

## LOS «GRUPOS DE EMPRESA» Y LOS DESPIDOS POR CAUSAS EMPRESARIALES: ¿SOLO LA «PROMISCUIDAD ECONÓMICA» SE SANCIONA?

**Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 223/2013, de 10 de diciembre 2013 –Caso Grupo Ezentis**

**Sofía Olarte Encabo**

*Catedrática. Universidad de Granada*

### 1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

Los grandes protagonistas de la economía mundial son los grupos de empresas, ellos son los principales actores económicos, y a menudo también políticos. Si el escenario o ámbito económico mundial está dominado por los grupos multinacionales, a escala nacional, también autonómica y local, estos espacios socio-económicos están ampliamente protagonizados por los grupos de empresas operativos en ellos. Bastaría comprobar su protagonismo apenas se repare en que la inmensa mayoría de los procedimientos de despido colectivo que han llegado a los tribunales afectan a empresas enmarcadas en grupos, nacionales y/o multinacionales.

En cambio, este extremado y continuo protagonismo socio-económico de la actualidad laboral no encuentra correspondencia con su regulación jurídica, en la medida en que estos actores económicos siguen siendo refractarios a un marco legislativo ordenador, y limitador, suficientemente sistemático, coherente y equitativo. Por supuesto, el legislador, después de más de medio siglo de doctrina judicial y jurisprudencia, no desconoce la figura del grupo. Más aún, allá y acullá va salpicando nuestro Derecho, no solo Laboral, de fragmentos de un puzle a menudo difícil de entender y recomponer. Buena prueba de ello es la integración legal de una laguna largamente detectada por la jurisprudencia al respecto, como es la legitimación para la negociación de convenios colectivos de empresa, recibiendo el legislador una figura, la llamada «legitimación cruzada» –por la representación social negocian los sindicatos, por la patronal lo hacen las direcciones de grupo directamente, mezclando unidad de empresa ex art. 87.1 ET y sectorial ex art. 87.2 ET–, que ya en 1999 consolidó la jurisprudencia. El legislador tardó nada menos que 11 años en entablar ese beneficioso diálogo.

Podría pensarse que estamos ante un legislador desidioso, abstencionista, perezoso, que no atiende a la realidad compleja económica de los últimos tiempos y que no integra las lagunas del ordenamiento, y que cuando lo hace es de forma casuística e imprecisa. Pero esa impresión sería com-

pletamente falsa. El legislador laboral es abstencionista respecto de un concepto unitario de grupo jurídicamente relevante, y en relación con un régimen sistemático, porque quiere seguir favoreciendo la libre creación y el libre funcionamiento de los grupos, de modo que solo sean alteradas sus decisiones cuando incurran en fraude o abuso. Por tanto, no estamos ante una laguna sino ante un silencio elocuente, lo que significa que el legislador no quiere intervenir más en la vida socio-económica de los grupos, dejando el ejercicio del sistema de decisiones y poderes a su libertad de organización y gestión, eso sí, siempre que no traspasen los límites comunes o generales –prohibición de fraude de ley y/o abuso–. O cuando le interese por puntuales razones de política jurídica –fiscalidad, contabilidad transparente...–. Más aún, como muestran los últimos capítulos de reforma laboral 2012, suele intervenir para seguir haciéndole «favores» de funcionamiento a los grupos, sobre todo a los que tienen una dimensión multinacional –ejemplo: los Reales Decretos-Leyes 11 y 16/2013 eximen de las obligaciones que establece para los grupos nacionales a los multinacionales en el despido colectivo.

Pese a lo que a menudo se cree, ni la doctrina judicial ni la jurisprudencia han sido ajenas a esta política jurídica favorable al más libre campar de los grupos en el mercado. Un buen ejemplo de ello es la doctrina sentada por la [SAN 223/2013, de 10 de diciembre](#).

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El asunto versa sobre el grupo Ezentis, SA (antes Radiotrónica, SA), empresa matriz de un grupo de empresas. La estructura esencial del grupo viene constituida por varias empresas situadas en el extranjero y en España, en particular por Avanzit Tecnológica, Avanzit Telecom, SLU y Navento. La viabilidad del grupo depende de la licitación pública y de algunos grandes clientes (Telefónica, Adif, etc.) El grupo tomó la decisión táctica de abandonar los negocios no rentables, destacando el cese de la mayor parte de actividad de telecomunicaciones en España. La cifra de ingresos en España se ha ido reduciendo, mientras que en el extranjero ha ido creciendo. El EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones y extraordinarios) del grupo se situó en 2012 en 10,28 millones de euros, lo que ha supuesto un crecimiento del 274% frente a los 2,74 millones de euros de 2011 y superando en un 28% el objetivo que el grupo estableció para el ejercicio 2012 (8 millones).

Por su parte, Avanzit Telecomunicaciones, SLU tenía una dependencia casi absoluta de su cliente único, Telefónica, y por ello depende en gran medida de la actividad que en cada punta de trabajo le asigne dicho cliente. La decisión estratégica de reorientación de los negocios nucleares de Avanzit llevó a finalizar la contratación con Telefónica. Por tanto, se debió hacer un ERE que extinguió a toda la plantilla menos a 43 trabajadores, siendo sostenida en sus costes por actividad residual con algunos clientes y por las aportaciones que le prestan otras sociedades del grupo. Consta que los trabajadores de diversas empresas del grupo han pasado a prestar servicios en otras mediante la técnica de la subrogación empresarial.

Ante esta situación, los representantes de los trabajadores piden que se reconozca que hay un «grupo laboral o patológico» y se declare la responsabilidad de todas las empresas. En cambio, las

empresas piden que se determine que se trata de un grupo mercantil, por lo tanto, fisiológico. Ante este dilema, que puede terminar con la declaración de nulidad del despido o bien con su ajuste a Derecho, ¿qué dice la Audiencia Nacional?

### 3. DOCTRINA SENTADA: POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL MARCO LEGAL

Para la Audiencia Nacional, siguiendo la recientemente desempolvada «teoría maniquea» que distingue entre «grupos patológicos» y «grupos fisiológicos», o los «grupos buenos» –los que lo son a los solos efectos mercantiles– y los «grupos malos» –los que lo son a efectos laborales–, «no existe grupo patológico» –FJ 6.º–. Por supuesto acepta lo evidente, que hay dirección unitaria y una apariencia externa de grupo indudable. Pero esos rasgos de organización y gestión unitaria no serían «suficientes para afirmar la existencia de la unidad de grupo» –a efectos laborales.

Reproduce para ello la sala la posición conocida de la jurisprudencia, según la cual, lo esencial es que a través de los diferentes indicios, que serían sumatorios ahora, sin que solo uno de ellos pueda ser determinante por sí solo, se llegue a la convicción de que «existe un uso abusivo o ejercicio anormal del derecho, en beneficio del grupo y en detrimento de los derechos de los trabajadores». Solo en este caso podría afirmarse que existe «una única empresa real bajo la apariencia del grupo, lo que constituye un fraude de ley, que permite aplicar la doctrina del «levantamiento del velo» –*to lift the veil*– y considerar al grupo como una única empresa» –FJ 4.º, letra e)–. En suma, solo cuando el uso de las formas jurídicas, que son útiles para el funcionamiento de la economía y, por tanto, para el interés general, tengan un objetivo o produzcan un resultado lesivo para los derechos de los trabajadores, cabe ver un «grupo patológico», siendo solo este el relevante a efectos jurídico-laborales: «... Debe quedar claro que lo esencial es llegar a la convicción de que dicho uso se realiza, en nuestro caso, con el fin de lesionar los derechos de los trabajadores».

Pues bien, tras un detenido análisis de la situación socio-económica y organizativa del grupo Ezentis, SA, llega a la convicción de que no hay ninguna patología jurídica. Por tanto, una vez afirmado que «no existe «grupo patológico» se impone», entiende la sala, una doble conclusión. Una procesal, y es «estimar la excepción de falta de legitimación pasiva del resto de las empresas demandadas». Y otra, de fondo, cual es entender que concurren causas de carácter económico-productivo que hacen ajustado a Derecho el despido colectivo, porque «*la empresa no tiene actividad, ni ingresos desde finales de 2012... desde dicha fecha solo genera pérdidas que están siendo abonadas por el grupo y ha perdido los contratos que le daban actividad...*» –FJ 7.º.

### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

Es muy probable que, de ser recurrida esta sentencia por la representación sindical ante el Tribunal Supremo, encuentre confirmación. La doctrina judicial de la Sala de la Audiencia Na-

cional sigue estrictamente la jurisprudencia recientemente reafirmada, con algunas matizaciones, en sentencias del Tribunal Supremo tales como las de [20 de marzo de 2013, rec. núm. 81/2012](#) y [27 de mayo de 2013, rec. núm. 78/2012](#). De ellas se desprende que solo la «promiscuidad en la gestión económica», esto es, la existencia de una confusión patrimonial manifiesta, expresiva tanto de una caja única como de una contabilidad permeable entre las diferentes empresas del grupo, pondría de relieve un uso de carácter fraudulento o abusivo.

Ahora bien, lo que resulta ahora ya difícilmente sostenible, como la doctrina científica autorizada viene poniendo de relieve desde hace más de una década (MONEREO-MOLINA, 2002), es la posición jurisprudencial, reveladora no solo de una gran obsolescencia conceptual y normativa, sino también de extremadas contradicciones o antinomias. Piénsese que en el caso comentado la Audiencia Nacional reconoce que existen pagos efectuados por entidades del grupo a los trabajadores de Avanzit, ante la inexistencia de actividad de esta empresa, ausencia de una actividad productiva que, como se vio, deriva de opciones estratégicas del grupo. Sin embargo, entiende la Audiencia que estos pagos son «en beneficio de los trabajadores», por tanto responde a la buena fe y sabido es que *fides bona contraria est fraudi et dolo* –FJ 6.º.

La posición tan restrictiva evidenciada por la doctrina de la Audiencia en la apreciación de un grupo relevante a efectos jurídico-laborales llega hasta el paroxismo en sentencias posteriores, como la [SAN 234/2013, de 23 de diciembre](#). En ella muta el concepto de «promiscuidad en la gestión económica» en otro paralelo, en el ámbito laboral, que podemos denominar como «uso promiscuo de la gestión de personal», por cuanto solo admite como relevante la «prestación indiferenciada en el trabajo», pareciéndole «simple» la «prestación sucesiva» entre las diferentes empresas del grupo –FJ 3.º–. En suma, ignora la circulación de trabajadores en el seno del grupo que, en cambio, sí fue relevante para la [STJS del Principado de Asturias de 5 de julio de 2013, rec. núm. 33/2013](#), cuyo criterio no considera adecuado y con el que no se siente vinculada.

Es en supuestos como estos, muy frecuentes, en los que hay que traer a colación la nueva posición de una, por ahora, minoría de la Sala Social del Tribunal Supremo que, en un reciente voto particular, ha puesto de relieve la necesidad de cambiar el modo de identificar al «verdadero empresario» –[STS, Sala 4.ª, de 25 de septiembre de 2013, rec. núm. 3/2013](#)–. Paraphraseando ese voto particular, entiendo que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debería haber alcanzado otra solución diferente, en la que no procedería la excepción de falta de legitimación pasiva, y quizás tampoco la de existencia de causa económica,

*«aunque fuera a través de otras fórmulas para determinar el verdadero empresario»* –voto particular firmado por Fernando Salinas y al que se adhieren otros cuatro magistrados.