solución legal, no sorprende que los tribunales del orden social se hayan planteado si ante conflictos con los grupos de empresa, quien adquiere la condición de empleador es aquel que contrata o que utiliza los servicios del trabajador o lo es el grupo. Para atribuir dicha condición al grupo se requiere que sea él quien reciba los servicios prestados y no la empresa integrante del mismo<sup>37</sup>. Pero esta conclusión exige superar la tradicional noción personalista de la figura del empleador a la que antes se aludiera, sustituyéndola o completándola por la de centro de decisión o dirección unitaria en el ámbito del grupo con sometimiento a una unidad de dirección, reflejo del interés común del mismo. Frente a un criterio tradicional que atribuye la cualidad de empresario a la persona física o jurídica, contraparte contractual acreedora y receptora del trabajo y que dirige y organiza el proceso productivo y al cual los trabajadores se hallan subordinados, se impone la apreciación de un concepto plural de empleador.

Desde una perspectiva no personalista o no formalista, la condición de empleador resulta de la titularidad real del conjunto de las empresas agrupadas mediante su determinación con la ayuda de criterios económicos y jurídicos y su atribución a quien realmente ejerce las facultades inherentes a tal condición por encima de la adscripción formal del trabajador a una de las empresas agrupadas. No en vano, quien demuestra el poder de decisión es quien tiene a su vez el poder de dirección y organización del conjunto empresarial<sup>38</sup>. De ahí que los cambios de orden económico, técnicos, productivos o de organización, tan importantes a efectos laborales, hayan de atender al conjunto empresarial que forma el grupo de empresas, resultando excesivamente simple y, como tal, insuficiente la atención de las empresas individuales. En el caso del grupo de empresas, la relación de subordinación, la comunidad de intereses y la dirección unitaria ponen de manifiesto la existencia

<sup>36</sup> Las principales reseñas jurisprudenciales en esta materia son las proporcionadas por J. GARCÍA TENA y F. ALARCÓN BEIRA, F., «Grupo de empresas (I y II)», *RL*, 1997, t. I, págs. 963-1.006; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, «Relación laboral y grupo de empresas en la jurisprudencia», *AAVV, X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Trotta, 1992, págs. 325-334; A.J. VALVERDE ASENCIO, «Los supuestos de grupos de empresa en la jurisprudencia más reciente: reflexiones críticas», *RTSS-Estudios Financieros*, núm. 189, 1998, págs. 67-94; N. MORENO VIDA, «Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el derecho del trabajo», *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, págs. 63-80, entre otros y A. PEDRAJAS MORENO, «Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa», *AAVV, Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Borrajo Dacruz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 227-269.

<sup>37</sup> Ha de atribuirse así la condición de empresario a quien dirige y posee las empresas y de ellas se sirve a los fines de la relación de trabajo creada (STC 46/1983, 27 mayo, BOE, 17 junio). «La legitimidad de la sociedad (empresa) como núcleo de imputación de derechos y obligaciones, derivado de la atribución de personalidad jurídica, se evapora cuando, quienes la rigen de hecho actúan en forma que desconoce esa misma imputación, con repercusión en las relaciones laborales formalmente adscritas a la misma... La actuación con doble vara de medir (personalidad para dar, grupo para recibir) no se atiene a los cánones que imperan en nuestro ordenamiento jurídico» (STSJ País Vasco 21 marzo 1994, Ar. 973).

<sup>38</sup> D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Grapheus, 1992, pág. 388.

de una única empresa en la actuación socio-laboral. Por lo tanto, la prestación de servicios a una de las empresas lo es al conjunto de las mismas por cuanto traslativamente la prestación de servicios revierte a cada una de las empresas agrupadas. En los grupos por subordinación, la vinculación bajo la dirección de la empresa dominante califica al titular de ésta como empleador responsable de todos los trabajadores contratados por las empresas dependientes<sup>39</sup>, resultando patente la máxima en virtud de la cual «la contratación no confiere necesariamente la cualidad de empleador a quien contrata»<sup>40</sup>. Al margen de la formalización del contrato de trabajo, posible de forma tácita *ex* artículo 8.1 de la LET, el empleador es quien recibe la prestación de servicios del trabajador, quien dirige y ordena la actividad y el que asume el riesgo de la empresa. En Derecho del Trabajo tan titular de la posición de empleador es la sociedad como las personas físicas que se ocultan en ella por cuanto la personalidad societaria es una forma de organizar las relaciones patrimoniales, una técnica de organización colectiva de titularidades individuales. Por eso se considera empleador a aquella persona o ente a quien, como consecuencia del contrato de trabajo, se presta el servicio correspondiente, haciendo suyos los frutos y responsabilidades resultantes. Ésta es la base que servirá, por ejemplo, para apreciar la condición de empleador del grupo incluso respecto de aquellos trabajadores que no prestan sus servicios a todas las empresas del mismo sino tan sólo a una de ellas puesto que las demás son mediatamente receptoras y beneficiarias de los frutos del trabajo, al ser cada una de las empresas coligadas un establecimiento o unidad técnica de una misma organización descentralizada. El sometimiento del trabajador a la dirección y organización de los demás titulares concurre paralelamente a través de la dirección unitaria mediante la subordinación a la dirección única de la empresa dominante. Empleador es «quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios»<sup>41</sup>. A tal fin, la entidad sin personalidad jurídica que supone el grupo no puede actuar como empleador que no lo es, eludiendo la aplicación de la norma laboral y trasladando los efectos de la misma a los empleadores individuales que integran el grupo. Ahora bien, con esta conclusión se llega a otra más ambiciosa y es que si el grupo es el empleador real y, por lo tanto, el sujeto responsable frente a posibles reclamaciones de los trabajadores, también es el ámbito en el que pueden ejercitarse determinados poderes propios del empresario y el contexto en el que deben valorarse determinadas obligaciones del trabajador para con la empresa<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Como con claridad se ha puesto de manifiesto hace ya algunas décadas, el «Derecho del Trabajo no está hecho para la extraordinaria movilidad del capital que se inviste y desinviste con rapidez y frecuencia, con reestructuraciones constantes», *apud* G. LYON-CAEN, *Droit Social*, París, Dalloz, 1980, pág. 77.

<sup>40</sup> I. VACARIE, «Groupes de Sociétés et relations individuelles de Travail», *DS*, núm. 1, 1975, pág. 25.

<sup>41</sup> STS 31 enero 1991, Ar. 200. La prestación de servicios a un «conglomerado empresarial» impone el reconocimiento de una real unidad empresarial por encima de la adscripción jurídico formal que un trabajador tenga a la empresa que le contrató originariamente o a la empresa que le sigue abonando su salario en defensa de los intereses legítimos de dicho trabajador [STS 4 mayo 1990, Ar. 3.960].

<sup>42</sup> J. GARCÍA MURCIA, «Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresa», *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, pág. 10. Unas veces por considerar que ha de reconocerse una «única relación de trabajo, que no se escinde por la existencia de varios empresarios» [SSTS 6 mayo 1981, Ar. 2.103 y 4 marzo 1985, Ar. 1.270] y otras por entender que existe un «empresario único, más allá de la apariencia de posiciones empresariales distintas [SSTS 11 diciembre 1985, Ar. 6.094 y 12 julio 1988, Ar. 5.802], se impone la inclusión del trabajador en una organización compleja que puede depurar la asunción de una responsabilidad mayor de la inicialmente prevista al constituir la relación laboral.

C. La falta de una regulación específica del grupo de empresas como empleador en el ordenamiento laboral no se ha traducido en un desinterés de nuestros tribunales por dicha figura. Bien al contrario, ha sido la praxis judicial la que ha elaborado toda una «doctrina jurisprudencial laboral» del grupo de empresas, superando la laguna e imprecisión de los textos legislativos<sup>43</sup>. Se trata además de un fenómeno específico que no se observa en otros sectores del ordenamiento si referido a los grupos de empresas. En otras parcelas distintas al Derecho del Trabajo, los tribunales se contentan con constatar la existencia del grupo y la correlativa ausencia de una regulación como tal. Un tratamiento que obliga a utilizar diferentes conceptos de grupo de empresas según la norma a aplicar o según el sector del ordenamiento en el que haya de ser resuelto el conflicto que se plantee, lo que conduce, a su vez, a una fragmentación de su régimen jurídico no siempre subsumible en la garantía constitucional de seguridad jurídica<sup>44</sup>. Con este fin se acude de forma recurrente a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, no prevista para supuestos como el de los grupos de empresa en los que precisamente la personalidad jurídica no existe<sup>45</sup>. Por lo demás, la tipificación plural que se expusiera sobre los mismos, impide lograr una generalización deseable a efectos de una mejor comprensión de la figura del grupo de empresas como empleador ya que su tratamiento se efectúa desde una perspectiva de fraude de ley y, por tanto, considerando su actuación como una vía para relajar las exigencias laborales<sup>46</sup>.

Dos razones fundamentales han obligado a intervenir con un protagonismo cuasi único al Tribunal Supremo en la delimitación de los criterios definidores del grupo de empresas. Por una parte, la inexistencia de previsión legal más detallada de una figura que opera cada vez con más fuerza en el tráfico jurídico y que plantea numerosos conflictos y, por otra y en concreto, la solución de los aspectos laborales que conducen básicamente a la depuración de responsabilidad en el incumplimiento de la obligación laboral. Parte dicho Tribunal de una premisa inicial como es el principio general de la independencia y no comunicación entre las empresas integradas en un grupo, dotadas

<sup>43</sup> Por todos, L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades...*, op. cit. y «La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades», en AAVV, *Aspectos laborales de los grupos de empresa*, Madrid, CGPJ, 1994, págs. 7-40. Vid asimismo, J.M. EMBID IRUJO, «Los grupos de sociedades en derecho español», en AAVV, *Aspectos laborales de los grupos de empresa*, Madrid, CGPJ, 1994, pág. 145.

<sup>44</sup> «La concepción iuslaboralista de empresario no admite parangón con la propia del Derecho Mercantil, pues mientras ésta atiende a una realidad multifactorial, la primera pone su énfasis en la prestación de servicios. Y así como desde el rigor jurídico-mercantil es difícilmente inteligible la existencia de un empresario (individual o social) sin el esencial atributo de la personalidad jurídica, es el referido acento puesto por el derecho laboral en la relación de trabajo lo que da sentido a la amplitud con que el artículo 1.2 ET reconoce al empresario, superponible en realidad a la de empleador, pues es este factor -la relación de empleo- lo que lleva a la noción de empresario» [STSJ Cataluña 15 diciembre 1993, Ar. 303].

<sup>45</sup> R. DE ÁNGEL, *La doctrina del levantamiento del velo en la reciente jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1991 y C. BOLDO RODA, *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

<sup>46</sup> «Las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas, no son siempre las mismas dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajo y del aspecto de ésta afectado por el fenómeno de la pluralidad (real o ficticia) de empresarios» [SSTSJ Cataluña 1 junio 1996, Ar. 3.350 y 8 enero 1998, Ar. 459].

de personalidad propia<sup>47</sup>. La solución puede ser distinta sólo si se acredita la existencia de un abuso de derecho o de un fraude de ley, accediendo los tribunales a levantar el velo de la personalidad jurídica y extendiendo las responsabilidades empresariales más allá de la empresa contratante -al modo en que opera la legislación laboral en supuestos como los arts. 42, 43 y 44 LET-, cuando concurren determinadas circunstancias, en especial, la presencia de una organización única y de un patrimonio único. La prueba de que se trata de una ficción legal articulada para conseguir un uso fraudulento de la normativa laboral, *ex* artículo 6.4 CC, o el abuso de la independencia de cada empresa, *ex* artículo 7.2 CC, con el fin de provocar un daño ajeno o vulnerar derechos de terceros a través de un ejercicio antisocial del derecho, justifica levantamiento del velo del grupo de empresas. Si la responsabilidad se imputa al grupo y, por tanto, solidariamente a las empresas que lo componen, resulta imprescindible designar una serie de elementos que diferencien al grupo como ente autónomo de imputación que sobresale por encima de la entidad de cada empresa concreta que lo integra<sup>48</sup>, posibilitando de esta forma la aplicación de la teoría ya consolidada del empleador aparente<sup>49</sup>. Se trata, no en vano, de una situación en la que varias empresas, siendo autónomas en sentido jurídico, actúan en el tráfico jurídico-económico como una sola empresa especialmente frente a los trabajadores que en realidad prestan servicios por cuenta y dentro del ámbito de dirección y organización del centro de decisión del grupo económico o financiero<sup>50</sup>. Esta teoría queda plenamente desvirtuada cuando se produce una presentación externa como única empresa del grupo de empresas. La actuación ante terceros como unidad contribuye a crear no sólo la apariencia de que se trata de un todo unitario sino la confianza de que al entablar relaciones con una de las empresas integradas en el grupo se está haciendo también con este último al ser aquélla un componente más del mismo. Para aceptar tal apariencia como criterio definidor del grupo resulta condición *sine qua non* que la apariencia unitaria haya sido voluntariamente creada -atendiendo al mismo domicilio, a la misma administración, a una gerencia o a una dirección de personal común, a un único Convenio Colectivo, a los mismos representantes sindicales, a un Presidente del Consejo de Administración que asume la dirección y gobierno de todas las empresas integrantes del grupo, etc-, de modo tal que sea imputable a la empresa que genera esta confianza los efectos derivados de la misma en atención a su propia conducta<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> SSTS 23 junio 1983, Ar. 3.043 y 3 marzo 1984, Ar. 1.512 y, más recientemente, 30 enero 1990, Ar. 233 y 3 mayo 1990, Ar. 3.946. Hace falta que «el nexo o vinculación reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en este ámbito de relaciones». El hecho de que «una empresa tenga acciones en otra (o que varias empresas) lleven a cabo una política económica de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales» [SSTS 23 junio 1983, Ar. 3.043 y 3 mayo 1990, Ar. 3.946]. Admitiendo algunos Tribunales que «las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresa no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo» [STSJ Cataluña 17 junio 1997, Ar. 2.459]

<sup>48</sup> STS 30 junio 1993, Ar. 4.939. *Vid* el comentario de L.J. DUEÑAS HERRERO, «El grupo de empresas y la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993», *RL*, t. II, 1995, págs. 565-580.

<sup>49</sup> SSTS 5 enero 1968, Ar. 126, 12 noviembre 1974, Ar. 4.050, 8 octubre 1987, Ar. 6.973, 10 noviembre 1987, Ar. 7.838, 31 mayo 1988, Ar. 4.681, 8 junio 1988, Ar. 5.256, 12 julio 1988, Ar. 5.802 y 22 diciembre 1989, Ar. 9.073, entre otras. Sobre la aplicación de esta teoría en el ámbito laboral, *vid* J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El empresario aparente*, Madrid, Civitas, 1992.

<sup>50</sup> Teoría ya utilizada por E. PÉREZ BOTIJA, «Notas sobre el concepto de empresa. Su especial consideración en el Derecho del Trabajo», *RDM*, núm. 13, 1984, pág. 37.

<sup>51</sup> L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades...*, *op. cit.*, en especial, pág. 103.

Indicios como la confusión de patrimonios sociales y la confusión de plantillas, la dirección unitaria y una política común de personal sirven también para identificar al grupo de empresas como empleador. La existencia de una caja única predetermina la presencia del grupo de empresas como empresa única y, por ende, como empleador unitario <sup>52</sup>. Del mismo modo, la presencia de una plantilla única, basada en la prestación de servicios indiferenciada por parte de los trabajadores a cualquier empresa integrante del grupo, se muestra como criterio determinante para considerar a éste como empleador único. Si se comprueba la existencia de vínculos entre las diferentes empresas y se acredita la prestación indiferenciada de servicios para estas últimas, la acepción objetiva del concepto de empresa obliga a considerar a esta organización unitaria, generadora de empleo y bajo un poder de dirección que utiliza a sus trabajadores y a los medios materiales adecuados para el desarrollo de una actividad productiva o de servicios, como empleador, aun cuando el sujeto titular sea plural y no individual <sup>53</sup>. A ello responde la presencia de una dirección unitaria y una política común de personal. Si cada empresa opera en todos los órdenes con independencia de las demás, no obstante la conexión del vínculo constituido por su pertenencia al grupo, la responsabilidad de su actuación se circunscribirá a su sola actuación. Pero si se atraviesan las fronteras individuales de cada una de las empresas -principal símbolo de independencia-, la actuación deviene en una actuación conjunta, bajo unos mismos dictados, a través de idénticas coordenadas y, por tanto, ante la presencia de un único órgano de gobierno o rector. En este último caso, la existencia de un único empleador a efectos laborales resulta incuestionable y surge como consecuencia de la asunción por parte de todas las empresas de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo.

La dirección unitaria y el grupo de empresas como realidad operante han de tener como presupuesto de partida ineludible la plena competencia para decidir no sólo sobre el control y gestión de los movimientos financieros sino sobre la política de personal, esto es, sobre la posibilidad de controlar la contratación y la actividad de los trabajadores que participan en la actividad productiva del grupo <sup>54</sup>. El grupo de empresas, tendente a conseguir una organización más flexible de su producción, utiliza todos los recursos económicos de que dispone, «entre ellos, el trabajo» <sup>55</sup>. La superposición de titularidades jurídicas y la comunidad de objetivos económicos, y dentro de los mismos de personal, que caracteriza al grupo de empresas permite considerar a este último como una real situación asociativa, una unión de hecho entre empresas, determinante para la delimitación de la figura del empleador laboral. En definitiva, el grupo de empresas representa un fenómeno «por el

<sup>52</sup> SSTS 11 diciembre 1985, Ar. 6.094, 10 noviembre 1987, Ar. 7.838, 28 marzo 1988, Ar. 2.394, 8 junio 1988, Ar. 5.256, 12 julio 1988, Ar. 5.802 y 9 marzo 1999, Ar. 4.660, entre otras.

<sup>53</sup> SSTS 5 enero 1968, Ar. 126, 1 junio 1978, Ar. 2.247, 6 mayo 1981, Ar. 2.103, 4 diciembre 1984, Ar. 6.332, 4 marzo 1985, Ar. 1.270, 9 febrero 1987, Ar. 800, 8 octubre 1987, Ar. 6.973, 7 diciembre 1987, Ar. 8.851, 8 febrero 1988, Ar. 594, 13 julio 1989, Ar. 1.160, 25 septiembre 1989, Ar. 6.488 y 29 septiembre 1989, Ar. 6.550. Ello supone, no en vano, «el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones, de trabajo de las empresas del grupo [SSTS 6 mayo 1981 Ar. 2.103 y 8 octubre 1987, Ar. 6.973].

<sup>54</sup> J.M. EMBID IRUJO, «Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica», en *Rev. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 9, 1983, pág. 16.

<sup>55</sup> G. SIMONE, de, «La forma gruppo nel diritto del lavoro», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 49, 1991, pág. 104.

que cada sociedad anónima no siempre corresponde a una empresa distinta, sino que corresponde únicamente un fragmento de empresa. Esto que, desde un punto de vista económico, constituye una empresa unitaria que se presenta jurídicamente como una pluralidad de sociedades en las que las acciones pertenecen directa o indirectamente a las mismas personas»<sup>56</sup>. El responsable de las acciones del grupo, también las de naturaleza laboral, será aquel centro empresarial último de poder y dirección organizativa del que emanen los órdenes que sometan al conjunto de las empresas agrupadas. La empresa constituye, no en vano, un marco organizativo en el que se desarrollan las relaciones laborales en torno a una determinada tarea productiva, no importa de qué índole, considerando al empleador como quien organiza y dirige la actividad productiva y laboral mediante la recepción de la prestación de trabajo y de los frutos que de la misma se deriven de acuerdo con el artículo 1.2 de la LET. Por consiguiente, el grupo de empresas puede ser considerado como empleador como consecuencia básicamente de dos principios. En primer lugar, ante la apreciación del principio de la primacía de la realidad en detrimento del formalismo jurídico y que se basa en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos más allá de las meras formalidades jurídicas. En segundo término, en aplicación del clásico principio tuitivo, de acuerdo con el cual ha de preferirse en caso de duda la solución más favorable al trabajador y ésta es, desde toda perspectiva, la pertenencia al grupo y no a la empresa componente del mismo<sup>57</sup>.

Mas esta concepción patológica sobre la que se basa toda la doctrina judicial sobre los grupos de empresas provoca un perjuicio manifiesto. Y no sólo para los grupos que actúan en fraude de ley y que habrán de responder lógicamente de esta actuación sino, y sobre todo, para los grupos que se constituyen sin esta pretensión y que quieren operar en el mercado bajo esta forma de concentración empresarial y se encuentran con la aplicación de una normativa laboral que, si bien en la mayor parte de las ocasiones les beneficia, en otras muchas les perjudica abiertamente. Supone esta medida una práctica restrictiva de la libertad empresarial que, como consecuencia del vacío legal, puede verse vulnerada pese al reconocimiento constitucional de la misma. En efecto, existen grupos de empresa que operan en el tráfico jurídico con carácter «normalizado», esto es, no persiguen la interposición ilícita en el contrato de trabajo para ocultar al empleador real. Responden a una necesidad técnica y organizativa derivada de la propia división del trabajo adecuada para conseguir los fines propuestos por el grupo partiendo, en todo caso, de la debida garantía de los derechos de los trabajadores<sup>58</sup>. Se trata de grupos de empresa con una estructura legítima cuyo interés merece un reconocimiento distinto al del grupo de empresas que actúa en fraude de ley. La disparidad de tratamiento entre uno y otro tipo de grupos de empresa y los efectos que la misma produce encuentra un buen campo de experimentación en la protección social complementaria.

<sup>56</sup> F. GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista, Sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Valencia, 1980, pág. 53.

<sup>57</sup> «La adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro Derecho un concepto cada vez más objetivo de la empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores con el complejo organizativo de medios humanos y materiales y no con la persona del empresario» (STSJ Galicia 25 enero 1993, Ar. 223).

<sup>58</sup> STS 30 junio 1993, Ar. 4.939.

## II. LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE EXTERNALIZAR LOS COMPROMISOS POR PENSIONES

### 1. La inadecuación de los fondos internos como garantía de los compromisos por pensiones.

A. La concreción sobre el concepto de empleador en los grupos de empresa resulta determinante para una de las obligaciones legales que mayor inquietud ha provocado a las empresas españolas en los últimos cinco años, la de externalizar los compromisos por pensiones. Tras la reforma introducida por la LOSSP en 1995, la externalización de los compromisos por pensiones se ha convertido en uno de los principales problemas de las empresas que, desde antiguo, venían utilizando dichos compromisos como una contrapartida prioritaria en la negociación colectiva. Desde que la LSS estableciera la posibilidad de crear mejoras voluntarias a través de la decisión unilateral del empresario o mediante la negociación colectiva, ha sido habitual que las empresas utilizaran como salario diferido del trabajador este tipo de mejoras. La separación existente entre lo que la doctrina, con un criterio clarificador, ha denominado nivel de cobertura -establecimiento de las mejoras- y nivel de garantía -financiación de aquellas mejoras para garantizar plenamente el nivel de cobertura-<sup>59</sup>, obligó a efectuar una reforma en 1995 con la pretensión de superponer ambos niveles, de modo que las empresas convirtieran sus fondos internos, frágiles ante las vicisitudes de la coyuntura económica, en fondos externos, estables y solventes.

El debate sobre la viabilidad de los sistemas públicos de pensiones ha tenido, entre otros, un efecto directo sobre la protección social complementaria. Describe ésta un contenido plural integrado tanto por aquellas prestaciones de índole pública que no han sido incorporadas al sistema básico<sup>60</sup> como por aquellas otras provenientes de la iniciativa privada cuyo objetivo principal radica en incrementar o mejorar las prestaciones de la Seguridad Social básica<sup>61</sup>. Mas la evolución histórica

<sup>59</sup> L.E. DE LA VILLA GIL, «Estudio Preliminar», *Pensiones Privadas*, Madrid, ACARL, 1997, págs. XXI-LII y en «Pensiones sociales. Problemas y alternativas», AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (parte I)*, Madrid, MTAS-AEDTSS, 1999, págs. 3-34.

<sup>60</sup> Diferenciando lo que tradicionalmente se ha considerado la vertiente interna y externa de la Seguridad Social complementaria; por todos, A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, Institución García Oviedo, 1.970, págs. 140-141; M.E. CASAS BAAMONDE, *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, pág. 354 y L.E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO, *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979 (2.ª ed.), págs. 239 y 298.

<sup>61</sup> E. BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en la Constitución Española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional», *DL*, núm. 30, 1990, págs. 11-53; G. GARCÍA BECEDAS, «La Seguridad Social complementaria en España», AAVV, *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 17-46; B. GONZALO GONZÁLEZ, «Presentación» a B. GONZALO, J.M. ALONSO, F. MARTÍNEZ, J.L. NUÑO, B. OLIET, J.J. SANJUÁN, *Código de protección social*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995; M.R. ALARCÓN CARACUEL, «Hacia el derecho de la protección social», en AAVV, *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996; J. GARCÍA MURCIA, «El Espacio de las Pensiones Privadas», en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas...*, *op. cit.*, (vol. II), págs. 161-218 y L.E. de la VILLA GIL, «Estudio Preliminar»..., *op. cit.*, págs. XXI-LII y «Pensiones sociales. Problemas y alternativas»..., *op. cit.*, págs. 3-34.

se ha manifestado en este punto de forma caprichosa. Si la integración de las prestaciones complementarias en el sistema de la Seguridad Social surgió ante la necesidad de detraer los recursos destinados a las mismas en beneficio del sistema público <sup>62</sup>, hoy prevalece un afán distinto: el de diferenciar la Seguridad Social pública -con una financiación pública- de la protección complementaria privada -financiada íntegramente con recursos privados-. Este tránsito por la historia desde la creación de las denominadas «mejoras voluntarias» hasta la actualmente más compleja «protección social complementaria» revela, no obstante, que pese al paso del tiempo aún no se han logrado superar algunos defectos aplicativos que todavía perduran. Como en la actualidad, el período presidido por la incorporación de las mejoras voluntarias se caracterizaría por la inexistencia de un cauce normativo que fijara garantías suficientes para la percepción efectiva de las mismas; si criticable parecía el establecimiento de estos regímenes complementarios a través de la negociación colectiva, más discutible resultaba la fijación de estas medidas mediante sistemas individualizados de financiación, de dudosa efectividad por las lagunas legales apreciadas en la materia y de cuestionable eficacia por su variabilidad. Como hoy, la posible modificación o anulación de estas prestaciones complementarias generaban inseguridad jurídica en los titulares de las mismas, provocando desconfianza sobre ellas. En definitiva, los artículos 181 y ss. de la LSS/1974 poco se diferenciaban de los artículos 191 y ss. de la LGSS y de las normas legales y reglamentarias que, con posterioridad, han definido el contenido de estos últimos.

Con la aprobación de la LBSS/1963 y la LSS/1966 se inaugura un régimen jurídico en relación a las mejoras voluntarias muy semejante al que hoy conocemos. El marco legal pero, sobre todo, la negociación colectiva servirán para que doctrina y jurisprudencia delimiten algunos de los rasgos caracterizadores de las mismas <sup>63</sup>. Su confusa naturaleza, más próxima a lo salarial que a lo prestacional, y su pluriforme establecimiento, más convencional que legal, propiciaba serios inconvenientes de adaptación a la realidad y una cierta disfuncionalidad de este tipo de protección. Con todo, la función complementaria de estas prestaciones posibilitará que formen parte de la acción protectora de la Seguridad Social, *ex* artículo 1.3 de la OMV, siéndoles de aplicación los mismos caracteres que poseen las prestaciones a las que complementan. Esta relación quedaría reforzada definitivamente con la alusión constitucional a la protección complementaria en el artículo 41 CE, al situar este tipo de protección dentro del concepto clásico de Seguridad Social, susceptible, en todo caso,

<sup>62</sup> Exposición de Motivos del Decreto 56/1963, 17 enero, BOE, 19. La Ley 193/1963, 28 diciembre, BOE, 30 diciembre y 28 enero, de Bases de la Seguridad Social, en su Base 13, apartado 59 y la Ley de Seguridad Social de 21 abril 1966, BOE, 22 y 23 abril y 30 mayo servirán de base legal para el establecimiento de la OMV. *Vid.* el interesante análisis que sobre esta Exposición de Motivos realiza A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, págs. 41-43. Conviene recordar, por lo demás, que buena parte del crecimiento del sistema de la Seguridad Social ha venido, en ocasiones, impulsado por este tipo de mejoras, en M.E. CASAS BAAMONDE, *Autonomía colectiva...*, *op. cit.*, pág. 154, siendo a veces su ritmo de desarrollo más acelerado que el de los propios regímenes de creación estatal, *apud* A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias...*, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>63</sup> Considerando como mejoras voluntarias a «aquellos incrementos de las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social, pactados colectivamente o establecidos con el mismo carácter por decisión unilateral del empresario», A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias...*, *op.cit.*, pág. 47. «...Trocadas en obligatorias se integran en el contrato de trabajo, estando obligado el asegurador para el patrono contratante, constituyéndose aquél en responsable definitivo, consecuentemente, a las respectivas obligaciones contraídas» [STS 15 julio 1983, Ar. 3.798]. Una vez causadas son «irrenunciables» y se incluyen en la «prohibición de pactos transaccionales o conciliatorios» en merma de los derechos del beneficiario [STS 8 mayo 1986, Ar. 2.501].



de un desarrollo múltiple<sup>64</sup>. El acogimiento constitucional de una realidad que ya había sido ordenada por el legislador a través de la integración de estos regímenes complementarios, habría de tener una relevancia que trasciende más allá del mero reconocimiento. Del hecho de que, por primera vez, se proclamen a nivel constitucional los derechos complementarios de previsión social se derivan dos consecuencias inmediatas: una, que se trata de un derecho social y como tal, un derecho que actúa contra el Estado (en tanto derecho de libertad) pero que, del mismo modo, se reclama frente al Estado (en tanto derecho de igualdad). De esta manera la previsión social complementaria pasa a tener un carácter que hasta ahora no había tenido, la identificación de una nueva responsabilidad del Estado. No en vano, la Seguridad Social pública se ha configurado siempre como un servicio propio del Estado caracterizado por llevar a cabo funciones de sustitución y compensación<sup>65</sup> de las insuficiencias que sufre el trabajador y, en ocasiones, el ciudadano, *ex* artículo 41 CE<sup>66</sup>. Y, segunda consecuencia, que se acepta la reserva de un sector privado para la realización de este tipo de protección con una relación no del todo nítida entre la protección complementaria y la Seguridad Social<sup>67</sup>. Se supera, con ello, el «achacoso diseño que atribuye a la pensión privada la subalterna y no ejecutada misión de completar las carencias de la pensión pública, para confiarle un papel específico de cobertura social al lado de ésta, distribuyendo entre ambas el esfuerzo total de financiación que la economía del país es capaz de soportar»<sup>68</sup>.

B. Con este contexto como trasfondo surge la incorporación de los planes y fondos de pensiones a nuestro ordenamiento a través de la LPFP de 1987. Rechazada antes de forma radical por los sindicatos, la participación de éstos en el control de los planes y en la gestión de los fondos modularía su oposición a la misma. Hasta ese momento, tan sólo la LGSS/1974 (arts. 181 a 185) y la LSP habían servido para delimitar el marco jurídico de la previsión complementaria que, a su vez, se había ido perfeccionando y consolidando en la práctica, demostrando su clara preferencia por un sis-

<sup>64</sup> E. BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en la Constitución Española...», *op. cit.*, pág. 13.

<sup>65</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La empresa y los regímenes complementarios de las pensiones de Seguridad Social», *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, núm. 2, 1994, pág. 11.

<sup>66</sup> En contra, la opinión de quienes consideran que precisamente por tratarse de una función del Estado todo aquello que provenga de un acuerdo de voluntades como ocurre con las mejoras queda fuera del ámbito de la Seguridad Social, J.L. ALONSO SAURA, «Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos», *DL*, núm. 32, 1990, pág. 82.

<sup>67</sup> Las distintas combinaciones entre un régimen público o legal de Seguridad Social y un régimen complementario libre y voluntario han sido admitidas en sucesivas sentencias del Tribunal Constitucional; así, SSTC 103/1983, 22 noviembre, BOE, 14 diciembre, 121/1983, 15 diciembre, BOE, 11 enero, 65/1987, 21 mayo, BOE, 9 junio, 208/1988, 10 noviembre, BOE, 12 diciembre [esta última analizada por E. BORRAJO DACRUZ, «Estado de Derecho y pensiones reconocidas», *AL*, t. I, 1989, págs. 221-232], 268/1993, 20 septiembre, BOE, 26 octubre, 37/1994, 10 febrero, BOE, 17 marzo, 129/1994, 5 mayo, BOE, 31, y 206/1997, 27 noviembre, BOE, 30 diciembre. No sin apuntar controversias como ponen de manifiesto desde diferentes perspectivas J.L. MONEREO PÉREZ, «Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias», en AAVV, *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, MTAS-AEDTSS, Madrid, 1997, págs. 19-210 y L. LÓPEZ CUMBRE, «Pensiones privadas y Seguridad Social: una controvertida relación», AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas...*, *op. cit.* (vol. II), págs. 219-242.

<sup>68</sup> L.E. DE LA VILLA GIL, «Estudio Preliminar»... *op. cit.*, págs. XXII y XXXV, respectivamente.

tema de financiación basado en la capitalización y no en el reparto a diferencia del sistema público. Desde una perspectiva macroeconómica, cada sistema de financiación provoca efectos opuestos sobre el ahorro, el *stock* de capital y los rendimientos de los factores trabajo y capital. Pero la preferencia por las fórmulas de capitalización viene dada básicamente por el entendimiento de que este sistema se muestra inmune a los cambios demográficos que no generan sino un efecto muy secundario. Afirmación, sin embargo, sobre la que se muestra escéptica, por ejemplo, la CEE al considerar que a medida que cambia el equilibrio demográfico entre trabajadores y jubilados, cambian también las posibilidades de canalizar los recursos hacia los pensionistas <sup>69</sup>, por lo que la bondad de estos sistemas de capitalización queda, al menos, en entredicho <sup>70</sup>. Existe, con todo, otro factor que resalta su prevalencia y es la aceptación de este tipo de fórmula de financiación como una fuente de capital a corto plazo que potencia el ahorro y la inversión de los particulares -objetivo este último deseado por todas las economías al contribuir a un crecimiento no inflacionario más rápido-. Los aseguradores privados acumulan fondos para inversión que aumentan el ahorro, de modo que, a diferencia de lo que sucede con los regímenes públicos que no movilizan ahorros potenciales, los planes privados pueden pagar gastos corrientes con ingresos corrientes, contando con la flexibilidad necesaria para satisfacer posibles necesidades empresariales puntuales <sup>71</sup>. Por lo demás, la competencia entre los aseguradores se traduce en la eficiencia de las prestaciones, un efecto ciertamente beneficioso para los usuarios. Hay que añadir, por último, que a la consolidación de estos instrumentos privados de previsión ha contribuido decisivamente la legislación comunitaria al haber liberalizado todos los movimientos de capital desde el 1 de julio de 1990, facilitando el pago de prestaciones sociales complementarias en cualquier lugar de la Unión Europea <sup>72</sup> y al garantizar, tras arduas negociaciones con los Estados miembros, la protección de los derechos de pensión complementaria en la Unión Europea tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia que se desplacen dentro de la Comunidad <sup>73</sup>.

<sup>69</sup> «Informe sobre sistemas complementarios de Seguridad Social (el papel de los sistemas de jubilación profesionales en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación)», *RTSS*, núm. 2, 1991, pág. 190.

<sup>70</sup> Sobre esta polémica, E. PRIETO PÉREZ, «Aspectos actuariales de los fondos de pensiones», *RES*, núm. 40, 1988, págs. 95-125; S. MUÑOZ BERGER, «Seguridad Social; reparto *versus* capitalización: sus efectos», *RHPE*, núm. 104, 1987, págs. 131-149; J. SÁNCHEZ MALDONADO y J.S. GÓMEZ SALA, *Análisis económico de las pensiones*, Bilbao, Fundación BBV, 1996, en especial, págs. 24-27; I. ZUBIRI, *Provisión pública versus provisión privada de los planes de pensiones*, Fundación BBV, Bilbao, 1996, en especial, págs. 14-20; N. GILBERT y N. NEUNG-HOO PARK, «Privatización, protección y blancos selectivos: tendencias y consecuencias políticas para la Seguridad Social de los Estados Unidos», *RInSS*, núm. 1, 1996, págs. 23-36; A.M. BORGES CHAMORRO, «Un sistema de provisión social sobre el principio de capitalización», en AAVV, *Los planes de pensiones en el sistema de protección social... op. cit.*, págs. 287-302.

<sup>71</sup> Así lo afirma la Asociación Internacional de la Seguridad Social en un estudio sobre la Seguridad Social del año 2000, *apud* F. MANRIQUE LÓPEZ, «La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación», *REDT*, núm. 39, 1990, págs. 391 y 392.

<sup>72</sup> Directiva 88/361 CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988 en aplicación del artículo 67 del Tratado, DOCE L.178, de 8 de julio de 1988.

<sup>73</sup> Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, DOCE L.209/46, de 25 de julio de 1998. *Vid* sobre esta materia J.J. del VAL ARNAL y J.J. ROMÁN CASTILLO, «Planes de pensiones de empresa y otras prestaciones complementarias en la Comunidad Europea», en AAVV, *Los planes de pensiones en el sistema de protección social... op. cit.*, págs. 315-336.

Con reglas propias y guiadas por un régimen jurídico específico, las prestaciones de los planes de pensiones quedan garantizadas por la constitución de un fondo *ad hoc* para las mismas y una gestión independiente a las finanzas internas de la empresa. Su composición -negociadas colectivamente y privadamente gestionadas- no reproduce las normas reguladoras de las mejoras voluntarias contenidas en la OMV y, aunque comparta con ellas rasgos esenciales, dispone de textos propios, en especial, la LPFP y su reglamento de desarrollo, el RPPF, recientemente reformado. En virtud de las mismas se distinguen los derechos reconocidos a las personas a cuyo favor se establecen con el objeto de percibir rentas o capitales por contingencias bien concretas -jubilación, invalidez y muerte- y que se definirán en los planes de pensiones, respecto del patrimonio que ha de afectarse para la eficacia de los mismos, esto es, los fondos de pensiones, cuyas reglas de constitución y funcionamiento se regirán por lo dispuesto en la Ley. Constituye el plan de pensiones un contrato normado -regulado por el poder público-, de previsión -ahorro para la cobertura de determinadas contingencias- y asociativo -o de carácter colectivo-, mientras que el fondo de pensiones se configura como un instrumento -medio de inversión del patrimonio adscrito al plan-, normado -cuya gestión, custodia y control se someten a la LPFP-, de titularidad compartida -partícipes y beneficiarios son cotitulares de los recursos patrimoniales del fondo- y carente de personalidad jurídica. Con una diversidad de formas -plan de empleo, asociado o individual- y con una pluralidad de obligaciones -de aportación definida o de prestación definida- los planes de pensiones se rigen por unos principios invulnerables pese a la preeminencia de la autonomía individual.

C. La aparición de los planes y fondos de pensiones y su progresiva implantación no lograría evitar una de las principales fisuras de las mejoras voluntarias <sup>74</sup>. Aunque así se pretendiera durante la tramitación parlamentaria de la Ley, la transformación de los fondos internos, previstos por las empresas para financiar las mejoras voluntarias, en planes/fondos de pensiones no se convirtió en obligatoria sino que siguió siendo voluntaria. Las empresas podían convertir sus fondos internos en planes/fondos de pensiones pero no estaban obligadas a ello. Provenientes de la decisión unilateral del empresario o de la determinación conjunta en la negociación colectiva, las mejoras voluntarias constituían, como en la actualidad, un derecho para el trabajador y una obligación para el empresario (arts. 192 LGSS y 13 OMV, respectivamente). Pero esta obligatoriedad seguía, pese a la aprobación de la LPFP, sin llevar implícita una seguridad plena sobre su percepción. Era habitual que la insolvencia de la empresa, una transformación de la misma o la modificación o anulación -a través de nuevos Convenios Colectivos o mediante la utilización del art. 41 LET- de los compromisos previamente adquiridos, repercutieran en la percepción de estas prestaciones complementarias, cuestionando la seguridad jurídica que precia a cualquier vínculo contractual. Interés clave en la consolidación del Derecho, la seguridad en el tráfico jurídico queda velada si no existe una garantía de estabilidad de los bienes adquiridos y el respeto general hacia las situaciones jurídicas que se prolongan a través del tiempo <sup>75</sup>. Las mejoras, cubiertas por la regulación legal, no se hallaban por con-

<sup>74</sup> El total de planes de pensiones del sistema de empleo ha pasado de 134 en diciembre de 1990 a 977 en septiembre de 1999. Esta última cifra supone un importe de 1.743 billones de pesetas (10.474 millones de euros), ascendiendo el patrimonio global de los fondos de pensiones en España en esa misma fecha a 4.658 billones de pesetas, siendo el número de partícipes de 3.753.253, *apud* P. FONT, R.J. PALOMO, A. ARIAS y V. REY, *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, en especial págs. 55-57.

<sup>75</sup> A.E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pág. 97.

tra garantizadas financieramente por norma de igual rango. La demora en un tiempo futuro en el abono de las mismas permitía justificar la permanente dualidad entre la existencia de unos derechos causados y, por lo tanto, ya adquiridos -aunque el devengo efectivo se realice periódicamente- y las expectativas de derecho que, como tales, pueden ser modificadas o anuladas a través de las normas que regulan su reconocimiento (en la actualidad, arts. 192 LGSS y 1.3 OMV). En aquellas prestaciones cuya percepción económica se materializa en una cantidad a tanto alzado, el derecho surge y se satisface cuando se produce el hecho causante. Pero en aquellos derechos de tracto sucesivo, la posibilidad de modificación introduce una incertidumbre mayor, en especial, porque se trata de prestaciones -jubilación, invalidez o muerte- que se perciben cuando el contrato ha sido ya extinguido.

Aunque en un primer momento prevaleciera la tesis de que la modificación de la mejora debía estar contemplada por el mismo Convenio Colectivo que la estableció, o, lo que es lo mismo, que el régimen jurídico bajo el que nace una mejora concreta le acompaña a lo largo de su vida <sup>76</sup>, la reforma de la negociación colectiva en 1994 y, sobre todo, una reciente pero consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no permiten seguir manteniendo esta teoría. En efecto, la reiteración en los artículos 82.4 y 86.4 de la LET de la posibilidad de que un Convenio Colectivo posterior disponga de derechos establecidos en uno anterior ha llevado a doctrina y jurisprudencia a cuestionar la ya firme teoría sobre la inmodificabilidad de los derechos consolidados, considerando que un nuevo Convenio Colectivo supone la retroactividad y la afectación derogatoria de los derechos individuales y de los contratos nacidos de otros a los que sustituye <sup>77</sup>. De hecho, algunas de las novedades introducidas en el título III de la LET dedicado a la negociación colectiva y a los Convenios Colectivos han sido interpretadas como una forma de facilitar, precisamente, la eliminación de las mejoras voluntarias negociadas en Convenio Colectivo, carga insostenible en determinados supuestos para las empresas <sup>78</sup>. Queda cuestionada, así, la intangibilidad de las mejoras establecidas como contraprestación en la relación laboral y en virtud del principio de modernidad se permite la anulación o modificación bilateral en la negociación colectiva de las mejoras voluntarias, incluso para quienes, pasivos, ya no pertenecen a la empresa y sus derechos se han visto consolidados <sup>79</sup>, sin que dicha alteración

<sup>76</sup> R. GALLARDO MOYA, «Las mejoras complementarias del sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva», *RL*, 1991, t. I, en especial pág. 487. En el mismo sentido, STS 12 noviembre 1981, Ar. 4.494.

<sup>77</sup> T. SALA FRANCO, *La reforma del mercado de trabajo*, CISS, Valencia, 1994, pág. 241 y SSTS 14 julio 1995, Ar. 6.255 y 20 diciembre 1996, Ar. 9.812 .

<sup>78</sup> Así se justifica la reforma, en opinión de J. RIVERO LAMAS, «Estructura y configuración de la negociación colectiva en la Ley 11/1994», *DL*, núm. 43, 1994, pág. 89. Otros autores se muestran, sin embargo, más reacios a otorgar un efecto tan radical y consideran que el artículo 82.4 de la LET permite disponer de los derechos reconocidos en un Convenio anterior pero no de los que ya se disfrutaban por haberse originado el hecho causante, M.J. ARADILLA MARQUES, «Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la incidencia de la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Tribuna Social*, núm. 47, 1994, págs.45 y 47. En todo caso, se entiende que la transformación de un sistema de mejoras en otro requeriría un régimen de transitoriedad para las expectativas generadas, así J.M. del VALLE VILLAR, «Complementos de pensiones en el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro», *DL*, núm. 21, 1987, pág. 116.

<sup>79</sup> SSTS 12 noviembre 1994, Ar. 8.687, 16 diciembre 1994, Ar. 10.098, 14 julio 1995, Ar. 9.812, 6 abril 1995, Ar. 1.405 y 20 diciembre 1996, Ar. 9.812. Con apoyo doctrinal en P. GETE CASTRILLO, «La disponibilidad convencional incondicionada en las pensiones privadas, un factor de inseguridad social», en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas...*, *op. cit.*, págs. 267-278.

pueda suponer indemnización alguna para el trabajador<sup>80</sup> y admitiendo tanto un modificación al alza como a la baja<sup>81</sup>, siempre que la reducción del importe del complemento abonado por la empresa hubiera sido acordado por Convenio Colectivo<sup>82</sup>. Ni siquiera la consideración como condición más beneficiosa de estas mejoras ha servido para preservar su inmodificabilidad<sup>83</sup>, admitiéndose, pues, que sean objeto de absorción y compensación por las ulteriores mejoras que se establezcan<sup>84</sup>.

Una línea jurisprudencial sobre la que el Tribunal Supremo se muestra firme pero en virtud de la cual se desmorona buena parte del contenido de la protección complementaria. Entre los derechos que se derivan del reconocimiento de estas mejoras existen algunos que no pueden ser tratados como meras expectativas sino que son derechos consolidados, causados, adquiridos en definitiva por el trabajador que ha suscrito un pacto con la empresa de exigible cumplimiento. Aislando la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos sólo al exclusivo ámbito de la protección complementaria, la distinción más clara es la que diferencia, en el planteamiento expuesto, a los trabajadores «activos» de la empresa de los que son trabajadores «pasivos» o «ex-trabajadores» que mantienen aún un vínculo con la misma. Para aquéllos la modificación de derechos aún no consolidados parece difícilmente eludible; para éstos debiera resultar, por contra, poco factible<sup>85</sup>. Se trata en este último supuesto de derechos introducidos de forma irreversible en el patrimonio del trabajador individual que ya no está en activo aun cuando no se haya percibido la totalidad de su importe, que ha sido aplazado en el tiempo. Son derechos que, si bien se postponen a un futuro inmediato como devengo periódico, ya han causado sus efectos, incluso a través de la ruptura del contrato de trabajo<sup>86</sup>. De

<sup>80</sup> STS 23 octubre 1990, Ar. 7.709.

<sup>81</sup> STS 30 septiembre 1993, Ar. 6.873.

<sup>82</sup> STS 12 noviembre 1993, Ar. 8.687.

<sup>83</sup> STS 4 julio 1994, Ar. 6.355.

<sup>84</sup> STSJ País Vasco, 8 octubre 1996, Ar. 3.709. El hecho de que la empresa haya mantenido sus compromisos «por ser un beneficio unilateral y no obligatorio de la empresa, no puede interpretarse como constitutiva de condición más beneficiosa, pues una empresa que ha pasado por un proceso de reestructuración en el contexto de una crisis sectorial, puede encontrarse con dificultades para asumir una carga financiera desorbitante y no parece justo sancionar a la empresa que en su momento asumió una carga laboral extraordinaria, pues ello cerraría el paso a los empresarios a asumir cargas sociales particulares por el temor a que se constituyeran en obligatorias» [STSJ Navarra 6 septiembre 1996, Ar. 3.340].

<sup>85</sup> Manifestando estas reticencias, J. YANINI BAEZA, *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, EDESA, 1995, pág. 85; G. GARCÍA BECEDAS, «La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», *RL*, núm. 3, 1997, págs. 11-18; S. DEL REY y C. GALA, «Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia», *REDT*, núm. 62, 1993, págs. 867-914 y «Protección social y negociación colectiva», en AAVV, *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 251-304; B. VALDÉS DE LA VEGA, *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 96 y C. GALA DURÁN, *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, Bosch Editor, 1999, en especial pág. 255.

<sup>86</sup> Admitiendo la modificación de los complementos para los trabajadores en activo pero no para los trabajadores pasivos, J.L. MONEREO PÉREZ, *Público y Privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 228. Como el propio Tribunal Supremo reconocía, bien que con posterioridad a la línea jurisprudencial analizada en el texto, no puede aplicarse un convenio posterior cuando el cese del trabajador se produjo bajo la vigencia de normas anteriores [SSTS 19 noviembre 1987, Ar. 8.029 y 29 septiembre 1992, Ar. 6.824].

hecho, en muchas ocasiones, como ocurre con la prejubilación del trabajador -sin duda uno de los mejores campos para testar estas dificultades-, estas mejoras, recogidas en un pacto colectivo y materializadas con posterioridad en un contrato individual con cada trabajador, determinan la extinción de la relación laboral hasta el punto que, de no cumplir la empresa con las mismas, cabría aludir a la nulidad de un negocio jurídico que provocaría, como tal, el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo <sup>87</sup>.

Con todo, ha sido la insolvencia del empresario y como consecuencia de la misma el impago de las referidas mejoras las que han servido como revulsivo para que el legislador pusiera freno a esa manifiesta disfunción entre el nivel de cobertura y el nivel de garantía. Tanto si la insolvencia se produce en un procedimiento de quiebra -que pretende la ejecución general sobre el patrimonio- como si se lleva a cabo ante una suspensión de pagos -encaminada a obtener un convenio entre el empresario y los acreedores <sup>88</sup>-, se ha pretendido garantizar la percepción de estas mejoras mediante el recurso a los créditos privilegiados <sup>89</sup>. En tanto el artículo 33 de la LET es considerado como una vía genérica ideada para el cobro de los créditos «laborales», más amplios que los estrictamente salariales y en los términos previstos por Convenio 173 de la OIT <sup>90</sup>, el crédito privilegiado servirá para arbitrar una garantía de estas mejoras. Dicha garantía, similar a la establecida para los trabajadores en activo, habría resultado suficiente de no haber sido por el giro introducido en esta materia por la Directiva CEE 80/987, 20 octubre (DOCE L. 283, 28 octubre 1980) sobre protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y a través de la cual se obliga a los Estados miembros a garantizar no sólo los «derechos adquiridos» sino los «derechos en curso de adquisición» de los trabajadores asalariados, activos o que hayan pertenecido a la empresa y aún conserven algún tipo de crédito contra la misma. El incumplimiento reiterado de esta obligación había conducido a los trabajadores afectados a plantear sin reservas una posible responsabilidad subsidiaria del Estado si las disposiciones nacionales no servían para garantizar no sólo el respeto a los derechos adquiridos sino, en los términos de la Directiva, a los «derechos en curso de adquisición». La inaplicación de los dispositivos de trasposición conducirá inexorablemente a la declaración de una responsabilidad estatal <sup>91</sup>.

<sup>87</sup> L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, Civitas-UAM, Madrid, 1998, pág. 635.

<sup>88</sup> Señala ORDUÑA MORENO que en nuestro ordenamiento basta con que se dé una cesación general de pagos para que se declare la insolvencia del empresario, en *La insolvencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 196.

<sup>89</sup> Por todos, M. PÉREZ PÉREZ, «El crédito privilegiado del trabajador: sujetos, objeto y ejercicio», *RPS*, 1979, núm. 126, págs. 43-95 y *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Barcelona, Bosch, 1980, AAVV, *El salario como crédito privilegiado*, Madrid, Acarl, 1981 y B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, Civitas, 1984, *Privilegios salariales e indemnizaciones por cese*, Madrid, Tecnos, 1993, «El salario como crédito privilegiado», en AAVV, *Estudios sobre el salario*, Madrid, Acarl, 1993, págs. 703-750.

<sup>90</sup> Distinción precisada por B. RÍOS SALMERÓN, en *Los privilegios...*, *op. cit.*, págs. 305 y ss y, en concreto, pág. 325 y V. CONDE MARTÍN DE HIJAS y M.T. FERNÁNDEZ DE LA VEGA, *Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores*, Madrid, Colección Abogados Jóvenes, 1982, págs. 62 y ss. La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia en B. RÍOS SALMERÓN, «Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 1996, págs. 19-51.

<sup>91</sup> Una petición aceptada por los Tribunales, si bien siempre que existiera certeza plena sobre la imposibilidad de cumplir dichos derechos por la empresa del trabajador [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de 15 de marzo de 1994 en relación a las jubilaciones y prejubilaciones de FERSA-ENFERSA].

D. Ésta ha sido una de las razones -quizá la más influyente- que ha impulsado al legislador a aprobar una sustancial reforma de esta materia en 1995. Para evitar que la aplicación de la Directiva 80/1987 pudiera derivar en una ilimitada cadena de declaración de responsabilidad estatal, el legislador introduce en la LOSSP la obligación empresarial de externalizar los compromisos por pensiones que las mismas mantuvieran con sus trabajadores. Así pues, y «con el objeto de proteger los intereses de los trabajadores, aun en los supuestos en que se haya extinguido su contrato de trabajo, frente a posibles insolvencias del empresario» (Exposición de Motivos LOSSP), se aprueba la LOSSP. Hasta entonces la empresa podía financiar y gestionar sus prestaciones complementarias a través de fondos internos, esto es, a través de anotaciones contables en el balance financiero de la empresa sin adscripción real de fondos. Diluidos en el activo de la empresa, estos fondos contribuyen a la financiación de la misma y dependen directamente de la pervivencia de ésta como sujeto económico toda vez que cualquier repercusión negativa se traduce necesariamente en una merma de las reservas destinadas a conseguir este objetivo. El mantenimiento en todo momento de la titularidad de estos fondos destinados a la previsión social por parte de la empresa constituye, de hecho, el mayor incentivo para su pervivencia. Pero desde 1995, la posibilidad de mantener estos fondos internos se reduce a supuestos bien excepcionales <sup>92</sup>. La DA 1.<sup>a</sup> de la LOSSP introduce una nueva DA 1.<sup>a</sup> a la LPFP que será la que, a partir de la entrada en vigor de la misma [10 mayo 1996] rijan en torno a un novedoso y un tanto confuso concepto, el de los «compromisos por pensiones». De acuerdo con esta nueva DA 1.<sup>a</sup> de la LPFP «los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos». Se impone, por tanto, la conversión de buena parte de los fondos internos existentes bien en un plan de pensiones bien en un contrato de seguro o combinando la utilización de ambos, esto es, la externalización de los compromisos por pensiones. Impidiendo que en ningún caso, resulte posible «la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos» (DA 1.<sup>a</sup> LPFP).

La obligación legal de externalizar los compromisos por pensiones no resulta, con todo, nada fácil dado que para su cumplimiento las empresas están obligadas a efectuar un importante desembolso, en algunos casos poniendo incluso en riesgo su propia solvencia. Sensible a tal dificultad, la LOSSP dispuso de un período transitorio de tres años desde la entrada en vigor de la Ley -y, por tanto, hasta el 10 de mayo de 1999- para facilitar esta conversión. No prevaleció en este punto la intención expresada por algunos grupos parlamentarios en la tramitación de esta Ley de posponer dicho plazo de tres años «hasta la entrada en vigor de las normas de desarrollo de la citada Disposición Adicional» <sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Representan estos supuestos excepcionales, por una parte, las entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencia de valores quienes podrán mantener los fondos internos para los compromisos ya asumidos, no así para los nuevos compromisos, *ex* DT 14.<sup>a</sup> de la LOSSP. Por otro lado, estará exenta de cumplir dicha obligación la Administración Pública, no incluida en el concepto de empresa obligada a externalizar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 5 del RDICP.

<sup>93</sup> Pues «mientras no entren en vigor las normas de desarrollo los empresarios afectados no conocerán el régimen jurídico, y las condiciones para dicha adaptación; con lo cual, si se retrasa la aprobación de las normas de desarrollo, el plazo de tres años se acorta y se les reduce el tiempo para decidir y negociar al respecto» (Justificación a las enmiendas núm. 337 del Grupo Popular y 557 del Grupo Parlamentario Catalán al PLOSSP). Pese a ello se generarían algunas dudas sobre el cumplimiento de este plazo -tres años desde la aprobación de la ley, o tres años desde la aprobación de las normas reglamentarias- resuelta definitivamente al modificar el artículo 31 de la LMFAS/98 la DA 15.<sup>a</sup> de la LOSSP en los términos expresados en el texto, esto es, hasta el 10 de mayo de 1999.

Pero, pese a ello, el retraso sufrido en la aprobación de normas reglamentarias que facilitaran este proceso de externalización ha aconsejado la fijación de un nuevo plazo. No en vano, el 10 de mayo de 1999 no habían entrado aún en vigor las normas reglamentarias que, tras un difícil y arduo debate entre los diferentes sectores afectados (Administración, agentes sociales, entidades de previsión, entidades financieras, comisiones consultivas, etc), consiguen ser aprobadas en sendos Reales Decretos, uno, el RDICP (RD 1588/1999), destinado a la instrumentalización de los compromisos por pensiones específicamente y, otro, a reformar el RFPF (RD 1589/1999), fijando de nuevo un plazo más amplio, en esta ocasión hasta el 1 de enero de 2001. En atención a los mismos se considera cómo el régimen de instrumentación y, en su caso, de externalización de los compromisos por pensiones de las empresas permite cumplir un doble objetivo. Por un lado, protege los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios en caso de insolvencia o de dificultades financieras para la empresa. De otra parte, la externalización de los compromisos por pensiones fuera del balance de las empresas permite a éstas liberar recursos y concentrarse en su actividad típica lo que, en última instancia, se traducirá en una mayor competitividad nacional e internacional. Adicionalmente, este proceso supone trasladar la gestión de los recursos que instrumentan compromisos por pensiones a entidades especializadas en la gestión e inversión financieras, entidades gestoras de fondos de pensiones y entidades aseguradoras (Exposición de Motivos RDICP). Objetivos de tal envergadura justifican la ampliación del plazo para el cumplimiento de la obligación legal de externalización en los términos descritos.

## 2. Los problemas jurídicos de la externalización, en especial del período transitorio.

A. Un primer problema radica en determinar cuál es el contenido exacto de los compromisos por pensiones que las empresas han de externalizar. La obligación alcanza a todos los «compromisos derivados de obligaciones legales o contractuales de la empresa con el personal de la misma, recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente, que tengan por objeto realizar aportaciones u otorgar prestaciones vinculadas a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones...» (art. 7.1 RICP). Disposiciones equivalentes al Convenio Colectivo son, a estos efectos, tanto los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal como otros acuerdos o decisiones cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones e incluso las actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman dichos compromisos por pensiones. Se amplía, de este modo, la escueta y poco precisa alusión a las obligaciones «legales y contractuales» efectuada por la DA 1.<sup>a</sup> de la LFPF, eludiendo las obligaciones «convencionales» y derivando en la práctica en una dificultad añadida a este proceso de externalización.

Las obligaciones afectan, por lo demás, a las empresas -personas físicas, personas jurídicas o comunidades de bienes- que hayan asumido con sus trabajadores compromisos por pensiones. Dejando al margen la consideración sobre las empresas, aspecto al que se destina el siguiente apartado, se trata de determinar exactamente cuál es el contenido de los compromisos por pensiones sobre los



que se responsabilizan las empresas obligadas a su externalización. El contenido se extiende, *ex DA* 1.<sup>a</sup> de la LOSSP, «a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 de la LPFP», esto es, jubilación o situación asimilable, incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y muerte y supervivencia. Dos consideraciones cabe hacer a este respecto. En primer lugar, que no todas las mejoras que puedan pactar las empresas deberán ser externalizadas por cuanto los compromisos por pensiones sólo lo son si referidos exclusivamente a la cobertura de dichas contingencias y no de otras. En segundo lugar, que si bien para delimitar todas estas contingencias se admite la definición que de ellas aporta el sistema público -LGSS, principalmente- existe, al menos, una de ellas cuya representación se hace difícil. Se trata de lo que la LPFP denomina «situación asimilable a la jubilación» y que, tras el nuevo artículo 16 del RFPF, se define como «cualquier supuesto de extinción o suspensión de la relación laboral de un partícipe con al menos 52 años de edad cumplidos, que determine el pase a la situación de desempleo y siempre que se inscriba como tal en el Instituto Nacional de Empleo o se encuentre en dicha situación a partir de esa edad». Se refiere, básicamente, a los supuestos de suspensión o extinción de contrato considerados como situación legal de desempleo (art. 208.1 LGSS), admitiendo que se establezcan para períodos limitados de tiempo si se derivan de los procesos recogidos en los artículos 51 y 52.c) de la LET. Ha de añadirse a esta posibilidad la alusión que el artículo 16.1.a.2.<sup>a</sup> del RFPF realiza al hecho de que no sea posible el acceso de un partícipe de un plan de pensiones a la contingencia de jubilación, en cuyo caso los derechos consolidados generados podrán destinarse a la obtención de lo que se denomina en el reglamento «prestación equivalente a la de jubilación», a la que tendrán derecho al cumplir la edad señalada por el interesado a partir de los 60 años. Tan sólo se exige un requisito adicional y es que para el reconocimiento del derecho a esta prestación, será preciso que el partícipe no ejerza o haya cesado en la actividad laboral o profesional y que no reúna los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el régimen de Seguridad Social correspondiente, sin perjuicio de que continúe o no asimilado al alta en dicho régimen.

Las situaciones que se producen en torno a la contingencia de jubilación son, por tanto, tres. En primer lugar, la jubilación del trabajador para cuya determinación se estará a lo dispuesto en el régimen público de Seguridad Social, considerando como tal aquella que el régimen admita y, por tanto, también la jubilación anticipada o cualquier otro supuesto de anticipación en la edad de jubilación. En segundo lugar, la denominada «prestación equivalente de jubilación» prevista para cuando el partícipe de un plan de pensiones no pueda acceder a la jubilación por haber cesado en su actividad laboral y no reunir aún los requisitos para acceder a la jubilación, en cuyo caso, a partir de los 60 años y a fin de que no se pierdan los derechos consolidados generados se posibilita dicha ayuda. Y, por último, la «situación asimilable» que posibilita una prestación para los mayores de 52 años que se hallen en las condiciones antes descritas. Además de la jubilación, contingencia básica del sistema de Seguridad Social, los otros dos supuestos -prestación equivalente y situación asimilable- constituyen dos típicos ejemplos del contenido de la prejubilación del trabajador. Como ocurre en la jubilación, la prejubilación queda cubierta no sólo por las prestaciones privadas que la empresa quiera garantizar a sus trabajadores sino también por algunas prestaciones públicas. Las ayudas equivalentes o previas a la jubilación o el subsidio de prejubilación -o para mayores de 52 años- previstos por la Administración para cubrir situaciones de cese definitivo que se producen, *de facto o de iure*, antes del cumplimiento de la edad de jubilación, son un palmario ejemplo de lo que se expo-

ne. En definitiva, el legislador no ha querido en la reciente reforma de 1999 (RDICP o RFPF en su nueva versión) utilizar el término «prejubilación», temeroso de «alertar» sobre una nueva contingencia, ya asumida y consolidada no sólo en nuestra práctica laboral sino en nuestro propio ordenamiento jurídico como tal <sup>94</sup>.

B. Un segundo problema deriva de la transitoriedad establecida en la norma para facilitar el proceso de externalización. Y es que la ley otorga un tratamiento distinto a los compromisos que ya existieran antes de la entrada en vigor de la LOSSP (10 de mayo de 1996) y a los que se creen con posterioridad a la misma. Estos últimos deberán ser instrumentados necesariamente a través de planes y fondos de pensiones o seguros colectivos, aquéllos, sin embargo y aun cuando estén sujetos a la misma obligación de externalización, pueden beneficiarse del período transitorio establecido y de las excepciones previstas para el mantenimiento de fondos internos, ya antes mencionadas. El problema ha surgido, desde 1996 y hasta tanto no finalice el plazo habilitado para facilitar la externalización, 1 de enero de 2001, en la intención de algunas empresas por minorar e incluso anular algunos de los compromisos por pensiones ya asumidos; no unilateralmente, acción de dudosa legalidad, sino a través de la negociación colectiva. Respecto de los compromisos por pensiones, la jurisprudencia dictada en relación a la modificación o anulación de las mejoras voluntarias y a la que antes aludiera podría ser considerada aplicable también en el caso de los compromisos por pensiones, en tanto mejoras voluntarias de las empresas que son. Esta opción se restringiría exclusivamente al período transitorio toda vez que aquellos compromisos surgidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LOSSP ya se ha comprobado que deben ser externalizados desde el momento en que han sido pactados. Sin embargo, existe un argumento que impediría tal aplicación. Y es que los compromisos no sólo afectan a las obligaciones empresariales en relación a determinadas contingencias cuando éstas no se han producido sino que afectan, asimismo y de acuerdo con la DA 1.ª de la LOSSP, a las «prestaciones causadas», esto es, a las que ya estuvieran disfrutando los trabajadores. La dicción legal parece clara en este caso e impide alterar el contenido de las mismas si han comenzado a ser percibidas por el trabajador. Aceptando, pues, aquella distinción avanzada entre trabajadores activos y ex-trabajadores o trabajadores pasivos de la empresa, la LOSSP garantiza a los trabajadores que ya vienen percibiendo prestaciones de sus empresas -bien que antes a través de fondos internos- que las mismas no van a ser modificadas o alteradas durante el período transitorio en el que la de la LOSSP posibilita la costosa adaptación de las empresas a esta nueva disposición legal.

Una apreciación que habría de ser extendida asimismo a los compromisos por pensiones de los activos, pese a la rémora que supone la jurisprudencia dictada en relación a las mejoras voluntarias, si se tienen en cuenta dos elementos normativos. En primer lugar, que la DA 1.ª de la LOSSP establece para los «compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas» la obligación de ser externalizados «desde el momento en que se inicie el deven-

<sup>94</sup> Por todos, L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación...*, *op. cit.*, en especial la definición aportada para esta contingencia considerada como la «situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación», pág. 86.

go de su coste». Este inciso, que bien podría haber estado referido únicamente a las prestaciones causadas, se extiende al resto de los compromisos por pensiones, garantizando la intangibilidad de los mismos también durante este período transitorio. Pero, además, existe otro argumento que se deduce de la propia LOSSP. Y es que en su DT 14.<sup>a</sup>, cuando regula el régimen de los compromisos por pensiones ya asumidos, exige al empresario que, hasta tanto no se adecuen los compromisos al sistema establecido en la DA 1.<sup>a</sup> de la LPPF, «se mantendrá la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas en los términos estipulados entre el empresario y los trabajadores». No alude, como sí hacen los artículos 191 y ss. de la LGSS, a la posible modificación de los compromisos «de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento», sino que recoge expresamente el «mantenimiento» de la efectividad y de su cobro en los términos ya establecidos previamente por trabajadores y empresario <sup>95</sup>. En todo caso, es ésta una cuestión importante y polémica sobre la cual se mantiene abierto un interesante debate doctrinal en la actualidad.

Y no es extraño que se produzca ese debate porque en la práctica comercial cada vez se extiende con mayor frecuencia lo que ha sido denominado como «oferta de compra de derechos» a través de la cual la empresa entrega cantidades inmediatas al trabajador a cambio de la renuncia del derecho a percibir prestaciones complementarias en las situaciones afectadas por la obligación legal de externalizar <sup>96</sup>. En general, este tipo de ofertas tiene como consecuencia la entrega de un salario diferido a cambio de una renta inmediata de inferior valor -en la mayor parte de las ocasiones, con una diferencia desmedida entre lo que le correspondería recibir al trabajador y lo que efectivamente percibe-. Supone este tipo de actuaciones una renuncia individual a la mejora entendiendo que la irrenunciabilidad de derechos del artículo 3.5 de la LET sólo afecta a los que son indisponibles por Convenio Colectivo, lo que no ocurre en el caso de una mejora voluntaria que el empresario no puede cumplir ya que, aunque este último aporte el porcentaje previsto en el Convenio Colectivo a su cargo, mientras los trabajadores no abonen su parte correspondiente en la póliza de seguro o en el plan de pensiones, la mejora pactada carece de efectos <sup>97</sup>. Se trata en este caso, no ya de la renuncia de un derecho reconocido o de la modificación derivada de una decisión unilateral del empresario o de un acuerdo individual o colectivo, sino de una novación producida por acuerdo entre el trabajador y el empresario en el ámbito de su autonomía y dentro de los límites legales, *ex* artículos 3.1.c) de la LET y 1.203.1 del CC, constituyendo la aceptación por los trabajadores de una de las ofertas que hace la empresa fuente de obligaciones, de acuerdo con los artículos 3.1.c) de la LET y 1.255 del CC <sup>98</sup>. Es ésta, sin embargo, una cuestión que no puede ser confundida con la posibilidad que la ley otorga a empresa y trabajadores de acomodar algunos compromisos, en concreto los que se reconocen con motivo de servicios pasados, a la obligación de externalizar. A través de un «plan de reequilibrio» y

<sup>95</sup> G. GARCÍA BECEDAS, «La externalización de los compromisos por pensiones...», *op. cit.*, págs. 11-18 y J.L. MONEREO PÉREZ, *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 57.

<sup>96</sup> COMISIONES OBRERAS, «La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación colectiva», Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2000, pág. 173.

<sup>97</sup> STSJ Asturias 6 marzo 1998, Ar. 536.

<sup>98</sup> STSJ País Vasco 8 julio 1997, Ar. 2.323.

al amparo del régimen transitorio, tanto la comisión promotora del plan de pensiones como la comisión de control pueden alcanzar un acuerdo para integrar los derechos por servicios pasados correspondientes a compromisos por pensiones para el personal activo y, en su caso, las obligaciones asumidas con los jubilados y sus beneficiarios. A tal efecto, la empresa deberá formular un único plan de reequilibrio que deberá integrar todos los compromisos por pensiones establecidos para los sujetos mencionados (DT 15.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> LOSSP y arts. 11 y ss. RICP).

C. La selección del instrumento de cobertura -contrato de seguro o plan de pensiones- puede presentarse como un tercer problema en este proceso de externalización y que toda empresa que tenga asumidos compromisos por pensiones con sus trabajadores ha de abordar. En cierto modo, el legislador manifiesta una cierta predilección por los planes y fondos de pensiones, a juzgar por las ventajas fiscales previstas. Son estos, por lo demás, los que más atraen a los sindicatos toda vez que se trata del único instrumento en el que se garantiza la propiedad de los trabajadores sobre el patrimonio afecto, otorgando a sus partícipes unos derechos económicos, los derechos consolidados que pueden movilizar a otro plan de pensiones en caso de cese de la relación laboral con el empleador-promotor y que, incluso, pueden llegar a rescatar en situaciones excepcionales (paro de larga duración y enfermedad grave, *ex art.* 8.8 LPFP). La presencia de una mayoría absoluta de los potenciales partícipes en la Comisión Promotora y de sus representantes en la Comisión de Control del plan y también de fondo de pensiones, así lo avala.

Por su parte, el seguro colectivo sobre la vida que puede servir para cubrir estos compromisos por pensiones puede ser contratado bien con una compañía aseguradora o bien a través de las mutualidades de previsión social que, desde 1995, asumen también esta competencia. En este último caso, la condición de socio mutualista se considera indispensable a la de tomador del seguro y asegurado por cuanto en las mutualidades de previsión social los mutualistas son los trabajadores, los socios promotores son las empresas en las que prestan sus servicios y las prestaciones que se otorgan son únicamente consecuencia de la previsión entre trabajador y empresa. Las contingencias que cabe asumir a través de esta vía van mucho más allá de las previstas para los planes y fondos de pensiones (incapacidad temporal ya sea por accidente o enfermedad, maternidad, asistencia médica, etc). Y la titularidad de los recursos disponibles en la mutualidad le pertenece a esta última, es decir, que el trabajador, socio mutualista, no es el propietario de los recursos patrimoniales correspondientes a la parte proporcional de su futura pensión o prestación sino que lo es la mutualidad. Tan sólo para el supuesto en que el trabajador cese en la relación laboral, sufra una enfermedad grave o se encuentre en situación de desempleo de larga duración se prevé el rescate, como mínimo, de las provisiones técnicas correspondientes a su póliza [art. 29.1.c) y d), 29.2.b) y d) y 29.3.b) y c) del RDICP, respectivamente] y siempre que se hubieran cumplido con anterioridad las normas que sobre imputación fiscal prevén el artículo 16.1.e de la LIRPF, DA 1.<sup>a</sup> de la LPFP y los artículos 29 y 32 del RDICP. Se trata, no obstante, de la devolución de las cantidades no consumidas y, por ende, cantidades muy inferiores a las aportadas, precisando la ley la improcedencia de cualquier otra liquidación con cargo al patrimonio social de la mutualidad [arts. 64.3.c) y 9.2.f), respectivamente, de la LOSSP]. Por su parte, cuando la instrumentación de los compromisos por pensiones se realiza a través de un contrato de seguro pero acudiendo a una compañía de seguros o a una entidad bancaria o aseguradora, la situación se agrava toda vez que la titularidad del patrimonio y, por tanto, la dispo-

sición de los bienes y derechos en que se materialicen las inversiones de las provisiones matemáticas del mismo, le corresponde en exclusiva a la entidad aseguradora. De esta forma, el trabajador que extingue su contrato con anterioridad al acaecimiento de la contingencia no tendrá derecho alguno sobre la parte ya devengada de su futura pensión. Tan sólo la imputación fiscal de las cantidades aportadas por la empresa en favor del trabajador permitirá la disposición anticipada de las prestaciones comprometidas [art. 16.1.e) LIRPF] así como los supuestos de cese o extinción de la relación laboral, enfermedad grave y desempleo de larga duración a los que antes se aludiera (arts. 29 y 32, respectivamente del RDICP).

Con todo, será la fiscalidad de estos instrumentos de externalización la que motive la opción por uno u otro, especialmente en el período transitorio <sup>99</sup>. En este caso, la fiscalidad de las aportaciones adicionales y/o derechos por servicios pasados para beneficiarios o pasivos y para partícipes en activo, aunque hayan de ser imputadas financieramente a su beneficiario, no le serán imputadas fiscalmente, con lo que ninguna incidencia fiscal tendrá para ellos; por su parte, el empresario podrá deducirlas de su imposición societaria. Un régimen que se extiende, en gran medida, a las mutualidades de previsión, tras aceptar su histórica reivindicación de disfrutar del mismo tratamiento fiscal que los planes de pensiones. No así a los contratos de seguro celebrados con una compañía de seguros, que siguen estando relegados en este punto. La fiscalidad como incentivo para suscribir un plan de pensiones -y ahora también para los contratos de seguros con mutualidades- se ha visto siempre justificada por las características típicas de aquéllos (mecanismos de participación y control, no discriminación, irrevocabilidad de sus prestaciones, iliquidez, atribución de derechos, etc.), pero el contrato de seguro suscrito con una compañía aseguradora o entidad bancaria o aseguradora no presenta tales rasgos por lo que únicamente se permitirá al empresario deducir de su impuesto personal el pago de las mismas cuando éstas sean imputadas fiscalmente al trabajador. En este caso, el trabajador al que se le imputen estas cantidades deberá integrarlas en su base imponible del IRPF, resultando una carga fiscal de tal magnitud que hace inviable la externalización a través de este instrumento. La única solución reside en la no imputación fiscal de los recursos al trabajador, en cuyo caso

<sup>99</sup> Con carácter general, en los planes de pensiones las aportaciones realizadas por los empresarios son deducibles de su base imponible en el Impuesto sobre Sociedades (o en el IRPF, si se tratara de persona física) mientras que los trabajadores podrán reducir de su base imponible tanto las cantidades aportadas por ellos como por el empresario a su favor en el IRPF, atendiendo al límite establecido por el artículo 46.1 de la LIRPF (20% de sus rendimientos netos de trabajo o 1.100.000 ptas. anuales con carácter general, límite que se incrementa en 84.615 ptas. más por año de edad para los mayores de 52 años). Por su parte, las prestaciones recibidas tributarán en concepto de rendimiento del trabajo, íntegramente si se reciben en forma de renta y con la posibilidad de reducir en un 40 por 100 la cuantía a tributar si se obtiene en forma de capital. En los contratos de seguros gestionados por las mutualidades de previsión social, también las aportaciones de la empresa serán deducibles del Impuesto sobre Sociedades siempre que las cuantías de las primas se imputen fiscalmente a los trabajadores. De ser así, los trabajadores deberán integrarlas asimismo en su base imponible del IRPF con las reducciones previstas antes para las aportaciones a planes de pensiones. Sin embargo, si las primas abonadas no han sido imputadas fiscalmente a los trabajadores por parte de la empresa, no tendrán éstos que integrarlas en su base imponible del IRPF ni podrán ser objeto, por tanto, de deducción alguna. Por lo que se refiere a la fiscalidad de las prestaciones seguirán un régimen muy similar al previsto para las derivadas de los planes y fondos de pensiones. Por su parte, la tributación para el resto de los contratos de seguro concertados con una compañía de seguros tendrá un tratamiento muy semejante al apuntado aun cuando dependiendo de las contingencias se introduzcan algunas especificidades (art. 17 LIRPF). Quizá el aspecto más destacado es que, a diferencia de los anteriores supuestos, en este último caso las prestaciones derivadas de muerte no tributan como rendimiento de trabajo en el IRPF sino que lo hace a través del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

el empresario no podrá deducirse tales cantidades. Distinto régimen seguirán, no obstante, las cantidades de las primas de seguros que sirvan para externalizar prestaciones ya causadas por los pasivos o una financiación complementaria para las mismas. En tal supuesto, las cuantías de las primas no se imputarán fiscalmente a los pensionistas y, sin embargo, el empresario sí podrá deducírselas fiscalmente <sup>100</sup>.

D. Conviene destacar, por último, que el incumplimiento de la obligación legal de externalizar una vez transcurrido el período transitorio de adaptación previsto tendrá, al menos, tres efectos inmediatos para la empresa. En primer lugar, supone la comisión de una infracción muy grave en los términos previstos en la LISOS -lo que significa que la empresa puede ser sancionada en cada supuesto hasta con 15 millones de pesetas-. En segundo lugar, implica que la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones no desaparece y, por lo tanto, el empresario mantiene sus compromisos en los términos pactados con sus trabajadores y habrá de responder de los mismos en caso de incumplimiento. Y, en tercer término, determina que la empresa deba externalizar, una vez transcurrido el período transitorio, sin el atractivo de los beneficios fiscales previstos para una actuación dentro del plazo legal. Por su parte, el cumplimiento fuera de plazo tiene, a su vez, importantes efectos perjudiciales para los trabajadores, puesto que sólo hasta el 1 de enero de 2001 se reconoce la exención fiscal y los amplios límites establecidos para las dotaciones correspondientes por los años de servicio de cada trabajador.

### 3. Consecuencias de la «patología» del grupo de empresas en la externalización de los compromisos por pensiones.

A. La obligación de externalizar se extiende a las empresas, en unos términos que, *a priori*, podrían no incluir a los grupos de empresa en tanto quedan obligadas las personas físicas, las personas jurídicas y las comunidades de bienes. En relación a las personas físicas, la norma sólo señala que para hacerlas responsables basta con haber asumido compromisos por pensiones con sus trabajadores. Pero respecto a las personas jurídicas, la escueta referencia a las mismas contenida en la DA 1.ª de la LPFP es desarrollada por el artículo 5 del RDICP con ciertos matices. En primer lugar, añade que se trata de personas jurídicas «cualquiera que sea su naturaleza», incluyendo, por tanto, cualquier forma jurídica elegida para operar en el mercado. En segundo lugar, exige que se trate de personas jurídicas con nacionalidad española y domicilio en territorio nacional o cuyo principal establecimiento o explotación radique en el mismo. Bien es cierto que el propio artículo 5 del RDICP

<sup>100</sup> P. FONT, R.J. PALOMO, A. ARIAS y V. REY, *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales...op. cit.*, págs. 137-186, R. GALLEGU y P. GAMEZ, «La fiscalidad de los planes de pensiones de empleo y de los seguros colectivos de vida que instrumenten compromisos por pensiones con entidades aseguradoras», *Previsión y Seguro*, núm. 69, 1999, págs. 115-131, C. CAMACHO y D. GALVEZ, «Régimen jurídico y tributario de las mejoras voluntarias en los seguros de vida», *Previsión y Seguro*, núm. 70, 1999, págs. 97-109, A. LINARES PEÑA y J. TORIBIO RAMOS, «Comentario a la Ley 30/95. Obligación de exteriorización de fondos internos de pensiones», *Previsión y Seguro*, núm. 59, 1996, en especial, págs. 26-37, y, en relación a las prestaciones, J. YANES BRUGUES, «Las prestaciones derivadas de los seguros de vida y de los planes de pensiones: sujeción al ISD, o al IRPF», *Crónica Tributaria*, núm. 86, 1998, págs. 123-141.

reconoce que estarán asimismo obligadas a externalizar compromisos por pensiones «las entidades extranjeras siempre que posean agencias, sucursales o algún establecimiento en territorio nacional». Y, en tercer y último término, señala cómo, en el ámbito del sector público, se consideran empresas a los efectos de determinar la obligación legal de externalizar a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles en cuyo capital participen, directa o indirectamente, las Administraciones públicas o entidades u organismos vinculados dependientes de las mismas. Ninguno de estos tres elementos impondría una modificación sobre lo expuesto: el grupo de empresas se halla exento de responsabilidad por cuanto la misma se imputa exclusivamente a la persona jurídica y no a quienes carecen de ella. Dicha obligación alcanzaría, en su caso, a cada una de las empresas, con personalidad física o jurídica, que componen el grupo. Sin embargo, la intención de ampliar el ámbito de aplicación de esta obligación legal a todas las manifestaciones empresariales, prácticamente sin excepción, ha quedado reflejada en la DA 1.ª de la LPFP, tras haber sido reformada por la LOSSP. En virtud de la misma tendrán también la consideración de empresas a estos efectos «las comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores los compromisos descritos». Redacción sobre la cual ningún matiz ha introducido el artículo 5 del RICP, recogiendo en idénticos términos.

Se reproducen en esta materia las disfunciones propias de la asunción patológica del grupo de empresas. El grupo no puede ser responsable de la obligación legal de externalizar porque carece de personalidad jurídica pero, a su vez, hacer únicamente responsable a cada una de las empresas que integran el mismo puede resultar inadecuado por cuanto dichas empresas dependen económica y financieramente del grupo, por lo que sus responsabilidades económicas «formales» se hallan muy por debajo de las posibilidades «reales» que las mismas tienen de garantizar estos compromisos por pensiones. Si se parte de la definición antes apuntada sobre los compromisos por pensiones, se observará que estos compromisos, en tanto derivados de obligaciones legales, convencionales o contractuales de la empresa, podrán ser, en el grupo de empresas, establecidos por un sujeto distinto del que realmente los asume. La empresa integrada en el grupo pacta con sus trabajadores el compromiso correspondiente cuya financiación -y, por tanto, cuya externalización- ha de ser asumida por el grupo de empresas. El grupo de empresas identificado en los pronunciamientos de nuestros tribunales responde a la fisonomía de una empresa unitaria, integrada por distintas unidades de producción que mantienen todas ellas su propia personalidad jurídica ante la ausencia de la personalidad del grupo de empresas. La conservación de la autonomía e independencia no se traduce en la facultad de adoptar decisiones, potestad que asume únicamente la empresa dominante. La presencia de uno o de varios de los indicios tenidos en consideración por la jurisprudencia justificará la ruptura o no del beneficio de la independencia patrimonial. De ser eliminado, se produce automáticamente la comunicación de responsabilidades a todas las empresas que pertenecen al grupo ante la constitución y actuación fraudulenta del mismo, *ex* artículo 6.4 del CC <sup>101</sup>. En cierto modo, la jurisprudencia de indicios

<sup>101</sup> Dos sociedades con los mismos socios y cuyo objeto social es prácticamente idéntico ha de considerarse mera ficción tanto la creación de las sociedades como el contrato de arrendamiento entre ellas dado que persiguen una finalidad distinta y prohibida por ley por lo que ha de considerarse fraudulento [STS 12 julio 1988, Ar. 5.802]. O cuando el Tribunal Supremo alude a la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores [STS 30 enero 1990, Ar. 233]. O cuando se hace referencia a la búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión elusión de responsabilidades laborales [STS 3 mayo 1990, Ar. 3.946].

creada en torno a la actuación «patológica» del grupo de empresas no afectaría a la responsabilidad de este último en materia de compromisos por pensiones por cuanto la dependencia funcional o económica de la empresa filial sobre la empresa matriz obligaría al grupo a hacerse responsable de los mismos. Pero es que además, esta parcela se incluye dentro de la política de personal sobre la cual, de demostrarse unidad de decisión sobre la misma por parte de la empresa dominante, se imponen los efectos derivados de considerar al grupo de empresas como empleador.

B. El efecto primario ha sido que nuestros tribunales han optado por considerar, como regla general y salvando algunas excepciones <sup>102</sup>, que la responsabilidad ha de ser compartida por todas las empresas integrantes del grupo <sup>103</sup>, hasta el punto de hacer derivar de la existencia del grupo de empresas «el efecto normal de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo» <sup>104</sup>. De ahí que, en el seno del grupo, se llegue a declarar «la responsabilidad solidaria de la empresa fuerte y económicamente solvente respecto a aquella otra que surge de ella sin patrimonio propio y sin otro propósito que el de eludir el cumplimiento de sus responsabilidades laborales» <sup>105</sup>. Si bien dicha determinación puede concretarse a través de dos vías: o bien considerando la figura del empresario plural, una condición conjunta de empresario para todas las empresas que integran el grupo, en virtud de la cotitularidad del vínculo contractual resultante de los indicios que permiten deducir que nos encontramos ante un único centro de imputación; o bien identificando la obligación en la empresa dominante, aun cuando esta última no tenga propiamente la condición de empresario, asumiendo el incumplimiento de las empresas dominadas, en especial si se demuestra con indicios racionales que las dificultades (económicas, organizativas, productivas o tecnológicas) de la empresa filial han venido dadas por la inserción en el grupo.

Se requiere, en todo caso y al menos, dos elementos de base. En primer término, probar que las empresas actuaban externamente como una realidad unitaria y bajo un esquema funcional plenamente centralizado, lo cual impone en el grupo un grado intenso de comunicación entre todas las empresas integrantes del mismo. Y, en segundo lugar, la determinación previa de la existencia de responsabilidad misma que, por lo demás, podrá ser contractual o extracontractual. Para que surja la responsabilidad en los supuestos de grupos de empresas no es necesario que exista una culpa o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales o extracontractuales, entendidas como incumplimiento de una obligación contraída con la sociedad por vulneración de sus normas jurídicas o principios básicos de comportamiento <sup>106</sup>. Basta tan sólo con una constatación clara del

<sup>102</sup> La posición de cabecera del grupo imprime responsabilidad si trasciende a la organización del trabajo, STS 3 marzo 1987, Ar. 1.321 y 7 diciembre 1987, Ar. 8.851.

<sup>103</sup> SSTS 4 marzo 1985, Ar. 1.270, 11 diciembre 1985, Ar. 6.094, 10 noviembre 1987, Ar. 7.838, 30 enero 1990, Ar. 233, 30 junio 1993, Ar. 4.939 y 29 octubre 1997, Ar. 7.684. Doctrina seguida asimismo por los Tribunales Superiores de Justicia, STSJ Madrid 2 julio 1998, Ar. 2.900 y STSJ Cataluña, 4 marzo 1998, Ar. 1.500.

<sup>104</sup> STS 31 enero 1991, Ar. 200.

<sup>105</sup> STS 29 junio 1989, Ar. 4.854.

<sup>106</sup> R. SENRA BIEDMA, «Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal», en AAVV, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 198 y ss.



mero incumplimiento obligacional. De este modo, la no aceptación por los titulares de empresas del grupo de su condición de empresarios materiales, en cuanto supone vulneración de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la LET, comporta la automática aplicación de la responsabilidad sin necesidad de que los perjudicados aporten prueba de la existencia de culpa o negligencia. Y una vez establecida la existencia de la responsabilidad, dado que de la misma se predica su solidaridad, también surge el derecho de los trabajadores perjudicados a dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responsables solidarios para exigirle el cumplimiento de la obligación de dar o de hacer alguna cosa. Y ello a pesar de que la imputación de este tipo de responsabilidad tenga, en numerosas ocasiones, graves dificultades aplicativas (señálese, por ejemplo, la declaración de nulidad de un despido respecto de empresas que no ostentan formalmente la condición de sujeto patronal).

Esta opción por la responsabilidad solidaria permite respetar, al menos, dos principios. El de la personalidad jurídica, puesto que la propia adopción de la regulación de la personalidad jurídica respondió a la necesidad de recoger normativamente realidades y demandas socio-económicas. Y, en la medida en que no sea aceptada una imputación directa de la responsabilidad al grupo, porque la declaración de solidaridad viene a constituir un claro reconocimiento de aquel principio que define la responsabilidad solidaria como una carga correspondiente, en este caso, a las empresas de base del grupo, pareciendo así que son ellas, y no el grupo que conforman, quienes por gozar de reconocimiento jurídico han de responder. Y se justifica en el hecho de que el ordenamiento deba preservar, en situaciones como la apuntada, el interés de los trabajadores, que se superpone al interés puramente empresarial y, en muchas ocasiones, al de terceros. En relación a los grupos de empresas, esa forma de priorizar el interés de los trabajadores se canaliza mediante una imputación de responsabilidad solidaria a todas las empresas que componen el grupo <sup>107</sup>. En definitiva, la responsabilidad solidaria constituye una solución menos gravosa y más tuitiva para el trabajador que la defensa de la mancomunidad o la proporcionalidad en la responsabilidad de las empresas que integran el grupo; el recurso a la comunidad de bienes para identificar el tipo de responsabilidad que han de asumir los grupos de empresas podría conducir, como ocurriera en el pasado y en aplicación del artículo 393 del CC, a la determinación de una responsabilidad mancomunada simple y en proporción a las cuotas de participación y no a una responsabilidad solidaria <sup>108</sup>. Cabría argumentar, no obstante, que en la teoría general de las obligaciones prevalece el principio de la no presunción de solidaridad respecto de los sujetos deudores sometidos al deber jurídico de cumplimiento, en el caso que nos ocupa, los deberes empresariales <sup>109</sup>. De acuerdo con el artículo 1.137 del CC, la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores de una sola obligación no supone que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a ello cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria. Mas, con una opinión casi unánime, los tribunales laborales han considerado que los efectos laborales de «una empresa nacida del agrupamiento» imponen la aplicación del principio de

<sup>107</sup> L.M. CAMPS RUIZ, «Tratamiento laboral de los grupos de sociedades», *Actualidad Laboral*, 1990, núms. 34 y 35, pág. 402.

<sup>108</sup> STCT 29 mayo 1985, Ar. 3.485 y 18 febrero 1986, Ar. 957.

<sup>109</sup> E. GONZÁLEZ BIEDMA, E., «La responsabilidad de los grupos empresariales a efectos laborales», *RL*, 1989, t. II, págs. 213-229.

solidaridad, «que descansa fundamentalmente en el de realidad consistente en buscar la realidad auténtica de los hechos más allá de los formalismos y formalidades jurídicas»<sup>110</sup>. Incluso aunque se constate una vinculación poco clara entre las empresas del grupo, siempre que se reconozca con certeza por parte del trabajador la previa existencia de una relación contractual con una de ellas<sup>111</sup>. La concurrencia de los indicios tenidos en cuenta para determinar la actuación de un grupo de empresas en el ámbito laboral -una organización, un patrimonio o una proyección común hacia el exterior-, manifestación palmaria de que existe «relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario»<sup>112</sup>, obliga a identificar al grupo de empresas como empleador único a fin de determinar la responsabilidad frente a sus trabajadores -o frente a cualquier tercero-, siendo la responsabilidad solidaria la que mejor satisface los intereses perjudicados.

La solución adoptada acudiendo a la determinación de la responsabilidad solidaria no se halla exenta, empero, de algunas objeciones. En primer lugar, que el tratamiento que sobre la responsabilidad se ha llevado a cabo en relación a la actuación de los grupos de empresas en el ámbito laboral ha ido destinado más a conseguir los intereses en conflicto que a reconocer la figura del empleador. De hecho, la condena solidaria a las empresas del grupo no se ha basado tanto en la aplicación de una técnica jurídica depurada de la condición de empresario sino en su entendimiento como medio para responsabilizar a las empresas frente a los trabajadores o frente a terceros, recurriendo a la aplicación analógica de otras garantías establecidas por nuestro ordenamiento<sup>113</sup>. Bien es verdad que dicha apreciación se va extendiendo cada vez de forma más generalizada en el ámbito de las relaciones laborales sin recurrir a actuaciones contrarias a la ley<sup>114</sup>. Por lo demás, y en segundo lugar, si la adopción de la responsabilidad solidaria se impone para responder al «principio de la realidad» sobre el de la apariencia, la «realidad» del grupo sería la unidad económica del mismo, mientras que la «apariencia» vendría derivada de su diversidad jurídica. Pero es esta disparidad la que precisamente define al grupo de empresas sobre otras figuras de concentración empresarial. Lo que representa a éste como un modo de organización empresarial más atractivo y original que otros es, en definitiva, dicha diversidad. La esencia del grupo no reside, de hecho, en su unidad económica, sino en la coexistencia de la unidad económica y de la pluralidad de los sujetos jurídicos que la conforman<sup>115</sup>. Una pluralidad jurídica de la que debiera derivarse una legítima limitación de responsabi-

<sup>110</sup> SSTS 5 enero 1968, Ar. 126, 19 mayo 1969, Ar. 2.773 y 12 noviembre 1974, Ar. 4.050, 3 marzo 1987, Ar. 1.321, 8 octubre 1987, Ar. 6.973, 30 junio 1993, Ar. 4.939 y 29 octubre 1997, Ar. 7.684, entre otras.

<sup>111</sup> STS 5 enero 1968, Ar. 126 y 12 noviembre 1974, Ar. 4.050.

<sup>112</sup> SSTS 22 enero 1990, Ar. 180 y 30 junio 1993, Ar. 4.939.

<sup>113</sup> M.R. MARTÍNEZ BARROSO, «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas», *REDT*, núm. 10, 1993, pág. 930, en referencia a las garantías establecidas por el artículo 43 LET respecto de la cesión de trabajadores en el caso de circulación interna de trabajadores en el grupo de empresas.

<sup>114</sup> Imponiéndose esta solución cuando se plantean no sólo problemas de movilidad en el grupo, sino actuaciones contrarias a la buena fe contractual, descuelgues salariales o cualquier otro conflicto individual o colectivo, F. PÉREZ DE LOS COBOS, «El desvelo de los grupos de empresa», *Aranzadi Social*, 1997, t. V, pág. 70.

<sup>115</sup> J.M. GALIANA MORENO, «El trabajo prestado a los grupos de empresa», *VI Jornadas hispanolubrasileñas*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1992, pág. 105.

lidades, de forma tal que la restauración de la correspondencia entre la realidad económica y la realidad jurídica -como se hace para precisar la responsabilidad solidaria de las empresas que componen el grupo- supondría pura y simplemente la desaparición de la forma «grupo» <sup>116</sup>.

Habría que destacar, en tercer término, que esta opción por la responsabilidad solidaria no resuelve todos los problemas en la relación laboral. Y así, en los supuestos de confusión de plantillas o de patrimonios sociales o ante la presencia de una dirección unitaria o con una apariencia externa de unidad empresarial no basta con apreciar la existencia de una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes sino que deviene necesaria la proclamación de la existencia de una única empresa a efectos del desarrollo de las relaciones laborales en el seno del grupo. El afán por conseguir la protección de los intereses anulados con la conducta defraudatoria de los grupos de empresas ha llevado a condenar no sólo a las empresas que integran el grupo solidariamente sino incluso a los accionistas o socios de las mismas <sup>117</sup>. Y, en este sentido, se ha llegado a plantear si el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre empresas no será una solución desmedida en tanto la protección de los trabajadores se encuentra debidamente garantizada, entre otros, por los artículos 115 y ss. de la LSA que se hacen eco de la realidad del grupo de empresas <sup>118</sup>. La realidad mercantil demuestra, sin embargo, que, por ejemplo, si se pretendiera hacer partícipe a la empresa madre de los créditos que no hayan podido ser satisfechos por las filiales nos encontraríamos con una excepción en el artículo 1 de la LSA en el que se establece que los socios no responden del cumplimiento de las deudas sociales <sup>119</sup>. Razones como las apuntadas permiten deducir, por tanto, que el recurso al régimen previsto para las sociedades anónimas se muestra insuficiente si aplicado a los grupos de empresas, exigiendo en este último a la sociedad dominante que responda de las pérdidas o reclamaciones diri-

<sup>116</sup> F. PÉREZ DE LOS COBOS, «El desvelo de los grupos de empresa...», *op. cit.*, pág. 68.

<sup>117</sup> «La finalidad primordial legitimadora del criterio socio-laboral ... es la de garantizar la efectividad de los derechos tutelables en el ámbito de que se trata con cargo a quien materialmente debe satisfacerlos, máxime en situaciones de insolvencia sobrevenida» [STSJ Cantabria, 27 enero 1992, Ar. 88 (con profusa cita de Sentencias del TCT, TSJ o TS)].

<sup>118</sup> En ellos se contemplan mecanismos efectivos para impugnar los acuerdos sociales lesivos de la empresa así como la exigencia de responsabilidades a los administradores que causen daño a la sociedad o a los accionistas que mediante malicia, abuso de facultades o negligencia grave consigan el mismo resultado. Se trata, no obstante, de fórmulas resarcitorias no siempre adecuadas para el grupo de empresas pues si bien se establecen para excepcionales, infrecuentes, ajenos a un comportamiento normal o esperado de la empresa, en los grupos este tipo de comportamiento tiene un origen estructural, forma parte de la propia configuración de los mismos y se deriva de su propia posición competitiva en el mercado [L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades...*, *op. cit.*, pág. 54.]. Por otra parte, los trabajadores carecen de legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales y además la acción de responsabilidad o de indemnización contra los administradores que podría entablar en su condición de acreedor social no puede plantearse ante los tribunales laborales, al no tener estos competencia alguna en la materia, lo que obligaría a los trabajadores a acudir ante un orden jurisdiccional distinto al natural y ajeno a los principios rectores del proceso laboral. Raramente es exigida por los trabajadores en su condición de terceros y salvo en el supuesto excepcional indicado en que coincide la condición de empleador y administrador, la reparación de los daños causados por actos que les sean imputables, se resolverá *ex* artículos 134 y 135 LSA [STS -Sala Primera- 14 noviembre 1988 y 13 febrero 1990, Ar. 681].

<sup>119</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, págs. 311-312. No se admite la condena solidaria de personas naturales, socios de la entidad, con independencia del cargo que ocupen por ser ésta una de las características principales de la forma societaria y principio rector de la misma incluso cuando todas las acciones se concentren en una sola persona [SSTS 6 diciembre 1985, Ar. 6.069, 20 octubre 1986, Ar. 5.855, 24 noviembre 1986, Ar. 6.708, 2 septiembre 1987, Ar. 6.232, 28 diciembre 1987, Ar. 9.044, 19 septiembre 1988, Ar. 6.920, 27 marzo 1989, Ar. 2.416].

gidas contra la sociedad dominada <sup>120</sup>. Con esta pretensión y a fin de subrayar la interrelación entre la unidad de control y la responsabilidad a imputar, la doctrina plantea la secuencia poder/control/transparencia como justificación de una responsabilidad solidaria <sup>121</sup>.

C. Cualquier opción, la de imputar responsabilidad a cada componente del grupo, la de hacerla recaer sobre la empresa dominante o la de asignarla a todos los miembros del grupo, encuentra algún inconveniente, aunque todas ellas han sido defendidas, de un modo u otro, por la jurisprudencia. En el primer caso, porque supondría admitir la existencia de empresas autónomas, cuando en los grupos por subordinación ya hemos comprobado que esa autonomía se encuentra ciertamente mermada. En el segundo supuesto, porque para adoptar esta decisión habría que partir de la consideración -no del todo cierta- de la condición de titular del grupo de la empresa dominante. Y, en el tercer caso, y aun cuando haya sido la opción mejor acogida por la jurisprudencia por entender que es la solución más común a las situaciones de pluralidad empresarial, porque la apreciación del grupo de empresas como forma de comunidad de bienes del artículo 1.2 de la LET no parece adecuada toda vez que ésta sirve para atender a una pluralidad real de componentes no para una situación asumida como unitaria <sup>122</sup>. Por lo demás, señalar como responsable a cada componente del grupo tiene un inconveniente añadido y es que se ignora la existencia del grupo, objetivo contrario al reivindicado cada vez con más fuerza por los operadores jurídicos.

---

salvo que se compruebe que la fórmula societaria tiene un trasfondo fraudulento [26 febrero 1990, Ar. 1.232]. Esta impermeabilidad de responsabilidad de los socios ha servido asimismo para negar la responsabilidad de los administradores, en especial, la de aquellos que rigen la empresa dominante [G. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión de la sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad/Empresa, 1982, pág. 586]. Una interpretación no aceptada por los tribunales laborales en el entendimiento de que «la limitación de la responsabilidad por parte del mismo no es más que una mera pantalla para eludir la responsabilidad personal... a quien ha de alcanzar, en consecuencia, la condena que se dicte» [STSJ Cataluña 19 junio 1994, Ar. 2.552] que se condene como empresario al administrador de la sociedad va más allá de la responsabilidad del administrador y confunde al apoderado que contrató en nombre de la sociedad a un trabajador por cuenta ajena con la empresa que recibe la prestación de servicios del trabajador y que está ligada con éste en virtud del contrato de trabajo» [STS 15 septiembre 1989, Ar. 6.442]. En estos mismo términos, M.C. SÁNCHEZ DE MIGUEL, «Los grupos de sociedades: un acercamiento a su conceptualización desde la perspectiva del derecho español y del derecho comunitario», en AAVV, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo... op.cit.*, pág. 65, por considerar aplicables los artículos 132 y ss. de la LSA a estos supuestos.

<sup>120</sup> F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1981, pág. 407.

<sup>121</sup> Por todos C. MOLINA NAVARRETE, *El Derecho nuevo de los grupos de empresas...*, *op. cit.*, especialmente págs. 210 y ss. Señálese, por otra parte, que de acuerdo con el artículo 9 del RD 1.815/1991, de 20 diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, ha de protegerse a los socios externos en las sociedades dependientes del mismo modo que han de estarlo los acreedores -incluyendo en esta categoría a los trabajadores- de las sociedades filiales que habrán de estar protegidos por la sociedad holding, como señala el artículo 38 Ley 10/1985, de 26 abril, de modificación de la LGT en virtud de la cual responde la sociedad holding con el patrimonio de todo el grupo y solidariamente todas las sociedades del mismo. En atención al artículo 8 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia se entiende asimismo que las conductas de la empresa agrupada son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquella es determinado por ésta. En el supuesto de la sociedad unipersonal sin constancia registral (sociedad holding que adquiere la totalidad del capital social de la filial) o socio único (la sociedad holding) responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales de la filial (arts. 311 LSA y 129 LSRL).

<sup>122</sup> Algunas decisiones no dudan en apuntar cómo el tratamiento jurisprudencial del grupo se ha reducido «a la vaga y no siempre encajable referencia del artículo 1.2 ET» [STSJ La Rioja 30 marzo 1995, *AL*, 1995, t. II].

De ahí que se proponga partir de una consideración dual del grupo unidad y, como pluralidad de componentes, aceptar un concepto de «empresa articulada» en el que se supere el reduccionismo que impera y se permita distinguir diferentes niveles de imputación subjetiva en el seno del grupo, atendiendo a la posición que cada componente adquiera en el mismo <sup>123</sup>. Un planteamiento que llevaría a reconsiderar algunas opciones que han sido descartadas por la jurisprudencia al acudir directamente a la imputación de una responsabilidad solidaria y que se verían respaldadas aludiendo al carácter excepcional que en el ordenamiento tiene la responsabilidad solidaria a la que, salvo que exista una llamamiento expreso, no cabe apreciar como regla general <sup>124</sup>. Desde atender a la imputación de una responsabilidad subsidiaria del grupo respecto del empresario singular, aun cuando las restantes empresas pudieran tener entonces una responsabilidad bien solidaria bien mancomunada, hasta admitir la responsabilidad parcial o por cuotas de los miembros del grupo, cualquier alternativa sería válida <sup>125</sup>. En el primer supuesto se trataría de una aplicación analógica del esquema de responsabilidad previsto para una de las figuras afines al grupo de empresas, la AIE para la cual la ley reguladora de la misma establece una responsabilidad directa de la agrupación y, subsidiariamente pero con carácter solidario, una responsabilidad de las empresas agrupadas. En definitiva, la determinación de una responsabilidad subsidiaria del grupo descansa en la estimación clara de la deuda. Para que exista reclamación conjunta y simultánea contra todas las empresas que integran el grupo ha debido existir una previa persecución no solventada contra el patrimonio de quien contrajo la deuda, exigiendo dicho esfuerzo al acreedor, en este caso al trabajador. En el segundo caso, porque ante la existencia de una pluralidad de deudores, el artículo 1.137 del CC obliga a acudir a la parciariedad o mancomunidad en atención al supuesto de hecho concreto y no a la responsabilidad solidaria. Pese a todo, el recurso a la responsabilidad solidaria prima en nuestra jurisprudencia, guiada por las situaciones de fraude, abuso de personalidad o apariencia de grupo que subyacen en la mayor parte de los conflictos que sobre el mismo ha debido resolver, y asistida de la necesidad de preservar los intereses de colectivos afectados por este imparable proceso de concentración empresarial, en especial, los intereses de los trabajadores.

<sup>123</sup> A.J. VALVERDE ASENCIO, *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 206.

<sup>124</sup> Incluso algún pronunciamiento judicial no ha dudado en acudir no sólo al artículo 1.137 del CC sino al artículo 1.731 del CC para justificar que entre los distintos componentes de la relación en el grupo existe una relación de mandato tácito lo que justificaría la responsabilidad solidaria de todos los miembros por esta vía [STSJ País Vasco 11 diciembre 1996, Ar. 4.134].

<sup>125</sup> E. GONZÁLEZ BIEDMA, «La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales», *RL*, 1989, t. II, pág. 221.

### III. RECONOCIMIENTO DEL GRUPO DE EMPRESAS COMO EMPLEADOR Y COMO PROMOTOR DE PLANES DE PENSIONES

#### 1. La novedad de los «planes de pensiones de grupo».

A. Las dificultades apuntadas para delimitar la figura del grupo de empresas como sujeto responsable de los compromisos por pensiones se han visto compensadas cuando el legislador de la LPFP ha decidido permitir que el grupo de empresas se constituya como promotor de planes de pensiones, figura hasta ahora destinada exclusivamente al empresario individual. Al menos en relación a uno de los dos instrumentos previstos para externalizar los compromisos por pensiones -plan de pensiones y contrato de seguro- se tiene en cuenta expresamente la figura del grupo de empresas. Pese a que el principio general introducido en la LPFP desde 1987 es que un promotor sólo puede serlo de un único plan de pensiones al que se unirán exclusivamente los trabajadores de su empresa (art. 4.1.a LPFP), desde 1995 el nuevo art. 4.1.a) de la LPFP, reformado por la LOSSP, alude a los compromisos por pensiones susceptibles de ser integrados en un plan de pensiones «de las empresas de un mismo grupo», en cuyo caso podrán instrumentarse en un solo plan, siempre que se integren todos los compromisos de todas las empresas del grupo. Cualquier operación societaria así como todos los movimientos de empleados del grupo deberán considerar los derechos de los partícipes del plan del grupo. Como medida paralela, el artículo 16.5 de la LPFP también aludirá a los fondos de pensiones en el grupo de empresas. En desarrollo de estas previsiones efectuadas por la LPFP desde 1995, el RD 1.589/1999 de modificación del RFPF ha introducido un nuevo capítulo X en dicho Reglamento destinado a la regulación de los que, a partir de ese momento, se denominan «planes de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta». Dispuestos sólo para los planes de empleo y fijando su atención en los dos polos opuestos del arco empresarial -las empresas de menos de 250 trabajadores y el grupo de empresas-<sup>126</sup>, estos planes de promoción conjunta se registrarán por los mismos principios básicos establecidos por la LPFP para todo plan/fondo de pensiones (no discriminación, capitalización, irrevocabilidad de aportaciones, etc.) y deberán mantener las características propias de estos instrumentos de protección social (supervisión del plan de pensiones por la Comisión de Control del mismo, existencia de una cifra límite de aportaciones, integración imperativa en un fondo de pensiones, etc.).

El reconocimiento expreso del grupo de empresas como promotor de un plan de pensiones y como responsable de los compromisos por pensiones de todas las empresas que en él se integren es significativo porque demuestra cierta sensibilidad a la «normalización» del grupo de empresas. Contrasta, sin embargo, tanto con la genérica alusión antes mencionada en el artículo 5 del RDIC a

<sup>126</sup> Aun cuando su principal intención persigue facilitar a las pequeñas y medianas empresas la externalización de sus compromisos por pensiones, tampoco se oculta que el legislador persigue a través de esta reciente reforma una pretensión mucho más ambiciosa, preocupado porque la tendencia a la concentración de empresas tenga su propio régimen en este proceso de externalización y en la vocación futura de estos compromisos por pensiones, C. BRAVO, «Ahora sí, la importancia de la exteriorización», *Revista de la Organización de Consultores de Pensiones (OCOPEN)*, núm. 3, 1999, pág. 24.

las personas jurídicas «cualquiera que sea su naturaleza» como con la referencia de la DA 1.<sup>a</sup> de la LPFP a las «comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores los compromisos descritos» como responsables de los compromisos por pensiones. Y es que la protección social complementaria no queda exenta, como se comprueba, de los efectos de esa contradicción ya aludida entre una apreciación «patológica» del grupo de empresas como empleador y su progresiva -aunque lenta- «normalización» en el ordenamiento laboral. Manifestación palmaria de este proceso de normalización es este reciente reconocimiento del plan de pensiones de grupo y esta novedosa regulación que contempla al grupo de empresas como promotor. De hecho, la referencia a los «grupos de empresa» o a las «empresas» que integran un mismo grupo es constante en el nuevo Capítulo X del RPPF. Sin embargo, al establecer la posibilidad de constituir un plan de grupo de empresas, el artículo 74.2 del RPPF alude únicamente a las «sociedades mercantiles que pertenezcan al grupo». Con clara influencia del ordenamiento mercantil y tal vez contagiado de las principales manifestaciones que se perciben en la práctica sociolaboral, la consideración de empresa a estos efectos se reduce únicamente a aquellas que sean «sociedades mercantiles» y formen parte del grupo. Es más, la norma exige, además del hecho de mantener compromisos por pensiones con su personal, que se trate de sociedades «constituidas conforme a la legislación española y con domicilio social en territorio nacional» [art. 74.2.b) RPPF]. Mas el hecho de que la DA 1.<sup>a</sup> de la LPFP obligue prácticamente a todas las empresas y el dato cierto de que empresas no constituidas como sociedades mercantiles pueden mantener compromisos por pensiones con sus trabajadores y haberse integrado en un grupo de empresas, permiten hacer una interpretación amplia, considerando todas las alusiones a los «grupos de empresas» y no a los «grupos de sociedades» que los artículos 74 y ss. del RPPF realizan. Obsérvese que, además, son constantes las referencias a «empresas» o a «entidades» («entidades extranjeras», «entidades públicas empresariales», etc, *ex* art. 5 RDICP) y no sólo a «sociedades», forzando con ello la interpretación amplia sobre la obligación de externalizar. Es tal el grado de interés porque se materialice el plan del grupo que el mismo podrá prever incluso la participación facultativa de «otras entidades de cualquier tipo que formen parte de la unidad de decisión y comunidades de bienes constituidas por empresas del grupo» (art. 74.3 RPPF), con lo que una interpretación restrictiva sería contraria a la teleología reiterada por la norma. Se trata, además, de una legislación tan sólo aplicable al grupo de empresas de arraigo nacional [«constituidas conforme a la legislación española y con domicilio social en territorio nacional», *ex* art. 74.2.b) RPPF]. Ello no impide que facultativamente y salvo disposición contraria contenida en las especificaciones del plan de pensiones, puedan concurrir también como promotores las empresas extranjeras con agencias, sucursales o establecimientos en territorio español que formen parte del grupo (art. 74.3 RPPF). Sin embargo, cada vez es más habitual que el grupo de empresas se configure no como una entidad nacional sino como una multinacional, en la que se integran empresas de distinta nacionalidad. Tendencia que obligará pronto a cambiar las exigencias de territorialidad de las normas nacionales si, como se prevé, en el ámbito comunitario se flexibiliza la elección de la sede social de la empresa, facilitando la aplicación de aquel ordenamiento que elija la empresa en función del domicilio social de la misma <sup>127</sup>.

<sup>127</sup> Propuesta de 14.<sup>a</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al traslado de la sede de las sociedades de un Estado miembro a otro con cambio de la legislación vigente. Sobre la misma, L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Transferencia internacional de sede social», *Revista General del Derecho*, núm. 591, 1993, págs. 11.885-11.869.

B. El proceso de identificación del grupo de empresas alcanza su muestra más palmaria cuando se establece expresamente la posibilidad de constituir por cada grupo de empresas un único plan de pensiones de grupo. Salvo en supuestos muy específicos, el grupo de empresas sólo mantendrá un único plan <sup>128</sup>. Una estructura que únicamente se verá quebrada si algunas sociedades del grupo fueran promotoras, a la fecha de formalización del plan de pensiones de grupo, de otros planes de pensiones del sistema de empleo ya formalizados (art. 74.3 RPPF), en cuyo caso podrán seguir manteniendo aquellos que ya han sido creados con anterioridad. Dada la dinamicidad implícita del grupo si una vez formalizado el plan de pensiones del mismo se produjera la incorporación de nuevas empresas o «entidades» al grupo, éstas podrán integrarse asimismo al plan de grupo ya constituido; facultad que se extiende incluso a aquellas que, siendo facultativa su participación -entidades bancarias o aseguradoras o empresas que ya tenían constituidos planes- no se hubieran adherido con anterioridad (art. 74.3 RPPF). El deseo de promoción de este tipo de instrumentos de previsión es tal que incluso pueden permanecer en el plan de grupo como promotoras aquellas empresas o entidades que «con posterioridad a su incorporación al plan de pensiones dejen de pertenecer al grupo, salvo acuerdo de la comisión de control o disposición contraria en las especificaciones del plan» (art. 74.3 RPPF). La incorporación de nuevas empresas exige, al menos, dos requisitos; uno, que se aporte un anexo con los trabajadores que se adhieren al plan de grupo; otro, que dicha incorporación sea aprobada por la comisión promotora o por la comisión de control del plan de grupo [art. 76.3.c) LPFP]. Toda nueva incorporación o modificación que se produzca -cambios de denominación, operaciones societarias, separación del plan de pensiones u otras circunstancias- deberá ser puesta en conocimiento de la DGS, *ex* artículo 76.4 del RPPG.

Con todo, la identidad individual de las empresas que componen el grupo se halla presente en dos momentos significativos. En primer lugar, al manifestar la norma el respeto a aquellas sociedades del grupo que ya fueran promotoras de otros planes de empleo (art. 74.3 RPPF). En segundo lugar, al exigir que a través de un anexo se incorporen las condiciones particulares de cada empresa promotora y de sus trabajadores partícipes. Ha de hacerse constar, a estos efectos, tanto las contribuciones como las prestaciones correspondientes, que podrán ser diferentes por cada empresa promotora (art. 76.2 RPPF). Estos anexos no podrán contener, sin embargo, cláusulas que dejen sin efecto o modifiquen alguna de las condiciones generales del plan, incluido el régimen general de aportaciones y prestaciones que será el que prevalezca sobre lo establecido en cada empresa individualmente considerada y para cuya modificación el artículo 77.3 del RPPF prevé un régimen jurídico específico. Cada empresa promotora será, a tales efectos, responsable del cumplimiento de las obligaciones de contribución previstas en su anexo en relación a sus trabajadores partícipes, sin perjuicio de que, como señala el artículo 76.2 del RPPF, se admita la mediación en el pago de aportaciones por parte de algún promotor a favor o por cuenta de otro. Distanciándose, por tanto, de la aplicación judicial que se realiza sobre la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, la norma prevé la asunción individualizada de responsabilidad a través de los anexos obligatorios que han de

<sup>128</sup> Como la coexistencia de dos o más se derive de una situación sobrevenida con posterioridad a la formalización de aquéllos y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4.1.a y 5.4.f de la LPFP (art. 74.5 RPPF). Por otra parte, no será precisa la participación en el plan de pensiones de las entidades aseguradoras, de crédito y sociedades y agencias de valores del grupo que hubiesen optado por el mantenimiento de sus compromisos en fondos internos, conforme a lo previsto en la DT 14.ª de la LOSSP.



ser aportados con la formalización del plan. Mas la asunción de dichas obligaciones de forma individualizada y sin comunicación de responsabilidad tiene sentido en uno de los modelos que se concentran en la regulación dispuesta por los artículos 74 y ss. del RPPF -planes para empresas de menos de 250 trabajadores que se agrupan a tal efecto- pero no se entiende si aplicada a los planes de grupo cuyos beneficios de gestión, financiación, garantía, eficacia, rentabilidad, etc, han de llevar consigo necesariamente una comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo. La formulación de unas «normas comunes» a los planes de promoción conjunta (art. 76 RPPF) puede servir de explicación a esta referencia a la responsabilidad individual y no compartida del grupo, no exenta, por tanto, de crítica. No cabe duda de que «una vez admitida la existencia de un plan de grupo de empresas, es claro que éstos pueden directamente y como tales asumir los compromisos por pensiones, recayendo sobre ellos (como centro normativo de imputación subjetiva de las obligaciones de previsión contraídas con su personal) también el deber de instrumentar tales compromisos mediante la formalización de un plan de pensiones»<sup>129</sup>.

C. La constitución exige, por consiguiente, la presencia de todas aquellas empresas del grupo cuya participación en el plan no sea facultativa [art. 76.3 a)]. Los promotores elaborarán un único proyecto de plan de pensiones -que se dará a conocer a los colectivos interesados por los medios habituales de comunicación en las empresas- y nombrarán una única comisión promotora con los potenciales partícipes. Incluso cabe la posibilidad de que un plan de pensiones ya existente se convierta, previo acuerdo de la comisión de control, en un plan de grupo [art. 76.3.b) RPPF]; sin perjuicio de lo anterior, ha de entenderse que una vez adoptada dicha decisión han de ser todas las empresas del grupo que mantengan compromisos por pensiones con sus trabajadores las que se integren en el mismo a fin de ser considerado plan de pensiones de grupo. Extrañamente no se exige que sea la empresa matriz o dominante la que adopte esta decisión, por lo que ante la ausencia de mención alguna sobre el grado de control que la misma ejerza en el grupo, cualquiera de las empresas que lo integren podrá iniciar este procedimiento de «transformación» de plan individual en plan de grupo.

Esta univocidad se traslada asimismo a la constitución de la comisión promotora que habrá de estar integrada por el número de miembros que se recoja en el proyecto de constitución del plan pero siempre con mayoría absoluta de los potenciales partícipes. En este punto cabe diferenciar según se opte por un sistema de representación conjunta o no. En el primer supuesto, se trata de designar a la representación «conjunta» tanto de promotores como de partícipes, agrupándose cada uno de ellos en un único colegio electoral y siguiendo para su elección el procedimiento general previsto por los artículos 22 y ss. del RPPF. En ningún caso se admitirá la atribución de representación en función del interés económico de cada promotor o colectivo (art. 77.1 RPPF). Si el plan de grupo se insta por empresas cuyos compromisos se establecen en un mismo Convenio Colectivo o en un «acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de la empresa», la comisión promotora podrá formarse por vocales que representen al «conjunto de entidades promotoras, designados por éstas o por la representación de las mismas en el ámbito supraempresarial», y con vocales que representen «conjuntamente al colectivo de potenciales partícipes, designados por la representación de

<sup>129</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, *Público y Privado en el sistema de pensiones...*, op. cit., pág. 167.

los trabajadores en el ámbito supraempresarial o mediante el procedimiento electoral con colegio único» [art. 76.3.c) RFPF]. La designación o elección de representantes de los potenciales partícipes se realizará entre éstos, entendiéndose por tales los trabajadores de las empresas promotoras que insten el proyecto y que en el plazo de un mes hubieran manifestado su interés en la promoción del plan. Por su parte, los planes de pensiones de promoción conjunta que no opten por un sistema de representación conjunta deberán garantizar que, por cada empresa promotora, figure al menos un representante de la misma, como promotora, y representantes de los empleados potenciales partícipes con mayoría absoluta de éstos [art. 76.3 c) RFPF <sup>130</sup>]. Reglas que, con algunos matices, se trasladan asimismo para la elección de la comisión de control del plan, cuyos miembros serán nombrados por un período máximo de cuatro años, con posibilidad de reelección <sup>131</sup>. El modelo de representación conjunta que tanto para la composición de la comisión promotora como para la comisión de control se tiene en cuenta supone un paso más en la apreciación que la práctica venía dando de los grupos de empresas normalizados tanto en el ámbito de la representación colectiva como en el de la negociación colectiva.

También los supuestos de separación o terminación de los planes de promoción conjunta contemplan situaciones en las que la figura del grupo de empresas alcanza un protagonismo especial. Así ocurre, por ejemplo, cuando se señala que la separación cabe si como resultado de operaciones societarias, la entidad resulta a la vez promotora del plan de pensiones de promoción conjunta y de otro u otros planes de pensiones del sistema de empleo y se acuerda la concentración en uno distinto de aquél [art. 78.1.a) 1.ª RFPF]. La existencia de varios planes y la posibilidad de que la entidad promotora inicie un nuevo plan de grupo justifican facilitar dicha separación. Por supuesto, cabe la separación cuando la entidad deja de pertenecer al grupo, *ex* artículo 78.1.a) 2.ª del RFPF. Del mismo modo que se permite su continuidad se faculta a la empresa para su separación siempre que se garantice el «traslado de los partícipes y beneficiarios correspondientes a la entidad afectada y de sus derechos a otro plan de empleo promovido por aquélla o por la resultante o resultantes de operaciones societarias» (art. 78.2 RFPF). De no promoverse o integrarse en un nuevo plan del sistema de empleo, se procederá a la movilización de los derechos de los partícipes y de sus beneficiarios a los planes de pensiones de su elección. En cualquiera de los dos supuestos anteriores, separación como consecuencia de modificaciones societarias o de abandono del grupo por parte de una empresa en él integrada, si la comisión de control opera a través de un sistema de representación conjunta, la separación habrá de ser acordada por la empresa con la representación de sus trabajadores.

<sup>130</sup> Es ésta una fórmula desaconsejada por los sindicatos pues a través de la misma se crean macrocomisiones difícilmente funcionales. Así, un plan de promoción conjunta donde se agrupen, por ejemplo, 100 empresas, debería tener en su comisión promotora, al menos, 201 miembros para cumplir con el requisito de que haya representación de todas las empresas promotoras y de todos los colectivos de partícipes de cada una de las anteriores, además de salvaguardar la mayoría absoluta de los potenciales partícipes. Las consecuencias de este sistema resultan obvias: la dilución de la representatividad de los partícipes y del ejercicio de sus funciones en foros ingobernables por su amplitud, de macrocomisiones, gravosas para el plan de pensiones y las entidades gestoras, por su elevado coste de mantenimiento e ineficaces en sus funciones, COMISIONES OBRERAS, *La exteriorización de los compromisos por pensiones...*, *op. cit.*, pág. 71.

<sup>131</sup> Si se trata de un sistema de representación conjunta, la incorporación de una nueva empresa al plan no alterará la composición de su comisión de control hasta su próxima renovación; por contra, si se trata de un sistema que no sigue la representación conjunta, la incorporación al plan de una nueva empresa supondrá la incorporación a la comisión de control de representantes de sus elementos personales previamente elegidos (art. 77.2 RFPF).

Un segundo bloque de supuestos establece la posibilidad de separación de una entidad o de las resultantes de operaciones societarias, si así lo señalan las especificaciones o lo acuerda la comisión de control del plan de pensiones de promoción conjunta, cuando la entidad o alguna de las resultantes dejen de pertenecer al grupo de empresas [art. 78.1.b) RPPF]. Procede asimismo la separación cuando alguna de las causas de terminación de los planes de pensiones establecidas en la LPFP afecta exclusivamente a una entidad promotora del plan de pensiones conjunto [art. 78.1.c)]. La aplicación de las causas generales de extinción para los planes de pensiones a la empresa promotora de un plan de grupo genera los mismos efectos que en los planes de empresa. Y, por último, una entidad podrá separarse de un plan de pensiones de grupo cuando así sea acordado por la comisión de control del plan de pensiones de promoción conjunta y por los representantes de los elementos personales de la entidad en la misma. Cuando se haya optado por un sistema de representación conjunta, el acuerdo de la entidad se realizará entre ésta y la representación de sus trabajadores [art. 78.1.d) RPPF]. Como en la separación, la terminación del plan de pensiones de grupo por las mismas causas establecidas para los planes de empleo individuales, dará lugar a la integración de sus partícipes y derechos económicos y, en su caso, los de los beneficiarios en el plan o planes del sistema de empleo en el que los partícipes puedan ostentar dicha condición o, en su defecto, a aquellos planes de pensiones que ellos mismos designen (art. 79 RPPF).

D. Al margen de las consideraciones que estos planes de grupo merecen desde la perspectiva del empleador, existen algunos aspectos de esta reforma que suscitan un especial interés. En primer lugar, aparecen dispuestos sólo para los planes de empleo y no para los planes asociados o individuales. Tiene sentido esta restricción si se observa cómo el motivo de su aparición responde a la dificultad de mantener los compromisos por pensiones en las empresas, proclives a garantizarlos con fondos internos, de ningún modo seguros. Y las empresas sólo pueden ser promotoras de planes de empleo y no de otro tipo de planes. En un segundo término se encuentra la limitación impuesta en los planes de grupo para asumir tan sólo algunos de los compromisos por pensiones. Y es que, pese a que la DA 1.<sup>a</sup> de la LPFP y el artículo 7 del RDICP señalan como compromisos por pensiones aquellos que se destinan a cubrir las contingencias de jubilación o situación asimilable, invalidez y muerte, el artículo 74. 2.b) del RPPF únicamente contempla la posibilidad de que se integren en un plan de grupo aquellas empresas que «tengan compromisos por pensiones con su personal activo para la contingencia de jubilación susceptibles de ser integrados en un plan de pensiones». Una posibilidad restrictiva, al menos, desde tres perspectivas. Una, en cuanto a la contingencia protegida que será la jubilación -hay que interpretar, pese al silencio legal, que la referencia se extiende también a la situación asimilable- y no la invalidez o la muerte del trabajador, para las que habrá de preverse otro tipo de protección <sup>132</sup>. Otra, en relación a la modalidad que se dispone para estos planes por cuanto además de estar previstos sólo para cubrir la jubilación del trabajador «habrán de ser de la modalidad

<sup>132</sup> El Consejo Económico y Social criticaría esta medida y no tanto por no recoger a contingencias como la invalidez o la muerte sino por considerar que la exigencia referida a la necesidad de que todas las empresas del grupo contemplen la contingencia de jubilación entre sus compromisos por pensiones excede de lo previsto en el texto legal, en Dictamen núm. 7 sobre el *Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre la Instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por Real Decreto 1307/88, de 30 de septiembre*, de 6 de mayo de 1999, pág. 21.

de aportación definida» (art. 76.1 RFPF) y no, por tanto, de prestación definida. Y, por último, respecto del personal activo, referencia que obliga a excluir de este proceso de externalización a través del plan de grupo a los pasivos de la empresa, por lo demás quizá hoy los más necesitados de este tipo de garantías y, sin duda, los más afectados por el proceso transitorio de externalización.

En relación a la primera, cabe considerar que se trata de una alusión no taxativa si se atiende a lo establecido en el artículo 74.4 del RFPF en virtud del cual se exige que, a la fecha de incorporación de cada empresa promotora al plan de pensiones de empresas de grupo, deberán integrarse en él todos los compromisos por pensiones correspondientes al personal activo asumidos por aquélla a dicha fecha «por, al menos, la contingencia de jubilación». Así se deduce también, y es ésta una argumentación que sirve asimismo para el análisis de la segunda de las limitaciones mencionadas, porque las «prestaciones definidas» que se prevean en caso de fallecimiento e invalidez del partícipe, así como las garantizadas a los beneficiarios una vez acaecida cualquier contingencia y sus reversiones, «deberán garantizarse en su totalidad mediante los correspondientes contratos de seguro previstos por el plan, el cual en ningún caso asumirá los riesgos inherentes a dichas prestaciones». Por tanto, la solución se encuentra definitivamente en el instrumento de previsión a adoptar por el grupo que, en relación a la jubilación será el plan de pensiones y para la invalidez y el fallecimiento del trabajador deberá ser el contrato de seguro, eso sí «previsto» -y, por lo tanto, «suscrito»- por el plan [art. 76.1 RFPF]. En tal caso, las especificaciones deberán recoger las condiciones generales sobre las formas de cobro y garantías de las prestaciones causadas, pudiendo diferir de unas empresas a otras el régimen y garantía de prestaciones definidas por fallecimiento e invalidez en función de lo previsto en los anexos que cada una de ellas debe aportar cuando se procede a la constitución del plan de pensiones de grupo. El régimen de aportación definida se prevé exclusivamente para la jubilación, siendo el de prestación definida el elegido para invalidez y fallecimiento en tanto estas últimas van a ser cubiertas por contrato de seguro y no por el plan de pensiones de grupo<sup>133</sup>. No obstante, la restricción en el segundo caso no ha de entenderse extrapolable al primero, es decir, que si bien la norma reconoce expresamente que sólo el contrato de seguro sirve para cubrir invalidez y fallecimiento en el caso del grupo de empresas -a diferencia de lo que ocurre con el resto de las empresas en las que, como regla general, cabe optar entre contrato de seguro y plan de pensiones-, la jubilación no ha de instrumentarse únicamente a través del plan de pensiones sino que cabría pensar, por aplicación de la regla general y puesto que no existe objeción expresa en contra, que también cabe recurrir al contrato de seguro para proteger el riesgo de jubilación de los trabajadores del grupo de empresas. Por lo demás, la mayor parte de los compromisos por pensiones reconocidos por las empresas lo son bajo la modalidad de prestación definida, normalmente mediante la determinación de un capital a percibir en el momento de la jubilación (sea como cantidad cierta o en relación con un

<sup>133</sup> «Se ha limitado la modalidad de estos planes de pensiones a la de aportación definida para evitar la comunicación, via plan de pensiones, de riesgos y responsabilidades entre empresas con personalidad jurídica y accionistas diferentes y entre trabajadores de distintas empresas. De hecho el proceso de comunicación de riesgos y obligaciones que se podría producir a través del plan de pensiones distorsionaría el régimen societario, mercantil y laboral de nuestra legislación» [Memoria Justificativa y Económica sobre la reforma del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones de la Dirección General de Seguros de 29 de marzo de 1999, pág. 86], olvidando con ello el régimen de responsabilidad ya consolidado por la jurisprudencia para los grupos de empresas y que difícilmente podrá desaparecer por limitar los planes de pensiones del sistema de empleo a la modalidad de aportación definida, en especial sobre los compromisos ya asumidos o las prestaciones ya causadas.

número determinado de mensualidades) aunque también se arbitran planes de prestación definida en forma de renta. Por tanto, el desarrollo de este útil y necesario instrumento de externalización, que permite agrupar los compromisos por pensiones de múltiples empresas, facilitando su gestión, una mejor y más eficiente inversión y una más adecuada capacidad de supervisión y control de la gestión del patrimonio de los trabajadores requiere, tras esta imposición reglamentaria no prevista inicialmente en la LPFP, una negociación adicional previa o simultánea de transformación de los compromisos establecidos en prestación definida, por otros bajo la modalidad de aportación definida.

Por último, y respecto de la consideración efectuada en la norma reglamentaria sobre los compromisos asumidos por los planes de grupo en relación únicamente a los activos y no a los pasivos, se trata de nuevo de una referencia que merma considerablemente el potencial de estos planes como garantes de los compromisos por pensiones. No será extraño que en las empresas que se integren en un grupo existan derechos de pasivos aún no satisfechos y sobre los que rige, sin embargo, la obligación de externalizar de la DA 1.ª de la LPFP. Una laguna incomprensible en un desarrollo reglamentario que se caracteriza por el interés de adaptar la protección social complementaria y sus garantías a los procesos cada vez más frecuentes de agrupación de empresas. Porque cabe el riesgo de entender que este nuevo RFPF ha convertido en meramente facultativa la inclusión de las contingencias del personal pasivo de los grupos de empresa, relativizando la obligación legal impuesta a todas las empresas sin distinción <sup>134</sup>. Interpretación difícilmente asumible si se comprueba cómo la DA 1.ª de la LPFP no sólo obliga a garantizar todos los compromisos a todas las empresas sino que lo hace en relación tanto a los activos -compromisos por pensiones- como a los pasivos -prestaciones ya causadas-. Puede admitirse que la norma reglamentaria no se haya ocupado de una parcela de estos compromisos -los destinados a los pasivos del grupo de empresas- pero no cabe aceptar que haya dispuesto una modificación sobre la obligación legal, actuación vetada al Reglamento <sup>135</sup>.

## 2. Normalización indirecta del grupo de empresas a través de la garantía de los compromisos por pensiones.

A. La aceptación del grupo de empresas como promotor de un plan de pensiones de grupo ha supuesto un avance sin precedentes en la consideración «normalizada» del grupo de empresas. Ya no se efectúa una mera referencia a la definición del grupo de empresas, como ocurría con otras normas laborales, sino que se recoge un régimen jurídico del grupo como empleador, bien que incipiente

<sup>134</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria Justificativa y Económica sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por el Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre*, Madrid, 29 de marzo de 1999, pág. 88.

<sup>135</sup> Tan sólo cabría considerar que estas contingencias de pasivos no pueden ser integradas en un plan de pensiones al superar el límite máximo de aportación previsto para las mismas (1.100.000 ptas.) pero es éste, en todo caso, un argumento que sería extensible a todo tipo de empresas por aplicación de la DA 1.ª de la LPFP que, a tal efecto, prevé normas especiales cuando de reconocimiento sobre compromisos de pasivos se trate.

y limitado a la protección social complementaria. En efecto, la reciente reforma de los planes de pensiones supone el reconocimiento expreso del grupo de empresas como empleador de los trabajadores que se integran en un plan de grupo, significa responsabilizar al mismo de los compromisos asumidos, implica asumir que existen mecanismos de representación y de negociación colectiva conjunta en el seno del grupo; en fin, identifica al grupo como una empresa unitaria, de estructura compleja, pero con un único empleador, el propio grupo. Sobre la visión «patológica» del grupo de empresas, con una actuación «ilegal» o «alegal», se impone una visión «normalizada» del grupo cuya estructura persigue organizar de forma flexible y eficaz su producción y con una mejor adaptación a las normas mercantiles, laborales o fiscales pero atendiendo al cumplimiento de las mismas. Se trata de un grupo de empresas creado no con la intención de inaplicar la normativa laboral sino con la pretensión de conseguir una producción más competitiva en el mercado y en el que los problemas de aplicación de la normativa laboral son igualmente intensos, mas no por la necesidad de utilizar el mecanismo del fraude de ley sino por la inadecuación de dicha normativa a las necesidades del grupo y la intención de éste de garantizar plenamente los derechos legales de los trabajadores <sup>136</sup>. La aproximación simplista a los grupos llevada a cabo hasta ahora y basada en su consideración como un elemento perturbador del normal desarrollo de las relaciones laborales en cuanto estructuras que pueden facilitar el fraude de ley y la privación de derechos legal o convencionalmente reconocidos a los trabajadores, deviene insuficiente.

El grupo de empresas representa una estructura legítima cuyo interés, no identificable plenamente con el de la empresa dominante, debe ser reconocido y regulado por el ordenamiento, en especial, por el ordenamiento laboral <sup>137</sup>. No se trata de postular una apriorística e indiscriminada legitimación de todos los actos en los que se manifieste el comportamiento de un grupo de empresas; se trata de conseguir un criterio claro y uniforme sobre la legitimidad de la figura del grupo de modo que se evite una inconveniente fragmentación de su concepto y el establecimiento de regímenes jurídicos liberales o restrictivos según el área jurídica que lo trate <sup>138</sup>. La tesis que prescindiera de las estructuras jurídicas y contemplara la empresa como unidad económica (vista desde la perspectiva empresarial) y social (concebida desde el punto de vista de los trabajadores), llevada hasta sus últimas consecuencias, acabaría por hacer imposible la existencia de las agrupaciones de empresas, de los holdings o de las empresas con participación mayoritaria. De este modo, se impone la aplicación de un «principio de transparencia de la organización de la empresa» a fin de canalizar estas nuevas tendencias de organización de prácticas económicas sin alterar innecesariamente los intereses que convergen en las mismas <sup>139</sup>. La doctrina señala la conveniencia de adoptar un «derecho flexible» para proceder a esta conversión en el tratamiento de los grupos de empresa <sup>140</sup>.

<sup>136</sup> STS 30 junio 1993, Ar. 4.939.

<sup>137</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997, especialmente págs. 195 y ss.

<sup>138</sup> J.M. EMBID IRUJO, «Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo»..., *op. cit.*, págs. 869-881.

<sup>139</sup> C. MOLINA NAVARRETE, «Una nueva fase en el proceso de normalización de las prácticas de grupo: la empresa colectiva articulada como ámbito adecuado para la acción social (reflexiones a propósito de la STS 24 de junio de 1994), *RL*, 1995, t. II, pág. 599.

<sup>140</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*..., *op. cit.*, especialmente págs. 195 y ss.

Y en este contexto cabría plantear si el modelo de responsabilidad aplicable al grupo debiera seguir siendo el que ha surgido con el trasfondo de la actuación fraudulenta del mismo o debería ampliar su referencia, aceptando todas las posibles manifestaciones de imputación de responsabilidad; desde la apreciación de una responsabilidad solidaria de todos los miembros hasta la consideración de una responsabilidad subsidiaria del grupo respecto del empresario singular -sobre el que puede recaer, a su vez, una responsabilidad solidaria en relación al resto de las empresas que integran el grupo- o la asunción de una responsabilidad mancomunada de todos los miembros del grupo en virtud de la participación que cada empresa tenga en el mismo. De hecho, ha podido apreciarse cómo en la regulación del plan de pensiones de grupo sigue existiendo, bien que implícitamente, una responsabilidad individual de cada empresa en tanto se identifican a través de los anexos correspondientes las obligaciones de cada una de ellas. Constituye ésta una referencia que, si bien podría tener sentido en otros supuestos de planes de promoción conjunta, no parece tenerlo en relación a los planes de grupo. Por lo demás, la «responsabilidad de empresa» en este supuesto es más bien limitada porque salvo su obligación de aportar al fondo de pensiones las cantidades comprometidas, no existe otro tipo de responsabilidad pues precisamente a través de mecanismos como el plan/fondo o el contrato de seguro queda externalizada la misma y, por tanto, fuera del ámbito de actuación de la empresa, ya se constituya ésta como empresa individual o como grupo. Es ésta, sin embargo, una conclusión que ha de ser necesariamente relativizada. De la normalización de la figura del grupo de empresa, deseable para depurar un régimen jurídico que el legislador no se atreve a clarificar, no ha de derivarse una variación en el esquema de responsabilidad ideado -y consolidado- por la jurisprudencia en relación a los grupos de empresa <sup>141</sup>. Al menos, hasta tanto no se produzca una intervención menos especializada del legislador como la llevada a cabo en relación a los planes de pensiones, habrá que acudir a esquemas ya ensayados.

B. Con todo, la normalización llevada a cabo por la normativa sobre compromisos por pensiones impone el recurso a un criterio no suficientemente considerado hasta el momento, el de unidad de empresa <sup>142</sup>. En la realidad laboral, existirá unidad de empresa a efectos laborales cuando un mismo grupo empresarial esté constituido formalmente por una pluralidad de sujetos empresariales pero existan vínculos sustantivos esenciales que conformen en la práctica una actuación y titularidad *pro indiviso* del perfil empresarial. No sólo es necesario atender para identificar este concepto a la unidad económica sino que será necesario reparar en la «unidad mercantil», esto es, en la unidad de decisión efectiva en la organización interna de la empresa <sup>143</sup>. El concepto de empresa que maneja el Derecho del Trabajo permite «englobar en ciertas ocasiones a distintas entidades con personalidad diferenciada cuya estructura y actuación conforman una unidad en el ámbito laboral» <sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Así parece deducirse de pronunciamientos del Tribunal Supremos tales como SSTS 2 abril 1995, Ar. 3.273, 9 junio 1995, Ar. 4.885, 30 octubre 1995, Ar. 7.985, entre otras.

<sup>142</sup> K. SANTIAGO REDONDO, «Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial, las prácticas de circulación de los trabajadores», *RL*, núm. 22, 1991, pág. 461.

<sup>143</sup> C. MOLINA NAVARRETE, *El Derecho nuevo de los grupos de empresas...*, *op. cit.*, pág. 160.

<sup>144</sup> STSJ Madrid, 17 diciembre 1991, Ar. 7.085. La existencia de una única relación de trabajo, no se escinde por la existencia formal de varios empresarios, cuando el grupo de empresas actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación individual de trabajo [STS 31 enero 1991, Ar. 200]. Cuando diversas unidades con-

Los elementos que juegan como indicadores decisivos de una única identidad son tanto el ejercicio unitario de los poderes directivos como el empleo efectivo e indiferenciado de la mano de obra por las distintas empresas que integran el grupo. Se acude, en este caso, a un concepto práctico, más social que económico, en el que se valora la autonomía real para adoptar decisiones en la política de personal del grupo, superando la apariencia formal equívoca que acompaña al mismo. De ahí que, en el grupo, ante la existencia de una unidad económica decisiva comprobable, un único ámbito de organización y dirección, una confusión de los fines particulares en un objetivo empresarial conjunto, un aprovechamiento único de los beneficios que se derivan del trabajo, en definitiva, una política unitaria de personal, no quepa más que atender a la unidad empresarial de imputación de responsabilidades, esto es, a la apreciación del grupo como empleador. La unidad de dirección identifica la unidad real del grupo. No extraña pues que entre los indicios utilizados por la jurisprudencia para derivar la responsabilidad al grupo destaque como «indicio estrella» el de la dirección única; para garantizar la aplicación de la norma laboral lo más importante es identificar la unidad de empresa y, por ende, la dirección unitaria, al margen de cuáles sean los instrumentos (grupos contractuales, por participación, personales, etc) que se utilicen para ello. En definitiva, el grupo tan sólo representa una realidad, como se expusiera en el primer apartado de este estudio, la de una empresa descentralizada.

Sirva este criterio para seguir justificando el recurso a la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas que componen el mismo, sin limitación patrimonial de las personas físicas o jurídicas que lo integran por las obligaciones asumidas, no por ellas, sino por el grupo. El grupo es responsable como tal y, ante la ausencia de personalidad jurídica del mismo, esto sólo se traduce en la responsabilidad solidaria de las empresas que lo componen <sup>145</sup>. Para el Derecho del Trabajo son empresarios responsables los que se manifiesten como receptores y beneficiarios *ab initio* de los frutos del trabajo, de la utilidad patrimonial que los mismos generan. La objetivación de la empresa-grupo conduce a imponer la cualidad de empleador a quienes son titulares de hecho de dicha empresa y perciben los frutos del trabajo por cuenta ajena, identificando así al grupo y a las empresas que lo integran como corresponsables <sup>146</sup>. Existe una unidad real de las empresas vinculadas como fundamento de la atribución de la condición de empresario responsable al grupo o, alternativamente, en donde radique la dirección única de la empresa económica. A través de la misma quedan afectadas todas las empresas integradas quienes, una vez afirmada la unidad de empresa, quedan confundidas en la nueva realidad empresarial del grupo de empresas, sujeto de derechos y obligaciones aunque carente de personalidad jurídica. Por eso se acepta la solidaridad como regla, en tanto aplicación de un principio tuitivo, aunque quizá la posición más avanzada llevaría a imputar directamente al grupo

---

vergen en un fin común «aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personalidad jurídica propia, ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia, se impone el principio de solidaridad que descansa fundamentalmente en el de la realidad» [STSJ Cataluña, 4 marzo 1993, Ar. 1.501].

<sup>145</sup> Como señalara C. PALOMEQUE LÓPEZ, la formulación correcta del artículo 1.2 hubiera sido la de «serán empresarios quienes, revestidos o no de personalidad jurídica por el ordenamiento», en «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», *REDT*, 1980, núm.2, pág. 229, lo que habría contribuido a resolver muchos problemas.

<sup>146</sup> K. SANTIAGO REDONDO, «Consideraciones en torno a los grupos de empresas...», *op. cit.*, pág. 102.



la responsabilidad entendiéndola -en esa analogía que se realiza, no del todo correcta, entre la comunidad de bienes y el grupo- que, en tanto sujeto de derechos y obligaciones con capacidad procesal (arts. 1.2 LET y 16.5 LPL) y declarada la unidad de empresa, ha de ser considerado el grupo como directo responsable y, por lo tanto, «con capacidad directa para contratar trabajadores y suscribir Convenios Colectivos que regulen las relaciones laborales con dichos operarios»<sup>147</sup>. La unidad de empresa no puede ser disociada con el fin de individualizar los efectos de las principales instituciones laborales puesto que las decisiones adoptadas en este campo son el resultado de un actuar y de una voluntad conjunta e inescindible, imputable tan sólo a la unidad empresarial.

C. Pero esta afirmación puede haber cambiado definitivamente tras el impulso que las normas sobre protección complementaria han dado al grupo de empresas como empleador. Acepta dicha normativa dos criterios que, aparentemente diferentes, tienden a converger. Si se atiende al artículo 16.5 de la LPPF la consideración de empresas pertenecientes a un mismo grupo ha de hacerse en atención al artículo 4 de la LMV; si se contempla lo previsto por el nuevo artículo 74 del RPPF, el grupo de empresas estará integrado «por dos o más entidades que constituyan una unidad de decisión por ostentar cualquiera de ellas, directa o indirectamente, el control de las demás» en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del CdC. La remisión al artículo 4 de la LMV o al artículo 42 del CdC introduce un elemento diferenciador. Mientras que el CdC utiliza el método presuntivo de la existencia de la dirección unitaria, basado en la simple concurrencia de determinados supuestos taxativamente enumerados, la LMV sigue el método realista, aportando una auténtica definición de grupo que complementa con las presunciones del CdC en materia de consolidación a las que añade una más, por razón de la composición subjetiva del órgano de administración de la sociedad dominada. Opiniones autorizadas en el ámbito del Derecho Mercantil consideran que «en tanto en cuanto la ley no defina el grupo de sociedades con carácter general, las normas relativas al grupo deben ser interpretadas en función del concepto utilizado a efectos de consolidación y no otro»<sup>148</sup>. El concepto de la LMV se convierte en un concepto especial, en tanto opera sólo a efectos de esta ley, sin posibilidad de extensión a aquellas sociedades que no tengan títulos cotizados, lo que permite concluir que en el derecho de sociedades el concepto de grupo es el que recoge el artículo 42 del CdC.

En atención al mismo, tan sólo existe control de una entidad sobre otra en tres supuestos:

- a) Cuando posea la mayoría de los derechos de voto;
- b) Cuando tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;
- c) Cuando pueda disponer, en virtud de acuerdo con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto -computándose, en todo caso, los derechos de voto que correspondan a otras sociedades dominadas o a otras personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta de aquéllas o de la dominante-.

<sup>147</sup> SAN 15 julio 1993, Ar. 5.611.

<sup>148</sup> A. ROJO, «Los grupos de sociedades en el derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 220, 1996, pág. 470.

Establecido para dar cabida a los grupos de empresas no contractuales, el artículo 42 del CdC recoge un régimen jurídico homogéneo, tendente sobre a todo a regular la obligación de presentar la cuentas anuales consolidadas de todas las sociedades agrupadas -o «perímetro de consolidación»<sup>149</sup>-, con las excepciones que expresamente se recogen en el artículo 43 del CdC. Esta obligación descansa sobre un presupuesto material cual es el dominio real y efectivo de una sociedad mercantil sobre otra u otras a través de la participación en sus respectivos capitales, en la cuantía necesaria para adquirir el predominio en los órganos sociales. De ahí que el CdC refiera la obligación de formular las cuentas consolidadas a toda sociedad mercantil que «siendo socia de otra sociedad» tenga en esta última, bien la mayoría de votos -o pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de votos- o bien la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración -o haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración- (art. 42.1 CdC). Se exige, pues, como requisito imprescindible para determinar la existencia del grupo de sociedades que exista un dominio efectivo de una empresa sobre otra u otras; dominio sin el cual no cabrá admitir que exista grupo ni, por ende, obligación de consolidar las cuentas del mismo. En esta relación es importante precisar dos añadidos. En primer lugar, que la formulación de cuentas consolidadas del grupo no exige a las sociedades integrantes de la presentación de sus propias cuentas anuales así como del informe de gestión correspondiente (art. 42.3 CdC). Por otro lado, la sociedad dominante del grupo deberá incluir en sus cuentas consolidadas no sólo a las sociedades directamente dominadas, sino también a las sucesivamente dominadas por éstas (art. 42.4 CdC).

El control efectivo considerado por el artículo 42 del CdC es el denominado «control interno», esto es, aquel que surge por la toma de participación en el capital de una sociedad, forma que sólo puede ser adoptada frente a una sociedad capitalista. Se configura, en el ámbito de las relaciones de control de sociedades, como el poder que posee un sujeto de determinar en forma duradera y general la gestión de una sociedad capitalista, obtenido a través de la titularidad de cantidades relevantes de acciones o de participaciones en el capital que le permiten elegir o mantener administradores sobre los cuales puede ejercitar su influencia. La posibilidad de influir ha de tener, en resumen, tres características propias: ser determinante, esto es, no permitiendo a la empresa controlada hacer una libre valoración de sus decisiones, sino que éstas vengan impuestas por la empresa controlante; resultar duradera, es decir, no meramente aislada sino con una cierta extensión en el tiempo para apreciar la existencia de una posición de control; y ha de ser, por último, general y, por lo tanto, afectar a todas las actividades del grupo y no únicamente a distintas parcelas del mismo<sup>150</sup>. Mas junto al «control interno de derecho» (mayoría de derechos de votos o disposición de la mayoría de derechos de voto por acuerdos con los socios, computando junto a los derechos de voto de la sociedad dominante los de las sociedades dominadas por ésta), el legislador acepta asimismo el control interno de hecho por una sociedad dominante en las letras b) y d) del artículo 42.1 del CdC (facul-

<sup>149</sup> *Ibidem*, pág. 467.

<sup>150</sup> J.I. RUIZ PERIS, «Significado del control empresarial en el derecho español», AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, t. III, pág. 3329 y J. MASSAGUER FUENTES, «La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)», *RDM*, 1981, núm. 192, págs. 281-325.

tad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o facultad para nombrar exclusivamente con sus votos la mayoría de dichos miembros), reconociendo así la existencia de un control, independientemente de la cuantía de la participación de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dominada. No obstante, es necesario advertir que, aunque en general se destaca, tanto desde la perspectiva normativa como desde la perspectiva doctrinal, que la especificidad del grupo de empresas (o de sociedades) radica en la existencia de una situación de control de unas empresas (dependientes) por parte de otras (dominantes), el rasgo que realmente individualiza al grupo sobre otras figuras empresariales es el de la dirección económica unitaria. La efectiva integración de la política empresarial de las sociedades permite convertir a una empresa policorporativa en una empresa unitaria <sup>151</sup>. Argumento que, sin duda, se ve reforzado si referido a las relaciones laborales en las que la integración de una política unitaria de personal identificará la figura del grupo con la del empleador.

Considerar al grupo de empresas «tipo» no ya como el definido por la doctrina jurisprudencial, basado en el canon de la patología, sino como el contemplado por las normas mercantiles, en concreto por el artículo 42 del CdC al que todas las normas laborales de los últimos tiempos se remiten sin excepción, exige tener en cuenta a un determinado grupo de empresas, al grupo por subordinación fuertemente centralizado. En él la empresa dominante, facultada para diseñar la política de personal y responsable de la misma, ha de soportar las consecuencias derivadas de una actuación que, aunque llevaba a cabo por las empresas dominadas, responde únicamente a los parámetros marcados por la sociedad dominante. Puesto que en los grupos por subordinación la facultad de control o la dirección única corresponde a la empresa dominante, es a ella y no al grupo a la que ha de corresponder el papel de empleador y, por tanto, todas las consecuencias que del contrato de trabajo se deriven. Únicamente ante la dificultad de cumplimiento por parte de aquella podría acudir, subsidiariamente, al resto de las empresas vinculadas al grupo que responderían con carácter solidario. Mas esta conclusión obliga a rectificar el recurso a la responsabilidad solidaria antes apuntada. Con esta tesis, la responsabilidad principal recae sobre la empresa matriz o dominante que es la que ejerce el control sobre las demás y únicamente en caso de incumplimiento por parte de la misma cabría atender a una responsabilidad subsidiaria, de carácter solidario, del resto de las empresas que integran el grupo.

### **3. Trasposición al área laboral de los criterios normativos aplicables a la instrumentación de los compromisos por pensiones.**

A. La consideración del grupo de empresas como empleador responsable de los compromisos por pensiones de sus trabajadores permite, en conclusión, efectuar un tratamiento con mayor rigor del grupo de empresas en el ámbito laboral. Algunos elementos quedan ya definitivamente fijados tras este reconocimiento expreso, bien que de una forma «no central», del ordenamiento laboral.

<sup>151</sup> C. PAZ-ARES, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *Revista Jurídica de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1999, núm. 1, pág. 230.

Que el grupo de empresas se identifica por la pluralidad de componentes es una conclusión ya conocida con anterioridad a esta regulación. Pero de la misma se deduce que, aunque el RFPF utilice indistintamente el concepto de empresa, entidad o sociedad mercantil para identificar a los miembros del grupo de empresas, la remisión que el mismo efectúa al artículo 42 del CdC puede hacer variar esta consideración. Dicho precepto establece una composición del grupo basada en sociedades mercantiles por cuanto sobre ellas, y no sobre otro tipo de empresas o entidades, se estructura la noción de control y dominio que nuestro ordenamiento parece ir consolidando y, en alguna medida, extendiendo sus efectos desde la legislación mercantil a otras parcelas del ordenamiento como la legislación laboral. Cualquier otro tipo de concentración empresarial con forma de grupo que no atienda a estos cánones seguirá estando incluido en la noción de comunidad de bienes en la que se concentra toda entidad sin personalidad jurídica, aunque esto implique disfunciones en relación con los grupos de empresas en los términos expuestos en este estudio.

Por lo demás, la pervivencia de una personalidad jurídica propia por parte de cada una de las empresas que componen el grupo queda neutralizada cuando se utilizan criterios como el control y la dirección única. Se erigen estos criterios en rasgos caracterizadores del grupo de empresas a efectos legales, y lo serán tanto para la actuación del grupo «normalizado» -por cuanto la ley así lo contempla- como para la actuación «patológica» del grupo de empresas -en tanto la jurisprudencia sigue utilizándolo, junto a otros, como indicio de identificación del grupo-. Aun cuando sigue siendo cierta la presencia de una pluralidad de componentes con personalidad propia, esta concentración en la pluralidad se difumina si el control es único. Se impone, pues, un análisis que parta no de la hipótesis falsa de que cada empresa o sociedad es una unidad y actúa independientemente de todo su entorno sino de la realidad constatada de que la empresa vinculada está dominada por otra empresa o sociedad. Esta dirección económica unificada es un elemento estrictamente empresarial, resultado de la pérdida de independencia económica de las sociedades integradas en el grupo, lo que significa que una serie de competencias necesarias para decidir sobre los sectores o ámbitos integrantes de la actividad de la empresa -expresión de su independencia económica- han sido cedidos a la empresa dominante del grupo, estableciéndose el contenido mínimo de las competencias empresariales cuyo ejercicio permite aludir a una dirección unificada en los términos descritos. Las empresas se hallan tan estrechamente relacionadas entre sí que no sólo generan un fenómeno de dependencia entre ellas sino que producen una «alteración de su régimen jurídico».

Constituye el grupo de empresas un nuevo sujeto, nacido de la intención de agrupar objetivos para optimizar beneficios y al que le corresponde un interés común o general que supera y engloba los intereses parciales de cada una de las empresas agrupadas. Si se tiene en cuenta que lo que caracteriza a la persona jurídica es precisamente la existencia de una pluralidad de personas que se agrupan para conseguir un fin común a todas ellas, tal vez cabría considerar si no se le está dotando de personalidad jurídica al propio grupo de empresas, legitimado ya para actuar con gran solvencia como tal en algunas parcelas de nuestro ordenamiento. Bien es cierto que la persona jurídica es obra del Estado que es quien reconoce o atribuye personalidad jurídica a una determinada agrupación <sup>152</sup>.

<sup>152</sup> R. COSSIO, «Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, pág. 623.

Mas ese reconocimiento no siempre se hace de forma expresa. En definitiva, en el debate que mantiene la doctrina civilista desde el s.XIX sobre si la persona jurídica tiene o no realidad, hay quienes apoyan la teoría de la ficción en virtud de la cual la persona jurídica no es más que una creación legal; otros, sin embargo, optan por una teoría orgánica, concibiendo a la persona jurídica como un organismo natural con una voluntad propia y un interés particular, distintos de la voluntad e interés de las personas físicas de sus miembros. Tan sólo como superación de ambas surge la consideración de la personalidad jurídica como producto del Derecho objetivo <sup>153</sup>. Hay que advertir, por lo demás, que la persona jurídica aparece ante la necesidad de tratar a los individuos unidos entre sí como si fuesen una sola persona, creando así una abstracción que no una ficción para definir la misma. La ficción es una invención, mientras que la abstracción se apoya en un hecho, si bien contemplado de modo diferente a como en realidad es. Y eso es lo que ocurre en el supuesto del grupo de empresas sobre el que pende el reconocimiento implícito, no expreso, de una personalidad jurídica dotada de identificación propia y con una individualidad independiente a la de las empresas que componen el mismo.

B. La noción de «control» se convierte, asimismo y tras el análisis efectuado, en un elemento determinante del grupo de empresas. La consolidación del grupo por subordinación en nuestro sistema exige atender a una dirección unitaria y a la capacidad de controlar una empresa a otra u otras integradas en el grupo. Bien es cierto que el mero control puede no derivar en una dirección única, mas se hace difícil considerar la existencia de una dirección unitaria sin la imposición de la misma a través del instrumento del control societario, salvo que la subordinación se adquiera por medio de contrato o por vínculos personales. En el ámbito de las relaciones intersocietarias, el control se configura como el poder sustentado por un sujeto de determinar de forma duradera y general la gestión de una sociedad capitalista hasta el punto de que la capacidad de influencia deviene determinante e impide a la empresa controlada hacer una libre valoración de sus decisiones, siendo impuestas éstas por la empresa dominante. Atendiendo, no obstante, al recurso que las normas efectúan al artículo 42 del CdC, junto al control descrito -control interno de la sociedad y manifestado mediante la mayoría de derechos de voto o de disposición de la mayoría de derechos de voto por acuerdos con los socios- se acepta el control de hecho, esto es, un control independiente a la cuantía de la participación de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dominada, lo que supone la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o la facultad para nombrar exclusivamente con sus votos la mayoría de dichos miembros. Sólo si se demuestra la concatenación de las sociedades agrupadas a través de cualquiera de las diversas técnicas jurídicas que el ordenamiento contempla como instrumento idóneo para la obtención de control, cabrá apreciar la presencia del grupo de empresas.

Esta conclusión permite también aludir al criterio de la unidad de empresa como definitorio del grupo de empresas. En atención al mismo, existirá unidad de empresa a efectos laborales cuando una misma empresa esté constituida formalmente por una pluralidad de sujetos empresariales

<sup>153</sup> F. DE CASTRO BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 40 y ss.

pero existan vínculos sustantivos esenciales que conformen una actuación y una titularidad *pro indiviso* del perfil empresarial. Consecuencia de la misma es, principalmente, la responsabilidad solidaria que se imputa al grupo bien que, considerando la noción de control tenida en cuenta, quepa acudir a la responsabilidad de la empresa dominante, quien adopta las decisiones del grupo *ex* artículo 42 del CdC y, con posterioridad, a las empresas agrupadas también con carácter solidario pero ya subsidiariamente. La presencia de una única unidad económica decisiva determina un único ámbito de organización y dirección, una confusión de los fines particulares de las empresas que concurren en un objetivo empresarial conjunto, un aprovechamiento único y, por tanto, común de los beneficios que se obtienen y, por ende, una única línea en la política de personal y en la obtención del resultado del trabajo realizado por cuenta ajena que beneficia no a la empresa que lo recibe directamente sino al grupo. Este criterio, presente en la legislación sobre protección complementaria analizada cuando se impone la actuación conjunta de las empresas del grupo a fin de garantizar los compromisos por pensiones a través de planes de pensiones, condicionará la actuación del grupo en todas las parcelas, de naturaleza individual o de índole colectiva, del ordenamiento laboral configurando al grupo de empresas como empleador.

C. La normativa sobre protección complementaria ha consolidado otro importante aspecto que se circunscribe a la actuación colectiva en el seno del grupo de empresas. La utilización en dicha normativa como criterio básico de la representación conjunta manifiesta una opción clara del legislador por configurar una unidad colectiva propia del grupo. A diferencia del planteamiento efectuado hasta el momento, no se trata tanto en las relaciones colectivas de imputar una responsabilidad económica directa al grupo por comportamientos irregulares en la relación laboral; se trata de establecer un reparto de poder en el seno del grupo que permita participar a los trabajadores en la adopción de decisiones sobre el desarrollo del mismo. Adquiere en este punto, si cabe, mayor envergadura aún el señalamiento de cuál sea la unidad de dirección en el grupo, esto es, el control obrero que pueda ejercerse sobre la matriz del mismo, relativizándose el papel del empleador formal como interlocutor para acrecentar el de la unidad de dirección empresarial que gestiona la evolución del grupo de empresas. La ausencia de una regulación legal ha conducido en la práctica a destacar la figura del Comité Intercentros como fórmula análoga más idónea para garantizar la representación colectiva en el grupo de empresas. El «Comité de Empresas del Grupo», a modo de Comité «Interempresas» -empresas que, a su vez, no se olvide, pueden mantener sus propios Comités Intercentros- serviría para representar a los comités de las distintas empresas integradas en el grupo, constituyendo así un comité de representación de cada una de las empresas<sup>154</sup>. El avance que supone la consideración de una «representación conjunta» del grupo de empresas en el ámbito de la protección complementaria radica en establecer expresamente, a través de esta reforma sobre los compromisos por pensiones, un nuevo nivel de representación, tantas veces reclamado en el ámbito

<sup>154</sup> J. CRUZ VILLALÓN, *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Madrid, Trotta, 1992, pág. 234. Una realidad no exenta de polémica especialmente para quienes consideran que el Comité Intercentros deberá necesariamente coincidir con el ámbito de cada una de las empresas que integran el grupo, al ser la empresa el ámbito de actuación querido por la ley, así A. MARTÍNEZ BARROSO, «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas», *REDT*, núm. 10, 1993, pág. 938. Se toma, de algún modo, como modelo la regulación que la Directiva 94/45, de 22 septiembre, DOCE.L.254, de 30 septiembre de 1994, efectúa sobre los Comités de Empresa Europeos.

laboral y en relación al grupo de empresa. Sirve esta regulación para modificar el recelo hacia la creación de un Comité de Grupo de Empresas; reticencia que responde únicamente a débiles criterios formalistas que, constatando la existencia de una realidad empresarial escondida tras grandes e imperturbables construcciones jurídicas, impide el normal desenvolvimiento de las mismas y las incita a utilizar instituciones jurídicas que, como el Comité Intercentros, no están previstas para acometer tal función.

Mas junto a cuestiones relacionadas con la representación colectiva de los trabajadores, la normativa sobre protección social complementaria ha permitido, a su vez, introducir un criterio adicional en aras al establecimiento de una negociación colectiva en el grupo de empresas <sup>155</sup>. El recurso a la unidad de empresa obligaría a aceptar, también aquí, las reglas que rigen la negociación colectiva en el ámbito empresarial, apartándose de las que disponen la negociación supraempresarial y, por tanto, acudiendo al artículo 87.1 de la LET y no al artículo 87.2 de la LET. También cabría recurrir, atendiendo a la unidad de empresa, a la negociación individual de cada empresa integrante del grupo siempre que no se pretenda extender las condiciones pactadas en cada una de ellas, ni siquiera en la empresa matriz, al resto de los trabajadores del grupo <sup>156</sup>. La primera de las opciones apuntadas, la consideración del grupo como empresa única a efectos de negociación, parece la más adecuada si se estima que el grupo constituye una específica unidad de contratación a nivel de empresa y, por tanto, incluido a efectos de capacidad convencional en el artículo 87.1 de la LET. Los Convenios Colectivos que afectan a un grupo de empresa con unidad económica constituyen un supuesto más de Convenio Colectivo de empresa, siendo esta solución armónica y coherente con la realidad pretendida al identificar la figura del empleador en los grupos de empresa <sup>157</sup>. De ahí que no extrañen en la práctica judicial decisiones cada vez más frecuentes aceptando al grupo como unidad empresarial de negociación y admitiendo la representación unitaria como cauce idóneo para la misma <sup>158</sup> y que no sorprenda que la nueva normativa sobre compromisos por pensiones habilite un sistema específico de negociación en torno al grupo. Bien es cierto que esta normativa ha optado por relacionar la negociación en el seno del grupo con las reglas establecidas en la LET para la negociación colectiva de ámbito supraempresarial y no para los Convenios Colectivos de ámbito empresarial. Tal elección no anula, sin embargo, los efectos del criterio de unidad de empresa en el que tal opción también se encuentra contemplada <sup>159</sup>. De hecho, la instrumentación de los compromisos por pen-

<sup>155</sup> Por todos, L. COLLADO GARCÍA, «Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresas», en AAVV, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 297-32, T. SALA FRANCO, «Las relaciones colectivas en los grupos de empresa», en AAVV, *Aspectos laborales de los grupos de empresa...*, op. cit., págs. 41-58, J. CRUZ VILLALÓN, «La negociación colectiva en los grupos de empresas», en AAVV, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 273-296 y J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, «La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas», *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, págs. 49-62.

<sup>156</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, «Los derechos de información de representantes de los trabajadores»..., op. cit., pág. 143.

<sup>157</sup> L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades...*, op. cit., pág. 117.

<sup>158</sup> STS 30 abril 1996, Ar. 3.623.

<sup>159</sup> F. VALDÉS DAL-RE, «Negociación colectiva y principio de unidad de empresa», *RL*, 1989, t. I, pág. 200.

siones puede aconsejar el recurso a las reglas de negociación de ámbito supraempresarial sin que ello determine apartarse del criterio prevalente de la unidad de empresa y significando, como en el resto de las instituciones laborales afectadas por esta nueva normativa sobre compromisos por pensiones, un avance sin precedentes.