

JOSEP MORENO I GENÉ

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Centro Universitario del Baix Penedès-URV*

Extracto:

LA constitución de empresas filiales a través de la adquisición de participaciones societarias, en virtud de la cual una empresa penetra en el capital de otra que pasa a ser filial de ésta, adquiriendo un cierto grado de dominio sobre ella y, en definitiva, una dirección unitaria, así como las fórmulas de descentralización empresarial, entre las que destacan los procesos de filialización, a través de los cuales una empresa decide no realizar directamente con sus medios materiales y personales ciertas fases del proceso productivo optando por desplazarlas a otras empresas o personas individuales con quienes establece acuerdos de diferente tipo, son formas de organización empresarial legítimas que plantean, no obstante, diversas cuestiones laborales entre las que destaca la posible aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, tema que es el objeto del estudio que se reproduce a continuación.

Sumario:

- I. La constitución de empresas filiales: un mecanismo de concentración y descentralización empresarial.
- II. La posible aplicación del artículo 44 ET a las adquisiciones de participaciones societarias.
- III. La filialización como forma de transmisión parcial de empresa.
- IV. Conclusiones.

I. LA CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS FILIALES: UN MECANISMO DE CONCENTRACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

La constitución de empresas filiales se ha configurado en los últimos años como el mecanismo más utilizado por las organizaciones empresariales para afrontar las ineludibles exigencias de la economía actual: la concentración y la descentralización o flexibilización.

En primer lugar, las exigencias de concentración empresarial que vienen impuestas por el actual proceso de globalización de la economía que se manifiesta especialmente en el ámbito europeo, han exigido a las empresas nuevas formas en la organización empresarial ¹.

La agrupación empresarial ha sido la respuesta más utilizada al afrontar los nuevos retos de la economía internacional debido a diversas causas, entre las que podemos destacar las siguientes: permite acceder de forma rápida y flexible a los distintos mercados, permite evitar tensiones competitivas al no ampliar la capacidad de producción y por tanto la oferta de productos, conlleva el ahorro de costes de financiación, elimina ineficiencias, supone ventajas fiscales y diversificación del riesgo, etc. ².

¹ Un estudio del fenómeno de la globalización y su incidencia en las relaciones de trabajo en F. DURÁN LÓPEZ, «Globalización y relaciones de trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998, págs. 869-889.

² Para un estudio en profundidad sobre las causas que motivan la concentración empresarial Vid. J. ARAGÓN MEDINA, «Los grupos de empresas como unidad económica dominante» en A. Baylos y L. Collado (Editores), *Grupos de empresa y Derecho del Trabajo*. Ed. Trotta. Madrid, 1994. Págs. 36 a 47; M.J. AROZAMENA, *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*. Ed. Civitas. Madrid, 1993; J. MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO (Coord.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1993; X. VIVES y J. GUAL (Dir.), *Concentración empresarial y competitividad: España en la CEE*. Ed. Ariel. Barcelona, 1990.

Este fenómeno ha sido recogido por innumerables resoluciones judiciales que han reconocido la existencia de estas nuevas formas de organización empresarial, señalando entre sus causas más habituales la necesidad de fortalecer la implantación en el mercado, o simplemente implantarse en él *ex novo*, juntar esfuerzos o experiencias o conocimientos de todo tipo en un quehacer común más o menos amplio y más o menos dilatado en el tiempo, uniformar producciones con la rebaja consiguiente de gastos o infraestructuras o, en fin, con la intención de cubrir una serie de necesidades o de obligaciones, incluso legales que una determinada empresa tiene ³. Todo lo cual viene exigido por el capitalismo avanzado que requiere para las expectativas de un mercado, cada vez más amplio, sucesivas concentraciones de capital y de diversificación sectorial ⁴.

Esta concentración empresarial adopta sin embargo distintas formas que sin ánimo de exhaustividad se pueden clasificar atendiendo al grado de intensidad de la relación entre las diversas empresas agrupadas, así por ejemplo partiendo de las de menor intensidad se encuentran en primer lugar, los simples acuerdos de cooperación empresarial (acuerdos de producción o *márketing*); en segundo lugar, las asociaciones limitadas con unión de recursos; en tercer lugar, empresas mixtas con creación de empresas autónomas; en cuarto lugar, las alianzas estratégicas (la propiedad parcial); en quinto lugar, las adquisiciones de empresa y finalmente la fusión en que es plena la integración de las empresas ⁵.

En este sentido, la doctrina destaca en el estudio de estos fenómenos empresariales un triple mecanismo de concentraciones de empresas. En primer lugar, la simple forma contractual, en la que un acuerdo o convenio aglutina y une de algún modo a una o más sociedades, sea en forma horizontal (suma de empresas interesadas en fases, consecutivas o no, del proceso de servicio, provocando una concatenación ordenada de actuaciones), sea en forma complementaria (en la que las empresas que se unen no pertenecen al mismo sector productivo o de servicios, mas una de ellas los presta a otra en tanto a esta última le interesa, incluso por imposición legal).

En segundo lugar, la vinculación puramente financiera, en cuyo caso el enlace o unión entre empresas se da por medio de participación, más o menos grande, de unas en los capitales de las otras.

Finalmente, las vinculaciones de carácter personal entre las empresas, lo que se lleva a cabo mediante el nombramiento electivo o no, según los casos, de administradores comunes, con lo que se logra instrumentar un sistema de dirección única.

Entre los diversos mecanismos citados de concentración empresarial destaca en los últimos años la utilización de la adquisición de participaciones societarias en virtud de la cual una empresa penetra en el capital de la filial, adquiriendo así un cierto grado de dominio sobre ella y en definitiva una dirección unitaria.

³ Cfr. STSJ (Madrid) de 18 de diciembre de 1995 (AS 4828).

⁴ Cfr. STSJ (Cataluña) de 17 de noviembre de 1995 (AS 4470).

⁵ J. McCAAN y R. GILKEY, *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Ed. Díaz de Santos S.A. Madrid, 1990. Pág. 4.

La participación en el capital ha desplazado a las fusiones de empresas que habían sido el mecanismo más utilizado en las décadas anteriores, lo cual se debe fundamentalmente a que mientras la fusión de empresas requiere del acuerdo de dos o más sociedades jurídicamente independientes que se comprometen a unir sus patrimonios y formar una nueva sociedad, la adquisición de participaciones da lugar igualmente al control de la empresa sin necesidad de que se produzca la unión de los patrimonios de las empresas afectadas ⁶.

En segundo lugar, de forma paralela a estos procesos de concentración y consecuencia de las diversas ineficiencias que de los mismos se derivan ⁷, se han adoptado por parte de las empresas diversas fórmulas de descentralización empresarial, entre las que destacan los procesos de filialización, a través de los cuales una empresa decide no realizar directamente, a través de sus medios materiales y personales, ciertas fases o a actividades del proceso productivo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo ⁸.

La filialización se perfila, por tanto, como un mecanismo que permite conciliar las dos necesidades de la economía actual, a saber: la concentración y la descentralización o flexibilización. En este sentido, comporta en primer lugar una fragmentación del proceso productivo en varias fases, para asignar posteriormente cada una de éstas a una empresa filial distinta, lo que supone una descentralización empresarial de la actividad productiva de la empresa que ya no realizará por sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades de la misma, pero al mismo tiempo permite la subsistencia de diversos mecanismos (acuerdos o convenios comerciales, vinculaciones financieras, vinculaciones personales, etc.) que permiten la subsistencia de una dirección económica unitaria respecto de todas las empresas filiales, propia de todo proceso de concentración empresarial.

⁶ Vid. En este sentido M.^a R. MARTÍNEZ BARROSO, «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas», *REDT* núm. 62/1993, págs. 915 a 917, y M.C. ORTÍZ LALLANA, «Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable». *Actualidad Laboral*. Tomo 1985/II. Págs. 1.252-1.253.

⁷ En este sentido, el profesor A. MARTÍN ARTILÉS, *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*, CES, Madrid, 1995. Pág. 24, nos indica que la concentración en grandes empresas industriales de producción en serie ha comportado notables problemas de organización y gestión técnica. Incluso de complejidad burocrática, lo que se traduce en carencia de motivación, participación y responsabilidades directas para los mismos directivos y cuadros de la empresa. Además de problemas de disciplina y gobernabilidad de las relaciones laborales derivados de la presencia de sindicatos en la empresa. Es más, la concentración de mano de obra en un centro de trabajo facilitaba el asociacionismo, la resistencia obrera, la contestación y la movilización de trabajadores y sindicatos, lo que suponía para la dirección de la empresa un elemento de presión salarial y, por tanto, en encarecimiento de los costes laborales a lo cual había que añadir las rigideces del sistema de contratación del empleo y las dificultades de movilidad de las plantillas, que contribuían a perturbar y retrasar las medidas de ajuste necesarias. Por otra parte, el profesor J. CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Enero-marzo 1994. Págs. 12-16, añade a esta valoración patológica tradicional de las causas de la descentralización, otras causas como las nuevas tecnologías y las alteraciones en el funcionamiento del mercado. En el mismo sentido, vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Nuevas tecnologías y relación de trabajo». Tirant lo Blanch, Valencia, 1990 y F. DURÁN LÓPEZ, *Globalización...*, op. cit. Pág. 871.

⁸ Vid. En este sentido, el profesor J.L. MONEREO PÉREZ, *Grupos de Empresa y subcontratación. Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*. Ed. Trotta, Madrid, 1994. Pág. 241, indica que se trata de procesos muy complejos, puesto que se produce una coexistencia entre descentralización y concentración. En el mismo sentido, vid. J. CRUZ VILLALÓN, *Descentralización productiva...* Págs. 8-9 y doctrina citada por el autor.

La filialización y la adquisición de participaciones societarias son dos mecanismos idóneos, por tanto, para alcanzar un grado de integración entre las empresas que les permite hacer frente a las referidas necesidades impuestas por el mercado, pero al mismo tiempo les permite conservar un cierto grado de flexibilidad y descentralización, haciendo fácilmente posible la modificación de la estructura empresarial cuando así nuevamente lo imponga el mercado.

Estos procedimientos de organización empresarial, a través de la adquisición de participaciones sociales o a través de procesos de filialización, son en principio legítimos, encontrando su fundamento dentro de la propia Constitución, cuyo artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que supone que todos los españoles están legalmente facultados para crear y establecer industrias, comercios o servicios del modo que mejor se acomoden a sus aspiraciones o expectativas de ganancias, dentro del marco legal y con respeto a los derechos ajenos. Así pues, el principio de libertad de empresa permite a una sociedad adquirir participaciones sociales de otra u otras sociedades⁹ y permite también que esta sociedad se divida o escinda en dos o varias y, al mismo tiempo o en momento posterior, traspase parte de su personal a la nueva persona jurídica, aunque en los términos y con las garantías que la ley tiene establecidas¹⁰.

La legitimidad de estas operaciones, sin embargo, no debe impedir el análisis de estas operaciones para determinar si procede y, en su caso, en qué condiciones, la subrogación empresarial regulada en el artículo 44 del ET, puesto que en determinadas ocasiones estas operaciones pueden encubrir situaciones fraudulentas en que de manera artificial pretenda diluirse la figura del empresario y así huir de las responsabilidades jurídicas previstas por el ordenamiento laboral.

En cualquier caso, este análisis debe efectuarse teniendo en cuenta que el Derecho del Trabajo no debe ni puede combatir o frenar tales operaciones, sino que ha de limitarse a encauzarlas dentro del principio de buena fe¹¹.

II. LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 ET A LAS ADQUISICIONES DE PARTICIPACIONES SOCIETARIAS

La adquisición de participaciones societarias, fundamentalmente cuando esta adquisición otorga el control, plantea la cuestión de su posible encuadramiento dentro de la sucesión de empresa y, por tanto, si le resulta o no de aplicación lo previsto por el artículo 44 ET, ya que a través de las cita-

⁹ Vid. entre otras STSJ Cataluña de 13 de marzo de 1996 (AS 632), STSJ Cataluña de 22 de mayo de 1996 (AS 1663), STSJ Galicia de 23 de julio de 1996 (AS 2729), STSJ Andalucía (Sevilla) de 27 de noviembre de 1996 (AS 4921), STSJ Madrid de 2 de diciembre de 1996 (AS 3975).

¹⁰ Un amplio desarrollo de esta doctrina se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 1995 (AS 4974).

¹¹ Estos límites del papel a jugar por el Derecho del Trabajo han sido reconocidos por la jurisprudencia en STSJ (Madrid) de 2 de diciembre de 1996 (AS 3975).

das adquisiciones se podría estar transmitiendo en determinados supuestos la propiedad de una empresa y, por tanto, transfiriendo a un tercero la condición de empresario ¹². No obstante, debe tenerse en cuenta que dicho precepto únicamente contempla *a priori* la adquisición de la empresa pero no la adquisición o la toma de control de la sociedad titular de la misma ¹³.

La cuestión planteada resulta de interés en la medida en que si bien la adquisición de participaciones no cuestiona en principio el mantenimiento de la relaciones laborales existentes, que es la finalidad principal perseguida por el artículo 44 ET ¹⁴, sí que de ella pueden derivarse efectos sobre el volumen de empleo, las condiciones de trabajo, las relaciones colectivas, etc., para lo cual sería interesante la extensión del resto de garantías previstas para los supuestos de sucesión de empresa, es decir, notificación a los representantes de los trabajadores, establecimiento de responsabilidades entre empresa cedente y cesionaria, etc.

En este sentido, dada la trascendencia que la adquisición de participaciones y consiguientemente la toma de control puede tener sobre las diversas cuestiones que afectan a las relaciones laborales, debería garantizarse en todo caso el derecho de información de las instituciones representativas de los trabajadores sobre dichos procesos e inclusive la posibilidad de oponerse a la realización de los mismos ¹⁵. Estas exigencias podrían verse parcialmente satisfechas si fueran aplicables a estos supuestos las obligaciones de notificación previstas para la sucesión de empresa.

Para que la normativa sucesoria despliegue toda su eficacia es necesario que se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 44 ET, ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, se exige un elemento subjetivo representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente y, en segundo lugar, se requiere un elemento objetivo consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, que permitan la continuidad de la actividad empresarial ¹⁶.

¹² Cfr. M.ª A. PÉREZ ALONSO, «Algunas cuestiones laborales sobre grupos de empresa». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Octubre-Diciembre/1992. Pág. 69.

¹³ Cfr. L. M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. Ed. MTSS. Madrid, 1986. Pág. 92.

¹⁴ En este sentido el profesor E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de empresa en el Derecho del Trabajo*, Ed. MTSS, Madrid, 1989. Pág. 140, nos indica que «(...) en lo que se refiere a la propia finalidad del artículo 44 LET, lo que en él se dispone carecería de relevancia práctica en relación a estos fenómenos, sin que cupiera plantearse siquiera la "no extinción" de la relación laboral o la "subrogación" de un nuevo empresario en lugar de otro. Si lo que pretende la normativa subrogatoria es lograr la "insensibilidad" o la "inalterabilidad" de las relaciones laborales existentes en una empresa cuando ésta cambia de titular, resulta claro que ningún medio hay para conseguir más contundentemente tal efecto que la no alteración de esa titularidad. Optar por entender que ésta no cambia es la mejor solución para la tutela de los trabajadores en estos supuestos. En tal caso no es que el trabajador pase a obtener un tratamiento igual que con el anterior empresario, sino que de hecho permanece vinculado a él (...)».

¹⁵ Vid. J.L. EMBID IRUJO, «Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 5/1985. Pág. 880.

¹⁶ Estos requisitos han sido tradicionalmente exigidos unánimemente por la jurisprudencia, así entre otras STS de 5 de febrero de 1991 (Ar. 3798), STS de 10 de mayo de 1988 (Ar. 3592), STS de 11 de mayo de 1987 (Ar. 3664).

La expresión «cambio de titularidad» que contiene el artículo 44 ET no hace referencia a ningún acto o negocio jurídico concreto en virtud del cual se produzca este cambio, sino que únicamente recoge un efecto o resultado, dando entrada tanto a los cambios de titularidad *transparentes*, es decir, aquellos en que existe un cambio de titularidad en la empresa con trascendencia formal, como a los cambios de titularidad *intransparentes* que suponen una alteración real en la propiedad de la empresa pero sin que éste tenga una relevancia formal.

El objeto del cambio de titularidad por su parte puede ser una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma y, por tanto, la sucesión de empresa se produce no sólo cuando el cambio afecta a la totalidad de la empresa, sino también cuando el cambio comprende un centro de trabajo o unidad productiva autónoma de aquélla, es decir, cuando se produce una transmisión parcial de empresa.

Esta breve exposición de los requisitos previstos en el artículo 44 ET ha propiciado que mayoritariamente la doctrina se haya inclinado por excluir la adquisición de participaciones del supuesto de hecho de la sucesión de empresa en la medida en que no se transmite una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, sino en todo caso el control sobre las mismas.

En este sentido un sector de la doctrina ha considerado que por más que cambie la estructura del empresario-persona jurídica, lo cierto es que éste sigue siendo el titular de una determinada empresa, sin que ésta haya cambiado realmente de titular formal, pues sigue siendo la misma sociedad la dueña o poseedora de una determinada organización productiva con independencia de que otras personas físicas o jurídicas obtengan su control mayoritario ¹⁷. Es decir, la adquisición de participaciones no constituye uno de los supuestos previstos en el artículo 44 ET, que se refiere exclusivamente a la transmisión de la empresa y no de las participaciones societarias, sin que la mera transmisión de participaciones incida sobre el empleador a efectos laborales, que continúa siendo formalmente la misma persona jurídica ¹⁸.

Se daría así un tratamiento distinto al dispensado a las fusiones de sociedades, que tras un largo proceso de discusión doctrinal quedan encuadradas dentro de los supuestos de sucesión de empresa previstos por la normativa laboral, puesto que se considera que la fusión supone una transmisión de empresa de un sujeto que como tal exige a otro que le suceda ¹⁹.

¹⁷ Vid. E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa...*, op. cit. Págs. 139 y 140.

¹⁸ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, «Notas sobre el régimen contractual laboral en los grupos de empresas». Ejemplar multicopiado. Jerez de la Frontera, 1995. Pág. 47. En un mismo sentido el profesor J.L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Ed. MTSS. Madrid, 1988. Págs. 422 a 425, señala que en estos supuestos la empresa no cambia de titular jurídico sino que, al contrario, conserva su sustantividad jurídica, su personalidad propia, pese a que la unión con otras empresas o sociedades pueden mermar su independencia y autonomía en el plano socioeconómico.

¹⁹ Vid. Sobre el encuadramiento jurídico de las fusiones de sociedades L.M. CAMPS RUIZ, «Problemas laborales de las fusiones de sociedades» en *Cuestiones laborales de Derecho del Trabajo*. Ed. MTSS. Madrid, 1990. Págs. 614 a 630; M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Fusiones y escisiones: aspectos laborales» en *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*, op. cit. Págs. 117 a 160; J.L. GIL GIL, «Aspectos laborales de la fusión y escisión de sociedades». *Documentación Laboral*, núm. 31/1990. Págs. 65 a 93.; J.L. MONEREO PÉREZ, «Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades (I y II)». *Relaciones Laborales*, Tomo 1987/I. Págs. 175 a 217.

Una interpretación más flexible del artículo 44 ET ha permitido, sin embargo, que otro sector doctrinal se plantee la posibilidad de que la adquisición de participaciones pueda ser considerada en ocasiones como un supuesto de sucesión de empresa, en tanto que englobaría los supuestos encubiertos de cambios en el control de la organización productiva, en los que este cambio es real pese a la aparente continuidad de la personalidad jurídica ²⁰.

Esta diversidad interpretativa pone de manifiesto la dificultad de dar una respuesta unitaria a la cuestión planteada y obliga a realizar un estudio sobre los elementos jurisprudenciales exigidos para que la adquisición de acciones pueda ser calificada como un supuesto de sucesión de empresa.

En primer lugar y con carácter general, la jurisprudencia indica que el artículo 44 ET únicamente se refiere al cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, exigiendo la necesidad de que persista el mismo complejo industrial en sus factores subjetivos, objetivos y medios de organización y gestión. Por tanto, basándose en esta interpretación, la adquisición de acciones de una sociedad por otra no supone sucesión empresarial, porque cada empresa mantiene su personalidad, lo que constituye una realidad habitual entre sociedades distinta a la adquisición de un entramado organizado de trabajadores y medios materiales que, en cambio, sí constituye una sucesión empresarial ²¹.

Sin embargo, al mismo tiempo se ha mantenido un criterio amplio sobre la aplicabilidad del artículo 44 ET indicando que este precepto posibilita la admisión de cualquier modalidad de cambio, persiguiendo el reforzamiento de la idea fundamental de continuidad en la actividad económica de la empresa, lo que permite que en ocasiones la adquisición de participaciones sea considerada como un supuesto de sucesión de empresa cuando se genere entre ambas determinadas relaciones que supongan la incorporación de elementos humanos y materiales de una empresa a otra ²².

²⁰ Vid. M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Fusiones y escisiones...», *op. cit.* Págs. 124 a 133.

²¹ Es significativa la STSJ (Castilla y León/Valladolid) de 2 de mayo de 1995 (AS 2040) que ante un supuesto de adquisición sucesiva de acciones por parte de una sociedad hasta adquirir la totalidad de las acciones de otra, considera que lo único que se produjo fue un cambio de titularidad de las acciones, es decir, un mero cambio subjetivo de los detentadores de las participaciones sociales, permaneciendo ambas sociedades con personalidad jurídica propia, con lo que no concurre el elemento subjetivo de la sucesión empresarial, consistente en entrar un empresario en lugar de otro, pues el empresario en todo momento sigue siendo el mismo.

²² En este sentido se establece que la adquisición de participaciones no supone una subrogación o sucesión de empresa regulada en el artículo 44 ET, pues tal figura comporta un cambio de titularidad de empresa o centro de trabajo y ello no se produce por el mero hecho de adquisición de acciones de una sociedad por otra, siempre que continúen subsistiendo y realizando sus propias actividades diferenciadas cada una de ellas. *Cfr.* STSJ (Cataluña) de 5 de octubre de 1995 (AS 3969).

La continuidad en la actividad y el trasvase de elementos humanos y materiales constituyen los elementos determinantes que en caso de concurrir pueden conllevar la aplicación de la normativa sucesoria, con independencia del porcentaje de participaciones adquiridas ²³, aunque el grado de participación en el accionariado de otra, sin ser determinante, facilitará o dificultará la concurrencia de dichos elementos ²⁴.

En este sentido se consideran elementos suficientes el hecho de que tras la adquisición de participaciones la empresa adquirente incorpore a la mayor parte de los trabajadores de la otra empresa o hiciera ofertas a los clientes de la empresa adquirida de los servicios que ésta prestaba, la existencia de un proceso de trasvase de la actividad empresarial de la empresa adquirida a la adquirente, la presencia de todos los socios de la empleadora en la otra sociedad y la identidad de actividad de ambas empresas ²⁵. En los supuestos en que concurren estos elementos se considera que existen fusiones fácticas o de hecho a las que es aplicable la normativa sucesoria.

La valoración que puede realizarse de esta interpretación jurisprudencial es negativa en la medida en que está excesivamente sujeta al tenor literal del precepto, lo que limita la aplicación del mismo únicamente a supuestos próximos a situaciones de fraude, en que se pretendía llevar a cabo un cambio de titularidad de empresa eludiendo la normativa laboral y, por otra parte, no tiene en cuenta aquellas situaciones en que pese a no concurrir un ánimo fraudulento sí se producen cambios en el control de la organización productiva, que no pueden pasar desapercibidos para el derecho ²⁶.

En cualquier caso, en defecto de una modificación legislativa que incluya taxativamente los cambios de control empresarial ocasionados por la adquisición de participaciones sociales entre los mecanismos de cambio de titularidad de empresa, no es necesario «forzar» la figura jurídica de la sucesión de empresa para dar cobertura a estas situaciones sino que existen soluciones alternativas aplicables al caso, entre las que destaca la teoría de los grupos de empresas ²⁷.

²³ Así por ejemplo, en ocasiones no se considera que exista sucesión de empresa pese a la adquisición del 100 por 100 de las acciones. *Vid.* entre otras, STSJ (Andalucía/Málaga) de 19 de abril de 1996 (AS 2095), STSJ (Cataluña) de 5 de octubre de 1995 (AS. 3969).

²⁴ Un estudio sobre la magnitud del capital social adquirido y su eficacia sobre la normativa sucesoria en M.^a A. PÉREZ ALONSO, «Algunas cuestiones laborales...», *op. cit.* Págs. 77 a 83. Esta autora distingue los supuestos de adquisición (por persona física o jurídica) de la totalidad de las acciones de una o varias sociedades en que considera que debe ser aplicable el artículo 44 ET; las adquisiciones mayoritarias del capital de una o varias sociedades en que sería aplicable el artículo 44 ET sólo en aquellos supuestos en que concurrieran otros factores; y finalmente, otras adquisiciones de capital que no pueden calificarse como sucesión de empresa, no siendo posible por tanto la aplicación del artículo 44 ET.

²⁵ *Cfr.* STSJ (País Vasco) de 26 de enero de 1996 (AS 894).

²⁶ Una crítica a esta interpretación jurisprudencial excesivamente rígida en M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Fusiones y escisiones...», *op. cit.* Págs. 129 a 133.

²⁷ En este sentido el profesor J.L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo...*, *op. cit.* Págs. 422 y 423, indica que si bien diversos supuestos de adquisición de participaciones societarias no plantearían graves obstáculos a la aplicación de la normativa sucesoria, la aplicación del artículo 44 ET resulta innecesaria gracias a la adopción de un criterio realista de la personalidad jurídico-societaria, que lleva a atribuir la condición de empleador al titular real y efectivo de la empresa económica.

No en vano, la adquisición de participaciones societarias constituye una de las formas más habituales de creación de un grupo de empresas²⁸, en tanto que comporta la toma del control de una sociedad por otra y, por tanto, permite obtener el poder de decisión sobre la misma²⁹. De esta manera el análisis del fenómeno de la adquisición de participaciones supone remontarse al momento de la propia creación del grupo de empresas, es decir, a la fase dinámica del mismo, en tanto que éste es el resultado de un proceso que comienza con la obtención del control de una sociedad, que da lugar al establecimiento de una dependencia societaria que conduce al ejercicio de una dirección económica unitaria³⁰.

III. LA FILIALIZACIÓN COMO FORMA DE TRANSMISIÓN PARCIAL DE EMPRESA

La configuración de la filialización como un proceso que comporta la fragmentación del proceso productivo en varias fases para asignar posteriormente cada una de éstas a una empresa filial distinta, presupone necesariamente una o varias operaciones de transmisión parcial de empresa, en las que la empresa original actúa como cedente y la empresa o empresas de nueva creación actúan como cesionarias³¹, siendo necesario analizar, por tanto, si estas transmisiones parciales de empresa integran el supuesto de hecho del artículo 44 ET relativo a la sucesión de empresa.

La aplicación de la normativa sucesoria, como ya se ha puesto de manifiesto, comportaría diversas garantías para los trabajadores en la medida en que conlleva la obligación de notificar la transmisión a los representantes de los trabajadores, así como el establecimiento de diversos derechos imprescindibles para los trabajadores, si se tiene en cuenta que los procesos de filialización, al producirse a menudo en el marco de reestructuraciones empresariales, producen importantes efectos sobre el volumen de empleo, las condiciones de trabajo, el pago de los créditos salariales, etc. En este sentido, el artículo 44 ET impone la conservación de las relaciones de trabajo en todos sus términos, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, así como la responsabilidad solidaria durante tres años respecto a las obligaciones labora-

²⁸ Se utiliza el término «grupos de empresas» por ser el mayoritariamente utilizado en el seno de la doctrina y jurisprudencia, si bien, el término «empresa de grupo» parece más adecuado para referirse a esta realidad.

A pesar de que con carácter general no todos los grupos de empresas son grupos de sociedades, de acuerdo con el objeto de este estudio, sería igualmente válida la utilización del término «grupo de sociedades», más propio del Derecho mercantil, ya que nos referiremos únicamente a los grupos de empresas formados por sociedades, los cuales se han constituido a partir de adquisiciones de participaciones societarias.

²⁹ Vid. L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral...*, op. cit. Pág. 85.

³⁰ L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral...*, op. cit. Págs. 63 y 64, J.M. EMBID IRUJO, «Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado...», op. cit. Pág. 880. También en un mismo sentido STSJ (País Vasco) de 25 de junio de 1993 (AS 2877).

³¹ L.M. CAMPS RUIZ, «Constitución de filiales y "estatuto de personal" aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades». *Poder Judicial*, núm. 16, 1989. Pág. 230.

les nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, así como de las obligaciones posteriores a la transmisión cuando la misma fuese declarada delito.

A diferencia de lo que sucede en la adquisición de participaciones sociales, en los procesos de filialización se cumplen sin especiales dificultades los requisitos exigidos por el artículo 44 ET para que la normativa sucesoria despliegue toda su eficacia: el elemento subjetivo representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente y el elemento objetivo consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, que permitan la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de esta unidad socioeconómica de producción que configura la identidad del objeto transmitido.

En este sentido, no comporta ninguna dificultad el cumplimiento del elemento subjetivo, ya que el tenor amplio con el que se interpreta la expresión «cambio de titularidad» que contiene el artículo 44 ET, en virtud del cual no se hace referencia a ningún acto o negocio jurídico concreto en virtud del cual se produzca este cambio, sino que únicamente se recoge un efecto o resultado, da entrada a cualquiera de los mecanismos a través de los cuales se lleve a cabo la escisión o segregación de una parte de la empresa y su posterior transmisión a otras ya existentes o a otra creada *ex hoc*.

Por lo que respecta al objeto de la transmisión, éste puede ser una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma y por tanto, la sucesión de empresa se produce no sólo cuando el cambio afecta a la totalidad de la empresa sino también cuando, como sucede en los procesos de filialización, el cambio comprende un centro de trabajo o unidad productiva autónoma de aquella, es decir, cuando se produce una transmisión parcial de empresa.

Esta breve exposición de los requisitos de la sucesión de empresa pone de manifiesto que las transmisiones parciales que tienen lugar con ocasión de los procesos de filialización son en principio perfectamente encuadrables en el supuesto de hecho del artículo 44 del ET como reiteradamente ha reconocido la doctrina³² y la jurisprudencia³³.

³² Esta posibilidad ha sido unánimemente reconocida por la doctrina. Vid. L.M. CAMPS RUIZ, *Constitución de filiales...* Pág. 230; J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, «Problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un grupo de empresas «multinacional». *Actualidad Laboral*, núm. 40, 1990. Pág.497; L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y A.I. PÉREZ CAMPOS, «Análisis jurídico-laboral sobre el "outsourcing" y la descentralización productiva». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 77, 1996. Pág. 568-569.

³³ En este sentido también se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, así, por ejemplo, la STSJ Madrid de 21 de marzo de 1996 (AS 545) aplica el artículo 44 ET a un supuesto de filialización por considerar que efectivamente ha existido una sucesión empresarial al haberse desgajado una unidad productiva autónoma, configurada por una serie de servicios que pasan a ser asumidos por la entidad que se crea al efecto por otras entidades del grupo, servicios entre los que se encuentra el de la actora, debiendo concluirse que estamos ante una sucesión de empresas que no ante una cesión ilegal de trabajadores, por cuanto no se dan las notas que caracterizan esta figura al no encontrarnos ante ninguna empresa aparente sin entidad propia, sino ante una empresa auxiliar que se crea conforme a derecho para que cumpla con una misión específica dentro de un grupo de empresas, no existiendo fraude alguno en su creación.

La doctrina y la jurisprudencia exigen, en cualquier caso para que dicha sucesión de empresa tenga lugar que la unidad productiva que se escinde o transmite sea susceptible de explotación autónoma e independiente, y que la transmisión no revele un propósito defraudatorio o un abuso de derecho ³⁴.

Es decir, la escisión o constitución de filiales como modalidad de transmisión parcial de empresa es una opción perfectamente legítima, siempre que la misma se ajuste a los requisitos exigidos por el ordenamiento y a los criterios que los tribunales han venido exigiendo para que pueda entrar en juego el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del ET, a saber: que el objeto de la transmisión sea efectivamente una unidad productiva organizada, con capacidad para ser explotada de forma autónoma e independiente, y que la sucesión no persiga eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos ³⁵.

La exigencia de que el objeto de la transmisión sea efectivamente una unidad productiva organizada, con capacidad para ser explotada de forma autónoma e independiente puede plantear importantes dificultades en los supuestos de filialización, puesto que al proceder las empresas resultantes de dichos procesos de una misma empresa originaria, mantendrán estrechas relaciones de interdependencia entre sí ³⁶.

Por ello debe analizarse en cada caso concreto si la porción segregada constituye como mínimo una unidad productiva autónoma y, por tanto, si se configura, tal como exige la jurisprudencia, como un conjunto de elementos susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado, para lo cual deberán tenerse en cuenta: la entidad patrimonial de la unidad separada, la finalidad productiva asignada, la dependencia o independencia comercial respecto a la sociedad matriz, la autonomía gestional, la dependencia o independencia tecnológica, etcétera ³⁷.

En idéntico sentido, la STSJ Baleares de 15 de abril de 1996 (AS 2060) considera como un mero supuesto de sucesión de empresa, el hecho que una sociedad sin proceder a su disolución creara tres sociedades filiales con el objeto de que cada una de ellas se hiciera cargo del desarrollo empresarial singularizado de las tres ramas de producción a que se venía dedicando.

La jurisprudencia ha admitido la aplicación del artículo 44 ET incluso cuando es una administración la que crea una sociedad para gestionar una actividad que antes desarrollaba directamente la propia administración, indicando que se trata de un objeto lícito que tiene su amparo en el artículo 44 ET, la decisión de crear una empresa filial que asuma con autonomía y personalidad propia y responsabilidad, una determinada actividad.

³⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 1995 (AS 4974).

³⁵ Vid. STSJ Murcia de 24 de octubre de 1995 (AS 4051) y jurisprudencia citada por ésta.

³⁶ Vid. L.V. CAMPS RUIZ, *Constitución de filiales... op. cit.* Págs. 230-231.

³⁷ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Filialización. Grupos de empresas. Ponencia temática II del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Pág. 15.

Este requisito, sin embargo, ha sido flexibilizado por la jurisprudencia que no exige que en el momento inmediatamente anterior al cambio de titularidad hubiera una absoluta autonomía de esa unidad, no obstante, por tanto, a la subrogación el hecho de que entre la unidad cedida y el resto de la empresa hubiera ciertas conexiones, tales como una dirección única ni que la actividad desarrollada fuera coincidente; lo verdaderamente esencial es la existencia de una unidad productiva diferenciada, susceptible de segregación para operar de modo autónomo, aunque para ello precise de apoyos complementarios ³⁸.

Finalmente, también impide la aplicación de la normativa sucesoria la voluntad de eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos, aunque se cumplieran los requisitos anteriormente expuestos, circunstancia que debe ser analizada con especial desvelo cuando la sucesión de empresa se lleva a cabo en el seno de los grupos de empresa ³⁹.

Estos supuestos fraudulentos normalmente consistirán en actuaciones empresariales destinadas a provocar la insolvencia de las diversas empresas resultantes del proceso de filialización y, por tanto, a menoscabar los derechos de los trabajadores de las mismas, en la medida en que el artículo 44 ET, salvo los supuestos en que la sucesión es declarada delito, limita la responsabilidad solidaria entre empresa cedente y cesionaria a las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, no abarcando por tanto las obligaciones surgidas con posterioridad a la misma, de las que sólo sería responsable la empresa cedente.

Así, por ejemplo, en un supuesto en que en el momento de producirse la segregación de una línea de negocio de telemática de una empresa a su filial, ya existía en dicha línea una situación crítica que exigía adoptar medidas de reducción de costes laborales, que lógicamente tendrían una traducción económica, se consideró que dicha segregación constituía un uso antisocial de los derechos que posibilita el artículo 44 ET, pues pudiendo haberse acometido la reforma de la unidad productiva en el seno de la empresa matriz, que disponía además de los activos y pasivos de ella de otros, que en su conjunto hubieran cubierto las responsabilidades por los costes consiguientes, se dispuso sin embargo su segregación en los términos explicados, en el previsible efecto de imposibilidad de garantía de las obligaciones derivadas del reflotamiento de la actividad ⁴⁰.

³⁸ Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 1995 (AS 4974), así como la STS de 25 de abril de 1988.

³⁹ En este sentido, la STS de 24 de julio de 1989 (AS 5908) establece que «los fenómenos de la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben ser examinados con cuidado y adoptarse las medidas adecuadas cuando exista la evidencia de que, a través de la sucesión, se persigue eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos».

⁴⁰ Así, por ejemplo, STSJ Madrid de 4 de marzo de 1996 (AS 526). En el mismo sentido, STSJ Catalunya de 23 de marzo de 1998 (AS 2469).

En los supuestos en que exista una utilización abusiva y fraudulenta o un ejercicio antisocial del artículo 44 ET por parte de las empresas implicadas, con la intención de desfigurar la identidad del empresario responsable en perjuicio de los trabajadores, debe resultar de aplicación la normativa que se pretendió eludir y, por tanto, no tiene lugar el efecto subrogatorio establecido en el artículo 44 ET, constituyendo las diversas empresas una única realidad empresarial con independencia de su distinta identidad jurídica formal ⁴¹.

Al margen de estos supuestos, sin embargo, los procesos de filialización son perfectamente posibles y lícitos dando lugar a la aparición de diversas empresas con autonomía y jurídicamente independientes entre sí, sin que el análisis del cumplimiento de los requisitos de la sucesión de empresa haya de ser más exhaustivo que si la empresa adquirente no fuera filial de la transmitente, puesto que al mantener las distintas empresas fuertes vínculos entre ellas tras su constitución pueden aún cumplir los requisitos exigidos para la existencia de un grupo de empresas con la correspondiente extensión de responsabilidades ⁴².

En este sentido, como también sucedía con la adquisición de participaciones sociales, los procesos de filialización constituyen una de las formas más habituales de creación de un grupo de empresas, en tanto que las empresas resultantes de dichos procesos, en cuanto procedentes de una misma empresa originaria, mantendrán, sin menoscabo de su individualidad y autonomía jurídicas, estrechas relaciones entre sí ⁴³.

De esta manera, el análisis del fenómeno de la filialización supone también remontarse al momento de la propia creación del grupo de empresas, es decir, a la fase dinámica del mismo, en tanto que éste es el resultado de un proceso que comienza con el establecimiento de diversas vinculaciones (económicas, financieras, comerciales, personales, de dirección, de plantillas, etc.) que dan lugar al establecimiento de una dependencia que conduce al ejercicio de una dirección económica unitaria ⁴⁴.

⁴¹ Vid. STSJ Murcia de 24 de octubre de 1995 (AS 4051).

⁴² Vid. L.V. CAMPS RUIZ, «Constitución de filiales...» *op. cit.* Pág. 231.

⁴³ Vid. L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral... op. cit.* Pág. 85 y Jesús M.ª GALIANA MORENO i A.V. SEMPERE NAVARRO, *Problemas Laborales... op. cit.* Pág. 511.

⁴⁴ L.M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral... op. cit.* Págs. 63 y 64, J.M. EMBID IRUJO, «Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado...», *op. cit.* Pág. 880. L. MARTÍN FLORES, «Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 71, 1995, pág. 405. También en un mismo sentido STSJ (País Vasco) de 25 de junio de 1993 (AS 2877).

IV. CONCLUSIONES

La constitución de empresas filiales se ha configurado en los últimos años como el mecanismo más utilizado por las organizaciones empresariales para afrontar las ineludibles exigencias de la economía actual: la concentración y la descentralización o flexibilización.

En este sentido, entre los diversos mecanismos de concentración empresarial destaca en los últimos años la utilización de la adquisición de participaciones societarias, en virtud de la cual una empresa penetra en el capital de otra, que pasa a ser filial de ésta, adquiriendo así un cierto grado de dominio sobre ella y en definitiva una dirección unitaria.

Asimismo, de forma paralela a los procesos de concentración y consecuencia de las diversas ineficiencias que de los mismos se derivan, se han adoptado por parte de las empresas diversas fórmulas de descentralización empresarial, entre las que destacan los procesos de filialización, a través de las cuales una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o a actividades del proceso productivo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo.

La adquisición de participaciones societarias y los procesos de filialización se configuran, por tanto, como dos mecanismos idóneos para alcanzar, a través de la creación de empresas filiales, un grado de integración entre las empresas que les permita hacer frente a las necesidades de concentración impuestas por el mercado y, al mismo tiempo, conservar un cierto grado de flexibilidad y descentralización, facilitando así la modificación de la estructura empresarial cuando así nuevamente lo imponga el mercado.

A pesar de que estas formas de organización empresarial son en principio legítimas, encontrando su fundamento dentro de la propia Constitución Española, cuyo artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, las mismas plantean diversas cuestiones laborales, entre las que destaca la posible aplicación del artículo 44 ET, puesto que en determinadas ocasiones estas operaciones pueden encubrir situaciones fraudulentas en que de manera artificial pretenda diluirse la figura del empresario y así huir de las responsabilidades jurídicas previstas por el ordenamiento laboral.

En primer lugar, por lo que se refiere a la adquisición de participaciones societarias, el tenor literal del artículo 44 ET parece excluirlas del supuesto de hecho de la sucesión de empresa, ya que éste parece incluir únicamente el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o uni-

dad productiva autónoma y no la transmisión de las participaciones societarias, las cuales únicamente comportan un cambio en la estructura del empresario persona jurídica que continúa siendo el mismo.

La adquisición de participaciones societarias, sin embargo, puede ser considerada como un supuesto de sucesión de empresa cuando se generen entre las diversas empresas implicadas relaciones que supongan la incorporación de elementos humanos y materiales de una empresa a otra, lo que equivale a una fusión fáctica o de hecho. En este sentido, se consideran elementos suficientes que tras la adquisición de participaciones la empresa adquirente incorpore a la mayor parte de los trabajadores de la otra empresa, o haga ofertas a los clientes de la empresa adquirida de los servicios que ésta prestaba, que exista un proceso de trasvase de la actividad empresarial, que se dé la presencia de todos los socios de la empleadora, que haya una identidad de ambas empresas.

No obstante, únicamente es aplicable el artículo 44 ET en aquellos supuestos fraudulentos o próximos al fraude en que se pretendía llevar a cabo un cambio de titularidad de empresa eludiendo la normativa laboral, sin que se tengan en cuenta aquellas situaciones en que sin concurrir ánimo fraudulento, sí que se producen cambios en el control de la organización productiva, pese a la aparente continuidad de la persona jurídica.

En segundo lugar, por lo que respecta a los procesos de filialización, éstos integran el supuesto de hecho del artículo 44 ET y, por tanto, dan lugar a una o diversas transmisiones parciales de empresa, siempre que la unidad productiva que se escinda o transmita sea susceptible de explotación autónoma e independiente y que no se aprecie un propósito defraudatorio o un abuso de derecho, considerándose cumplidas dichas exigencias aunque en el momento anterior al cambio de titularidad no hubiera una absoluta autonomía de esa unidad productiva, siempre que sea susceptible de operar de modo autónomo aun precisando para ello de apoyos complementarios.

En cualquier caso, en estos supuestos puede resultar complicado el cumplimiento de los requisitos exigidos para que tenga lugar una lícita sucesión de empresa, debido a la íntima relación existente entre las diversas unidades productivas escindidas, si bien, el análisis del cumplimiento de estos requisitos no debe ser más riguroso que si la empresa adquirente no fuera filial de la transmitente.

Cuando el objeto de la transmisión no esté dotado de la autonomía requerida o se pretendan menoscabar los derechos de los trabajadores, desfigurando la identidad del empresario responsable, no tiene lugar el efecto subrogatorio previsto en el artículo 44 ET, constituyendo las diversas empresas una única realidad empresarial con independencia de su distinta identidad jurídica formal.

En cualquier caso, no es necesario «forzar» la figura jurídica de la sucesión de empresa para dar cobertura a estas situaciones sino que existen soluciones alternativas aplicables al caso, entre las que destaca la teoría de los grupos de empresas, ya que, no en vano, la adquisición de participaciones societarias y los procesos de filialización constituyen las formas más habituales de creación de un grupo de empresas, en tanto que comportan la toma del control de una sociedad por otra y, por tanto, permiten obtener el poder de decisión sobre la misma.