

GRUPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES Y TRANSMISIONES DE EMPRESAS

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA institución laboral «transmisión/sucesión de empresa», que atiende, mediatamente a la conservación del sistema de economía de mercado, e inmediatamente a la protección de los trabajadores cuando las empresas para las que prestan sus servicios son «transmitidas», está ordenada jurídicamente sobre el presupuesto de economías industriales o posindustriales y mercados nacionales, por ello está desajustada de la realidad económica y ha de reinventarse, o adaptarse, a las nuevas realidades de los grupos de sociedades o empresas, de la «era de las finanzas», y de un sistema económica y financieramente globalizado. A analizar esa problemática y proponer soluciones se dedica el presente trabajo.

Palabras clave: sucesión de empresa, transmisión de empresa, empresa, grupos de sociedades y grupos de empresas.

CORPORATE GROUPS AND BUSINESS TRANSFERENCES

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

THE labour institution «transmission/transfer of undertakings» –that is indirectly referred to the conservation of the market economy system and directly to the workers’ protection when the companies in the benefit of which they render their services are transferred– is legally construed on the basis of industrial and post-industrial economies or state markets and, for such reason, it is not adjusted to the economic reality and should be reinvented or adjusted to the new reality of the group of companies, the «financial age» and to an economically and financially globalised system. This paper is dedicated to analyse such problem and propose solutions.

Keywords: transfer of undertakings, company transfer, company and group of companies.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Aspectos generales de la «sucesión/transmisión de empresa».
 - 2.1. La regulación de la «sucesión/transmisión de empresa» en el Derecho de la Unión Europea.
 - 2.2. Breve reflexión sobre el desarrollo histórico de la «sucesión/transmisión de empresa» en nuestro sistema jurídico.
 - 2.3. Sobre la noción de «sucesión/transmisión de empresa».
- III. Acerca de las «organizaciones» como agentes económicos y el predominio de los grupos de sociedades.
 - 3.1. El «grupo de sociedades/empresas», la «globalización económica», la reducción de costes y el incremento de la eficiencia económica.
 - 3.2. El «empresario-grupo de sociedades/empresas»: aspectos generales.
 - 3.3. Noción de «empresario-grupo de sociedades/empresas».
- IV. Transmisión de una empresa perteneciente a un «grupo de sociedades/empresas».
 - 4.1. Planteamiento general.
 - 4.2. Recapitulación sobre el «empleador/empresario-grupo de sociedades/empresas» a efectos laborales.
 - 4.3. Transmisión de una empresa, integrada en un «grupo de sociedades/empresas», a otra empresa que forma parte del mismo «grupo de sociedades/empresas».
 - 4.4. Transmisión de una empresa perteneciente a un «grupo de sociedades/empresas» a una sociedad/empresa ajena a ese «grupo de sociedades/empresas», que puede, a su vez, estar integrada en otro «grupo de sociedades/empresas».
 - 4.5. Supuesto en que los trabajadores que prestan servicios para la empresa transmitida mantengan sus vínculos contractuales laborales (contratos de trabajo) con una empresa del grupo distinta a la que es objeto de transmisión.

I. INTRODUCCIÓN

Importantes incertidumbres acompañan a cualesquiera actos y negocios jurídicos, atendiendo a la clásica bipartición¹, relativos o consecuencia de transmisiones de «empresas», en sentido objetivo², cuando intervienen en las mismas sociedades mercantiles/empresarios³, o «empresas» en sentido subjetivo⁴, pertenecientes a «grupos de sociedades/empresas». El ámbito de las relaciones laborales no es ajeno a esa inseguridad jurídica generada por la presencia de «grupos de sociedades/empresas» en el tráfico jurídico, y a la que resulta especialmente sensible la institución laboral «transmisión de empresa» (denominación por la que se designa en el Derecho de la Unión Europea), o «sucesión de empresa» (denominación por la que se conoce en nuestro Derecho).

Conviene aclarar, en primer lugar, la cuestión terminológica que se manifiesta en el apartado anterior, pero no por ello intrascendente, consecuente con la circunstancia de que el Derecho no se expresa en un lenguaje formalizado sino en el lenguaje ordinario, por lo que, en su ámbito, el significado lingüístico nunca es intrascendente. Se trata de dilucidar si ha de aludirse a «transmisión de empresa» o a «sucesión de empresa». Adelantando la respuesta resulta que, en adelante, nos referiremos a «sucesión/transmisión de empresa», no como una especie de «solución salomónica», sino porque hay motivos suficientes para ello.

Efectivamente, por una parte, dado que la institución sucesoria laboral está regulada por el Derecho de la Unión Europea (sistema jurídico preeminente en el ámbito europeo), parecería que se debiera utilizar la expresión en ese Derecho utilizada, «transmisión de empresa», pero, por otra parte, el criterio utilitarista aconseja y el pragmatismo impone, atender a la semántica usual y propia de nuestro ordenamiento jurídico, «sucesión de empresa». No obstante para evitar equívocos y habida cuenta de la plena adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria pertinente, resulta que existe una expresión que resuelve cabalmente semejante cuestión, y esta no es otra que la de «sucesión/transmisión de empresa».

¹ Vid. DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1985, pág. 25.

² En relación con el concepto de «empresa» en el Derecho laboral, ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, (6.ª ed.), Madrid, 2002, alude, en págs. 524-526, a «una asociación de dominación» o «estructura autoritaria»; También en ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, (26.ª ed.), Madrid, 2009, págs. 282-286; Sobre el concepto de «empresa» en el ámbito laboral, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2009, págs. 222-223; Sobre la diferenciación del significado del término «empresa» en el ámbito de las relaciones comerciales o mercantiles (Derecho mercantil) y en el de las relaciones de trabajo o laborales (Derecho del Trabajo) vid. STSJ de Extremadura de 28 de mayo de 1998.

³ Sobre la delimitación general y un concepto amplio de empresa, así como sobre el cambio de paradigma empresarial, OLCENSE SANTOJA, A., *El capitalismo humanista*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, especialmente págs. 30-36; Acerca del concepto de empresa en el Derecho mercantil, GIRÓN TENA, J., *Apuntes de Derecho Mercantil*, t. I (La Empresa), Madrid, 1983-1984, págs. 48-49 y 57-59; GONDRA, J. M., *Derecho mercantil*, Vol. I, Madrid, 1992, págs. 126-142; SUÁREZ-LLANOS, L., *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid, 1998, págs. 138-148; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I, Navarra, 2010, págs. 98-102.

⁴ ALONSO OLEA, M., *op. cit. (Introducción al Derecho del Trabajo)*, págs. 524-526; En el mismo sentido ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *op. cit. (Derecho del Trabajo)*, págs. 282-286; Asimismo MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *op. cit. (Derecho del Trabajo)*, págs. 222-223.

En otro orden de consideraciones, pero no menos importante, ha de llamarse la atención acerca de que la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la nacional, pero especialmente la primera, ha llevado a cabo una extensión o ampliación, en ocasiones extraordinaria (auténtica creatividad jurídica), de aquella institución laboral, «sucesión/transmisión de empresa». Así no ha dudado en declarar existente la consecuencia sucesoria laboral en el supuesto en que se transmita una empresa incluida en el «grupo de sociedades/empresas», a otra empresa ajena al susodicho grupo, aún cuando la transmitente (sociedad miembro del grupo y titular de la empresa) no fuera la que figurase formalmente como empleadora/empresaria en los contratos de trabajo de quienes para ella prestaban sus servicios, sino otra sociedad/empresa del grupo.

Semejante declaración, sin duda excepcional incluso en el ámbito de una jurisprudencia tan generosa y proclive a las «invenciones» jurídicas y novedosas construcciones jurídicas como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es lo más llamativo de esa jurisprudencia, ni siquiera la ampliación que supone del ámbito de aplicación y eficacia de la institución laboral referida, sino que lo realmente admirable es la sólida argumentación ⁵ jurídica con que el Tribunal de Justicia sustenta aquella declaración.

Llega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a un argumento ⁶ conclusivo tal, que pone en jaque y cuestiona la concepción tradicional, habitual y clásica de la relación laboral, que se asienta en todos los ordenamientos de nuestra área y cultura jurídica, indefectiblemente, sobre la base de la previa existencia de un contrato de trabajo ⁷. Construcción jurisprudencial brillante la del Tribunal de Justicia, que opera con una racionalidad más propia del Derecho anglosajón (inglés, para mayor concreción) que continental (español para también para mayor concreción). Aspecto que ha de considerarse extremadamente útil, por cuanto muestra una concepción flexible y pragmática del Derecho, un tanto alejada del excesivo rigor de las categorías propias de la dogmática jurídica tradicional.

⁵ «Una argumentación es un *pasaje lingüístico* formado por *enunciados* (oraciones declarativas). A un enunciado le corresponde (en el tratamiento clásico) o bien un valor verdadero o bien un valor *falso*», y «Una *argumentación formal* es una argumentación dada en un *lenguaje formal*, de manera que en vez de enunciados de un lenguaje natural contiene formulas bien formadas en ese lenguaje formal», indican FALGUERA LÓPEZ, J. L. y MARTÍNEZ VIDAL, C., *Lógica Clásica de Primer Orden. Estrategias de deducción, formalización y evaluación semántica*, Madrid, 1999, págs. 28 y 30.

⁶ «Un *argumento* es una *entidad conceptual* formada por proposiciones. Una proposición es lo expresado por un enunciado. Un argumento es lo expresado por una argumentación», indican FALGUERA LÓPEZ, J. L. y MARTÍNEZ VIDAL, C., *op. cit.* (*Lógica Clásica de Primer Orden. Estrategias de deducción, formalización y evaluación semántica*), pág. 30; Tras preguntar «¿qué es un argumento?» responde HAAK, S., *Filosofía de las Lógicas*, Madrid, 1978, págs. 32-33: «Bien, se reconoce que algunos fragmentos del discurso tratan de sustentar una conclusión mediante premisas, razonando la conclusión a partir de premisas; en el discurso informal de dos lenguajes naturales esta intención puede señalarse indicando el paso de un enunciado a otro por medio de locuciones como "así pues", "por tanto", "se sigue que", etc., en lógica formal mediante la presentación de una serie de fórmulas con la indicación en cada línea en la que se afirma que se sigue por tales y tales reglas de inferencia de tales y tales línea o líneas anteriores. Lo que se juzga, si es válido o inválido, puede pensarse simplemente como un fragmento de discurso: si se está considerando un argumento formal, una secuencia de fbf de un lenguaje formal, o, si se está considerando un argumento informal, una secuencia de oraciones (...) del lenguaje natural».

⁷ Así contrato de trabajo y relación laboral se confunden y aluden indistintamente en las SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 1 y 9 de diciembre de 2009; En adelante todas las referencias a sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (STSJ), se sobreentienden efectuadas a sus Salas de lo Social, por lo que solo se explicitará esta circunstancia, cuando la sentencia emane de una Sala de un Tribunal de la jurisdicción ordinaria diferente de las de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuyo caso se indicará expresamente de qué Sala se trata.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA «SUCESIÓN/TRANSMISIÓN DE EMPRESA»

El propósito que se pretende mediante la «sucesión/transmisión de empresa» se confunde con su propia noción, por ello deben esclarecerse, conceptualizarse separadamente, de ser ello posible, y destacar sus mutuas relaciones. Respecto de la finalidad pretendida mediante el instituto laboral de la «sucesión/transmisión de empresa», explícitamente se le atribuye la Directiva 2001/23/CE, la de «proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos»⁸.

Pero mediante aquella institución laboral también se pretende mantener la «empresa en funcionamiento», porque la desaparición de los principales agentes económicos supone la negación misma del «mercado», del «sistema de economía de mercado». De ahí que haya dicho que «la sucesión de empresa exige una transmisión de activos patrimoniales y personales, que han de ser valorados en su conjunto y no aisladamente»⁹.

La normativa comunitaria se establece, ordena y aplica para «garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión»¹⁰, por ello el nuevo empresario deberá «respetar los pactos existentes»¹¹. No obstante ha de repararse, como la jurisprudencia y la doctrina han venido poniendo de manifiesto, en que aquella normativa toma en consideración intereses muy diversos, cuyo único elemento aglutinador es «la empresa»¹², realidad económica, que «al entrar en el mundo jurídico, da lugar a que en cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener un núcleo identificador»¹³.

Se trata de los intereses del empresario, de los de los trabajadores, individuales y colectivos, y del sistema mismo de economía de mercado, pudiéndose añadir, en cuanto se pueden deslindar de los del sistema económico, los difusos intereses de los consumidores y usuarios. De todos ellos los primeros, los de los trabajadores, son los más relevantes para la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa», replanteándose, no obstante, hoy en día cuál sea «la jerarquía existente entre ellos, si hay alguna»¹⁴.

Según reiterada jurisprudencia, aquella institución laboral tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un «cambio de propietario»¹⁵, punto en que ha de tomarse en consideración la evolución

⁸ Considerando 3 de la Directiva 2002/23/CE.

⁹ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 28 de enero de 2010.

¹⁰ SSTJUE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro, de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, D'Urso y otros, de 12 de noviembre de 1998, asunto C-399/96, Europeïces y de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec.

¹¹ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2 de febrero de 2010.

¹² Sobre la delimitación y cambio de paradigma empresarial, OLCENSE SANTOJA, A., *op. cit.* (*El capitalismo humanista*), especialmente págs. 30-36.

¹³ STSJ de Extremadura de 28 de mayo de 1998.

¹⁴ GONZÁLEZ BIEZMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, pág. 38.

¹⁵ STJUE de 7 de febrero de 1985, asunto 186/83.

sufrida por la «propiedad empresarial», trasunto del instituto, fundamental en un sistema de economía de mercado, de la «propiedad privada», circunstancia que va a influir decisivamente en la institución laboral de la «sucesión/transmisión de empresa».

El derecho de propiedad está amparado constitucionalmente. El artículo 33.1 de la Constitución Española establece que «se reconoce el derecho a la propiedad privada». Habiendo interpretado la jurisprudencia constitucional, que el texto fundamental «no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general»¹⁶, de tal forma que el derecho de propiedad resuelta caracterizado y definido no solo por su utilidad individual, sino también por su función social, según las diferentes categorías, clases y tipos de bienes.

Pero la importancia del derecho de propiedad, en su moderna funcionalidad, se relativiza cuando se adjetiva de «empresarial». Efectivamente, «antes eran los propietarios quienes estaban al frente de sus compañías, pero hoy las empresas de cierta envergadura y dedicadas a actividades de elevados niveles de complejidad cuentan con una dirección profesional (...), son los directivos, y no los poseedores del capital, quienes detentan el verdadero poder en la empresa moderna»¹⁷, lo cual no deja de tener consecuencias en relación con las «transmisiones» de empresas y ser coherente con la «flexibilidad o plasticidad actual del dominio», constituyendo la «propiedad empresarial» un tipo singular de entre las diferentes clases de propiedad, con un estatuto jurídico peculiar¹⁸.

Concebida en esos términos la «empresa», como objeto de la «propiedad empresarial», es susceptible de tráfico, que deviene en un acontecimiento o fenómeno corriente en tiempos de mundialización económica. Por todo ello la «sucesión/transmisión de empresa» ha dejado de constituir una «situación excepcional y traumática»¹⁹. Pero la empresa continúa constituyendo «un ámbito en el que influyen factores e intereses variados»²⁰, en buena medida contrapuestos, lo que genera confrontaciones y conflictividad social, resultando especialmente cierto en la «época que nos ha tocado vivir, en la que las tendencias del sistema productivo desencadenan alteraciones organizativas para adaptarse a una economía global caracterizada por la incertidumbre en la evolución de la demanda y rápida obsolescencia de los bienes ofertados», determinando que coexistan «las preocupaciones de los dueños con las de los obreros», siendo «difícil equilibrarlas»²¹.

¹⁶ STC 281/2005, de 7 de noviembre de 2005.

¹⁷ Indica GALBRAITH, J. K., *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Crítica, Barcelona, 2004, pág. 17.

¹⁸ *Vid.* STC 281/2005, de 7 de noviembre de 2005.

¹⁹ CONFORTI, L. y ZUCCHETTI, R., *Diritto comunitario del lavoro-Tutela delle condizioni economiche del lavoratori, sicurezza e salute di lavoro*, Roma, 1994, pág. 224.

²⁰ Según indica el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en su escrito de conclusiones apartado II, «El marco jurídico», presentado el día 15 de noviembre de 2005, en el asunto C-499/04, Hans Werhof y Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG, resuelto por STJUE de 9 de marzo de 2006.

²¹ DESDENTADO BONETE, A., «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *RMTAS*, núm. 38, 2002, págs. 241 y ss.; Sobre las «políticas de flexibilización laboral», MONE-REO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, 1996, págs. 122-123.

La globalización, financiera y económica, viene constituyendo, desde la década de los setenta, un reto económico trascendente, que conlleva y provoca modificaciones y reestructuraciones de empresas que se efectúan mediante modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y que conllevan transmisiones o traspasos de empresas o de centros de actividad, cuyo incremento y desarrollo ha sido espectacular, tanto en términos cuantitativos como cualitativos²².

El sistema «economía de mercado»²³ se ha globalizado, y como resultado de haber entrado en la «era de las finanzas»²⁴ ha determinado el protagonismo indudable de la «economía financiera», apareciendo como «capitalismo financiero global»²⁵, lo cual, por una parte, conlleva que las «transmisiones» de empresas constituyan un fenómeno «normal», manifestación congruente y consecuente con aquel sistema, en el que en ocasiones se impone un cierto «fundamentalismo del mercado»²⁶, y por otra parte,

²² Afirma SOROS, G., (*La crisis del capitalismo global*), Barcelona, 1998, págs. 137-138 y 160-161, indicando, en págs. 160-161, que «las compañías que cotizan en bolsa aumentan en número y tamaño y los intereses de los accionistas dominan aún más. A los gestores les preocupa tanto el mercado por sus acciones como el mercado por sus productos. Si se ha de elegir, las señales precedentes de los mercados financieros tienen prioridad sobre las que provienen de los mercados de productos: los gestores arbitrarán fácilmente divisiones o venderán la compañía entera si con ello potencian su valor accionarial; maximizarán los beneficios en vez de la cuota de mercado. Los gestores deben adquirir o ser adquiridos en un mercado global (...). La actividad de fusión y adquisición alcanza niveles sin precedentes a medida que las industrias se consolidan sobre una base global (...). Esta reestructuración de compañías tiene lugar de forma mucho más rápida de lo que cabría imaginar».

²³ Indica GALBRAITH, J. K., *op. cit. La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, pág. 14, «Cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre resultó satisfactorio pero carecía de significado», y más adelante, sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-19, dice lo siguiente: «No hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso (...). En Europa la palabra «capitalismo» afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores (...). En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general, que se sentía en gran medida afectado por él (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a "sistema de mercado", una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; De hecho una expresión que carecía por completo de historia», afirmando, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente».

²⁴ En esta nueva era la mejora individual y el desarrollo social se asocian, en particular, al «beneficio», y este «ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa». En la concepción financiera del beneficio, este «aparece como el resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación) operaciones financieras y especulativas», indica PRIETO PÉREZ, E., *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid, 2002, págs. 12-13.

²⁵ Indica SOROS, G., *op. cit. (La crisis del capitalismo global)*, págs. 139-140, que «la verdadera aparición del sistema capitalista global llegó en la década de los 70: los países productores de petróleo se unieron en la Unión de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) y elevaron el precio del crudo (...). Los exportadores de petróleo disfrutaron de súbitos y cuantiosos superávits mientras que los países importadores tenían que financiar grandes déficits (...). Se inventaron los eurodólares y se desarrollaron grandes mercados extraterritoriales (...). El auge internacional del préstamo terminó en una recesión en 1982, pero para entonces la libertad de circulación del capital financiero se había consolidado. El desarrollo de los mercados financieros internacionales recibió un gran impulso hacia 1980 (...). A partir de 1983, la economía global ha disfrutado de un largo periodo de expansión prácticamente ininterrumpida. A pesar de las crisis periódicas, el desarrollo de los mercados de capital internacionales se ha acelerado hasta el punto en que pueden calificarse de verdaderamente globales».

²⁶ McNEILL J. R. y McNEILL W. H., *Las redes humanas*, Barcelona, 2004, pág. 76, 173-173, destacan que la existencia del mercado no constituye novedad, remontándose a la época de los sumerios o incluso antes (que) «al facilitar la tarea de asignar valor monetario exacto a todo lo que se ofrecía en venta, simplificaron, aceleraron y ampliaron el comercio al por menor y al por mayor», y a China que, alrededor del año 1000 d.C., se constituyó en la primera «sociedad de mercado»,

requiere, como requisito compensador, que los posibles conflictos de intereses capital-trabajo no se resuelvan mediante fórmulas «puramente desreguladoras en el terreno laboral, en las que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores, o las facultades colectivas»²⁷.

2.1. La regulación de la «sucesión/transmisión de empresa» en el Derecho de la Unión Europea

A la procura del equilibrio entre los intereses empresariales y los intereses de los trabajadores atiende la institución de la «sucesión/transmisión de empresa», tal y como se reguló por el Derecho de la Unión Europea, por más que girase solo bajo el título de «mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad», inicialmente mediante la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977²⁸, de larga vigencia, modificada «de forma sustancial» por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998²⁹.

La Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, introdujo una nueva regulación del fenómeno sucesorio laboral, con el propósito de solucionar la problemática que se había puesto de manifiesto con la aplicación de la precedente regulación, antes citada, que no ha despejado las dudas más acuciantes. Al extremo que continúa replanteándose la noción misma de «traspaso»³⁰, el concepto de cedente así como el de cesionario, y el de trabajador³¹. Todo lo cual ha sido y continúa siendo objeto de atención por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El criterio determinante, y explícitamente manifestado, de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE es «la estabilidad del vínculo entre el trabajador y la entidad económica transmitida»³², por lo que, consecuentemente, característica específica de la misma es su carácter imperativo, de modo que no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ella, en perjuicio de los trabajadores³³. Las rela-

mediante «los monasterios budistas (que) dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas, y, en medida no menor, del comportamiento de mercado. Después de todo, los monasterios eran empresas económicas además de religiosas».

²⁷ STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2005.

²⁸ Sobre esta directiva y legislación comparada GONZÁLEZ BIEZMA, E., *op. cit.* (El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo), págs. 47-82.

²⁹ Ha de repararse en la aprobación el 9 de diciembre de 1998 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que dispuso en sus puntos 7, 17 y 18, en particular, que «la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea».

³⁰ A tal situación ya se pretendió poner fin con la regulación de la Directiva 98/50/CE, según la cual «la seguridad y transparencia jurídicas requieren que se aclare el concepto de traspaso» (Considerando 4).

³¹ Que se define como «cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate» [art. 2.1 d)]; y que ya fue objeto de atención por la Directiva 98/50/CE. Aquella insuficiencia de la Directiva 77/187/CEE generó una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que si bien se centró inicialmente, para considerar si una persona «trabajaba por cuenta ajena», en la existencia o no de un contrato de trabajo en el momento del traspaso, a la postre consideró que tal apreciación correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales (STJCE de 11 de julio de 1985, asunto 105/8, A/S Danmøls Inventar).

³² Advierte el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 55 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

³³ STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-561/07, Comisión contra República Italiana.

ciones laborales existentes en la entidad transmitida se transfieren de pleno derecho al cesionario desde la fecha de la transmisión, de tal manera que la transferencia de estas relaciones no puede quedar supeditada a la voluntad del cedente o del cesionario, y este no puede oponerse a la directiva negándose a cumplir sus obligaciones³⁴.

2.2. Breve reflexión sobre el desarrollo histórico de la «sucesión/transmisión de empresa» en nuestro sistema jurídico

La regulación, por nuestro ordenamiento jurídico, de las consecuencias sucesorias laborales en los supuestos de «transmisiones» de empresas, es anterior en el tiempo a la normativa comunitaria. Ya se establecía en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (LCT), cuyo artículo 79 disponía que no se extinguirían las relaciones de trabajo vigentes por cesión, traspaso o venta de la industria quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, habiéndose reprobado a esa normativa reguladora, por cierta jurisprudencia menor³⁵, la desmedida amplitud y generosidad de las expresiones utilizadas.

Al decir de aquella jurisprudencia menor, el término empleado, «cesión», abarcaba la transmisión, el traspaso, la enajenación, la transferencia, el endoso, el envío, la entrega, la donación, el préstamo, la herencia, la compraventa y la adquisición, por lo que, se insistía, bien había podido legislarse mejor, mediante la utilización únicamente del término «cesión», precisándose y concretándose los supuestos en los que la misma podía tener lugar por medio de actos «*inter vivos*» o «*mortis causa*», bien a título oneroso o bien a título gratuito.

La transmisión de la titularidad de la empresa, y del dominio, que pretendía denotarse mediante la utilización de aquel término, así como de otras expresiones contenidas en el mismo precepto legal, (que aludía a «cesión», «traspaso» y «venta» de la «industria»), «consideradas como meramente enunciativas, y, por tanto, comprensivas de otros cambios de titularidad del negocio»³⁶, se complementó con la previsión específica de que no se terminarían los contratos de trabajo existentes en la empresa transmitida, en tales supuestos, a no ser que en el contrato constitutivo del negocio jurídico traslativo de la titularidad, y, en su caso, del dominio, de la empresa se hubiere pactado expresamente lo contrario.

La Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (LRL), supuso un importante cambio y evolución al generalizar, en su artículo 18.2, que el cambio de titularidad de la empresa o de un centro autónomo de la misma no extinguiría, por sí mismo, las relaciones laborales existentes, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, procurándose mediante tal locución comprender todas las posibles formas de sustitución del empresario.

Efectivamente, aquella norma jurídica no hacía expresa mención a las figuras jurídicas recogidas en el precedente artículo 79 de la LCT, sino que incorporaba el sentido y alcance imperante en la inter-

³⁴ STJUE de 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, Rotsart de Hertaing.

³⁵ STCT de 3 de junio de 1982.

³⁶ STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1980.

pretación de aquella disposición legal, al hacer específica mención al «cambio de titularidad en la empresa o de centro autónomo», originándose una sustitución de empleador/empresario, que continuaba en el mismo tráfico industrial o comercial. Todo ello como consecuencia de la consideración de la empresa como «ente unitario» económico de producción, por lo que al operarse el cambio no se producía alteración fundamental y trascendente en aquella empresa/ente unitario, que en realidad seguía desarrollando su actividad independientemente de la persona o personas que estuviesen al frente de la misma; de aquí, que el nuevo titular asumiese los derechos y obligaciones ya contraídos por la empresa en el ámbito social, y que continuasen las relaciones laborales con los trabajadores que en ella prestaban sus servicios al hacerse cargo aquel nuevo empresario de la explotación de la empresa³⁷.

Con la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), el 10 de marzo de 1980, se reguló de nuevo la «sucesión/transmisión de empresa», en su artículo 44. Regulación que insistía en su carácter necesario, bien que las disposiciones convencionales sectoriales pudiesen «introducir medidas adicionales de protección de la estabilidad de las relaciones laborales»³⁸. Se utilizaba también, en la redacción inicial de esta norma, una expresión legal «mucho más genérica que la del artículo 79 de la antigua LCT»³⁹, pero más precisa que prevenida en la LRL, atribuyéndosele «mayor precisión técnica»⁴⁰. Dado el momento histórico al que nos estamos refiriendo no puede dejarse de aludir al artículo 51.11 del ET, que complementaba la previsión legal del artículo 44 del ET, en cuanto que eliminaba cualquier posible duda acerca de la producción del efecto subrogatorio cuando se tratase de «venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes»⁴¹.

La opinión doctrinal acerca de si la regulación contenida en el artículo 44 del ET, en su primera redacción de 1980, suponía ajuste de nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria⁴², no era pacífica, bien que la directiva aplicable datase de 1977 y que la incorporación de España a la Unión Europea se hubiera producido con posterioridad a la promulgación del ET (la incorporación de España a la Unión Europea de produjo en el año 1986). No obstante las cuestiones planteadas por la doctrina, en buena medida podían considerarse resueltas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴³, cuya transcendencia para la interpretación del precepto estatutario fue puesta de manifiesto, sin ambages, por nuestra jurisprudencia⁴⁴.

³⁷ STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1980.

³⁸ Como advertía la STSJ de Extremadura de 17 de marzo de 1992.

³⁹ Según la STSJ de Cantabria de 26 de julio de 1992.

⁴⁰ STSJ de Baleares de 25 de abril de 1991.

⁴¹ STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992.

⁴² Por más que se haya insistido por la doctrina en su adecuación a la misma; Indicaba PEDROSA GONZÁLEZ, J., «La Directiva 77/187 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa: estudio jurisprudencial», *RTSS*. CEF, núm. 177, diciembre 1997, pág. 38, «tal como está regulada la transmisión de empresas en la directiva, y tal como la está interpretando el Tribunal de Justicia, hay mucha diferencia entre la regulación española (y su interpretación jurisprudencial) y la regulación comunitaria, y la comparación perjudica a la española».

⁴³ STJUE de 17 de abril de 1997, Burdalo Trebejo y otros, asunto C-336/95, según la cual las disposiciones de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa que se hubiera producido en una fecha en que la directiva no había comenzado aún a producir efectos jurídicos en el Estado miembro de que se tratase.

⁴⁴ SSTS, Sala de lo Social, de 30 de diciembre de 1993 y 23 de septiembre de 1998. La STS de 6 de febrero de 1997 indica que la correspondiente norma de la Unión Europea era la «que en último extremo (debía) presidir la interpretación judi-

El artículo 44 del ET fue modificado sustancialmente por Ley 12/2001, de 9 de julio ⁴⁵, y dotado de un contenido mucho más complejo. Nueva regulación que debe asimismo considerarse ajustada al mandato contenido en la Directiva 2001/23/CE. Según la nueva redacción, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue, por sí mismo, la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, que además también queda subrogado en los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

A la regulación contenida en el artículo 44 del ET ha de sumarse la establecida en el artículo 149.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Según este último precepto cuando, en un procedimiento concursal, como consecuencia de la enajenación como un todo, del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor (mediante subasta o, si esta quedase desierta, por enajenación directa), una entidad económica mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa.

En tal caso, indica la meritada norma, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

2.3. Sobre la noción de «sucesión/transmisión de empresa»

Las regulaciones normativas, tanto de la Unión Europea como la española, sobre la «sucesión/transmisión/traspaso de empresa» se mantienen en línea con una cierta idea de la «propiedad empresarial». Según el tenor de la norma comunitaria la «sucesión/transmisión de empresa» se produce cuando se «transmite» la empresa, un centro de actividad, o una parte de la empresa o de un centro de actividad a otro empresario, como resultado de una cesión contractual o de una fusión ⁴⁶.

Al tenor de aquella normativa cualquier «cambio de titularidad» de una empresa no extinguirá, por sí mismo, las relaciones laborales, quedando el nuevo empresario subrogado en la posición del anterior en los derechos y obligaciones para con los trabajadores, considerándose que existe «sucesión/transmisión de empresa» cuando la «transmisión» afecte a una entidad económica que mantenga su

cial del bloque normativo interno aplicable y la de la sentencia de contraste»: el artículo 44 del ET «constituye la transposición al Derecho español de la Directiva 77/187/CEE», indican la SSTSJ de Murcia de 22 de diciembre de 1995 y de Galicia de 13 de marzo de 1997.

⁴⁵ Mediante la que se procedió a incorporar al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio.

⁴⁶ Según el artículo 1.1 a), de la Directiva 2001/23/CE, esta se aplica a los «traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión».

identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. Consecuentemente no acontecerá el fenómeno sucesorio de «no existir transmisión alguna de elementos personales o patrimoniales, ni una entidad económica»⁴⁷.

Puede concluirse, pues, que al tenor de ambas normativas, «el principio, por tanto, es que el cambio de titularidad no extingue "por sí mismo" la relación laboral. Lo que significa que el mero hecho de producirse la transmisión no implica de forma alguna la extinción de las relaciones laborales existentes, sino, por el contrario, su mantenimiento por imposición legal»⁴⁸. Esto es, sus efectos consisten en «garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente».

2.3.1. *El concepto de «sucesión/transmisión de empresa» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

La Directiva 2001/23/CE es aplicable (art. 1) a las transmisiones de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad, «a otro empresario». Aquella norma comunitaria ha sido objeto de atención por una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁹. Norma de la Unión Europea que pretende, entre otras cosas, proteger a los trabajadores «en caso de cambio de empresario», por ello han de precisarse ambos términos, «trabajador» y «empleador/empresario». Respecto de la delimitación de este segundo término o elemento del contrato de trabajo y relación laboral, resulta que los conceptos de «cedente» y «cesionario» (art. 2) se construyen sobre la pérdida y a la adquisición de «la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad». También se manejaba en aquella norma de la Unión Europea un concepto singular de «trabajador», bien que finalmente se haya resuelto la problemática suscitada en torno al mismo, mediante una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales. Consecuentemente puede afirmarse:

- a) Que la Directiva 2001/23/CE es aplicable «siempre que haya cambio de la persona física o jurídica, responsable de la explotación de la empresa, sin que sea pertinente saber si la propiedad de la empresa ha sido transferida»⁵⁰.

Semejante imprecisión normativa no ha impedido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmar que aquella normativa comunitaria resultará aplicable a todos aquellos supuestos en que se produzca «el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa»⁵¹.

⁴⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 9 de diciembre de 2009.

⁴⁸ AA. VV., *Manual de Derecho del Trabajo* (R. QUESADA SEGURA, dir.), Madrid, 1998, pág. 322.

⁴⁹ Un resumen pormenorizado y completo puede verse en la STJUE de 29 de julio de 2010, asunto C-151/09, Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) y otros.

⁵⁰ SSTJUE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro, de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy's Dance Hall, de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers y de 26 de mayo de 2005, asunto C-487/93, Celtec.

⁵¹ STJUE de 19 de septiembre de 1995, asunto C-48/94, Rygaard.

De tal manera que en la medida en que la entidad continúe su actividad, dice aquel Tribunal, basta con que se produzca el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación para que se aplique la indicada normativa comunitaria (ahora Directiva 2001/23/CE, antes 78/137⁵²).

- b) Que se benefician de la protección establecida por la normativa comunitaria los trabajadores adscritos a la empresa transmitida cuyo contrato o relación laboral esté en vigor en la «fecha de la transmisión»⁵³, a diferencia de los que ya no trabajasen para el cedente «en dicha fecha»⁵⁴ y los que hubieran «sido contratados por el cesionario después de dicha fecha»⁵⁵.

Los trabajadores afectados o «protegidos» por la regulación comunitaria, deben poder determinarse en el momento preciso de la operación de transmisión y no en relación con el periodo de tiempo más o menos largo que esta dure, «cualesquiera que sean las modalidades acordadas al respecto entre el cedente y los trabajadores adscritos a la empresa en la fecha de la transmisión»⁵⁶.

En relación con el objeto de la «transmisión», indica la Directiva 2001/23/CE, [art. 1.1 b)], que se considerará traspaso «el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria».

Dado que la Directiva 2001/23/CE tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia del cambio de propietario, «el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta directiva consiste, por consiguiente, en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude»⁵⁷.

La transmisión debe referirse a una «entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada», o «conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio»⁵⁸.

⁵² STJUE de 10 de febrero de 1987, asunto 324/86, Daddy Dance Hall.

⁵³ «Para encontrarnos ante un contrato de trabajo debe existir un encuadramiento del trabajador en un sistema organizativo», indica la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de diciembre de 2009.

⁵⁴ STJUE de 7 de febrero de 1985, asunto 19/83, Wendelboe y otros.

⁵⁵ STJUE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro.

⁵⁶ STJUE de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec.

⁵⁷ STJUE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/04, Nurten Güney-Görres y Gul Demir, siguiendo la doctrina sentada en las SSTJUE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Ablter y otros, y de 9 de diciembre de 2004, Comisión contra República Italiana, asunto C-460/02.

⁵⁸ SSTJUE de 19 de septiembre de 1995, asunto C-48/94, Rygaard, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Ablter y otros, y de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana.

La Directiva 2001/23/CE «se aplica a la transmisión de una entidad económica, es decir, de un conjunto de personas y de elementos organizado de manera estable, que permite el ejercicio de una actividad económica y persigue un objetivo propio»⁵⁹.

Consecuentemente su desmembramiento o «almoneda» es su antítesis. La negación de su existencia. Por lo que la cuestión, en definitiva, se traslada a la noción de «entidad» y a su «permanencia», y se contrapone a su disolución o dilución como consecuencia de la transmisión.

Efectivamente, establecido qué se considera una «entidad» empresarial que al «transmitirse» produce el fenómeno «sucesión/transmisión de empresa», ha de repararse detenidamente en la transmisión y permanencia de semejante entidad, o en que la transmisión se produzca sin un detrimento tal de la entidad que desaparezca en tanto que empresa.

Como la realidad empresarial es compleja, resulta que para determinar la existencia la una «transmisión» de una «entidad económica organizada de forma estable» (empresa), sin pérdida de su identidad:

- Por una parte, han de «tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figura, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades»⁶⁰.
- Por otra parte, «la importancia que debe darse a los distintos criterios que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa, centro de actividad o partes de empresas o de centros de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23/CE varía en función de un gran número de parámetros»⁶¹.

Reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido e insistido en la pertinencia e importancia relativa de esa pluralidad de parámetros, y su funcionalidad.

⁵⁹ STJUE de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, asunto C-458/05; No es improcedente ni inoportuno, sino todo lo contrario, traer a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el «contexto del Derecho de la competencia» y según la cual «el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, y que constituya una actividad económica toda actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado», SSTJUE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, asunto 36/74, de 18 de junio de 1998, Comisión contra República Italiana, asunto C-35/96, de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 y C-84/98, de 16 de marzo de 2004, AOK Bundesverband, y otros, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, de 1 de julio de 2008, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) y Elliniko Dimosio, asunto C-49/07, de 19 de febrero de 2002, C. J. Wouters, y otros, asunto C-309/99, y de 26 de octubre de 2010, Conseil national de l'ordre des pharmaciens (CNOP), y otros T-23/09.

⁶⁰ STJUE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir.

⁶¹ STJUE de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana.

dad, que han de ajustarse a cada caso, en razón a la actividad desarrollada por la empresa ⁶². Circunstancias o elementos que «son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente» ⁶³.

No obstante, si se analiza atentamente la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede observarse que de entre todos los elementos aludidos y las circunstancias referidas, se priman o destacan el tipo de empresa y la actividad que lleve a cabo. Efectivamente según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ⁶⁴:

- «Para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate.»
- «La importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que caracterizan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23/CE varía necesariamente en función de la actividad ejercida o, incluso, de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate.»

2.3.2. La noción de «sucesión/transmisión de empresa» en nuestro sistema jurídico

La regulación jurídico-positiva de la «sucesión/transmisión de empresa» en nuestro Derecho, que goza de una larga trayectoria histórica, se contrae al contenido del artículo 44 del ET, cuyo efecto básico ⁶⁵ es que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones ⁶⁶ que hubiere adquirido el cedente.

Se considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria ⁶⁷. Esto es, «la subrogación de los contratos

⁶² SSTJUE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, Redmond Stichtin, de 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sützen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros.

⁶³ Precisa la STJUE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir.

⁶⁴ Como indica en la STJUE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir, reiterando lo ya indicado en sus Sentencias de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Hidalgo y otros, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros.

⁶⁵ Para una visión casuística AA. VV., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, C., dirección y coordinación), Navarra, 2002, págs. 1.130-1.147; AA. VV., *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLERO MANGLANO, C., dir.), Madrid, 2002, págs. 307-308.

⁶⁶ «Laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria».

⁶⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005, según la cual «entre los cambios introducidos en el artículo 44 del ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa».

está vinculada a la transmisión de la empresa», estableciéndose, de esa forma, «una garantía frente a la pérdida del empleo», que sin duda alguna o con mucha probabilidad «se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo»⁶⁸.

Se indica que jurídicamente, el cambio de titularidad en la empresa es causa u origina una singular «novación subjetiva», en sentido amplio, por cuya virtud una persona física o jurídica sustituye a otra como parte de un contrato, de forma que, como consecuencia de esa novación, se produce una subrogación empresarial, «quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior». De tal modo que la transmisión o sucesión empresarial requiere la concurrencia de dos elementos. A saber:

- El primero de carácter subjetivo, consistente en la transferencia directa o indirecta entre dos personas físicas y/o jurídicas, tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente y cambio de titularidad de la empresa, del negocio, del centro de trabajo, de una parte de la empresa o del centro de trabajo, o de una unidad autónoma de trabajo.
- El segundo, de carácter objetivo, referido a la transmisión y puesta a disposición efectiva de los elementos esenciales de la empresa que permitan la continuidad de la actividad empresarial, permaneciendo esta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, «unidad socioeconómica de producción que configura la identidad del objeto transmitido»⁶⁹. Bastando que el nuevo empresario se haga cargo de la plantilla cuando el núcleo de la actividad empresarial descansa en la mano de obra⁷⁰.

Descripción del efecto «sucesión/transmisión de empresa» que continua siendo objeto de continuada atención jurisprudencial⁷¹, y que «supone una evidente innovación respecto a la noción anterior»⁷², ajustándose al concepto mantenido en la Directiva 2001/23/CE [art. 1.1 b)]. Descriptiva definición cuyo origen se busca en la jurisprudencia comunitaria emanada ya con ocasión de la interpretación del artículo 1 de la Directiva 1977/187/CEE, en cuanto que conceptuaba la entidad objeto de la transmisión como un conjunto organizado de personas y elementos que permitían el ejercicio de una actividad económica que perseguía un objetivo propio⁷³. Identidad conceptual que se impone con la vigencia de la Ley 12/2001, y que produce el «singular efecto» de que la jurisprudencia del

⁶⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de enero de 2010.

⁶⁹ *Vid.* nota anterior.

⁷⁰ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 1 de diciembre de 2009.

⁷¹ En sentido amplio jurisprudencia equivale a «ciencia del Derecho» («Divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque inusti scientia», precisaba ULPiano, D. 1.1.10.2). «En un sentido distinto y más restringido, la expresión «jurisprudencia» se utiliza para designar el conjunto de criterios de interpretación y de decisión establecidos por los Tribunales de Justicia, con doctrinas reiteradamente mantenidas en los fallos de los mismos», indica LÓPEZ VILAS, R., *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pág. 33, que se detiene, págs. 82-83, en torno a la dualidad «doctrina legal» y «doctrina jurisprudencial», concluyendo, pág. 142, que «son numerosísimas e interminables las sentencias del Tribunal Supremo, que han abundado e insistido en la identificación entre el viejo término "doctrina legal" y "jurisprudencia"».

⁷² SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005 y 22 de diciembre de 2009.

⁷³ SSTJUE de 11 de marzo de 1997, Stözen, de 10 de diciembre de 1998 (dos sentencias), Pedro Enrique y Baltasar, y de 2 de diciembre de 1999, Allen.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea se convierte en la más autorizada interpretación de nuestra propia norma nacional o interna ⁷⁴.

Se define la «sucesión/trasmisión de empresa» por una jurisprudencia menor, mediante la referencia a «derechos ambulatorios» ⁷⁵. Expresión de evidente plasticidad que alude una característica sustancial de la «sucesión/trasmisión de empresa». Para definir el fenómeno sucesorio laboral ha de partirse de la concepción jurídica común del hecho sucesorio, como la cesión de una posición jurídica, de base contractual, compleja. Ejemplares al respecto vienen a ser las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, previniéndose legalmente que en el supuesto de que aquellas modificaciones estructurales «comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del ET» [disp. adic. primera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM)].

Se tiende así, como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia ⁷⁶, un puente de conexión entre los fenómenos sucesorios mercantiles vinculados a las «modificaciones estructurales societarias con cambio de titular» y la institución laboral «sucesión/trasmisión de empresa». Para una cabal comprensión de esa conexión, que a su vez permite un completo entendimiento del fenómeno sucesorio laboral, conviene detenerse en la descripción de los institutos jurídicos constitutivos de semejantes modificaciones estructurales mercantiles.

En virtud de una fusión, «dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan» (art. 22 LMESM).

La fusión en una nueva sociedad, dice la ley, «implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas» (art. 23.1. LMESM) y «si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya exis-

⁷⁴ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005; Sobre la necesidad de tener en cuenta la directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia comunitaria para la interpretación del artículo 44 del ET, AA. VV., *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, MOLERO MANGLANO, C., dir.), pág. 308.

⁷⁵ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 28 de febrero de 1991, que a su vez recoge una sólida doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (baste con la cita de las SSTSJ de Canarias de 18 de marzo de 1993, y de La Rioja de 23 de marzo de 1992), así como del Tribunal Supremo (STS de 16 de mayo de 1990) ofrece una noción general de la «sucesión» de empresa con trascendencia laboral, que si bien es acentuadamente descriptiva o funcional y tomo como orientación excesiva el aspecto sucesorio civil o hereditario, no por ello pierde utilidad. Aquella definición es del siguiente tenor, la sucesión de empresa «debe reputarse existente cuantas veces el ciclo productivo o la generación de servicios públicos se sometan al poder de organización y dirección de un titular que, sin sustituir necesariamente al anterior en la acepción técnico jurídica de la sucesión, le reemplaza para reiniciar o proseguir, aun mediando un discreto intervalo de inactividad, la dedicación que el precedente explotador dejó de realizar en su momento». Ciertamente aquella resolución judicial ofrece un concepto ajustado a la realidad de la «sucesión/trasmisión de empresa», acorde con la de «traspasos» que se utiliza en la norma y jurisprudencia comunitaria. Según aquella sentencia la noción de sucesión, en este contexto, se identifica con la más genérica de «transmisión» de empresa, término más que frecuente en las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para referirse a la normativa comunitaria, como sucede en el fallo de la STJUE de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke.

⁷⁶ STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2009.

tente, esta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda» (art. 23.2 LMESM). Como consecuencia de la fusión, «los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades» (art. 24.1 LMESM).

La escisión de una sociedad mercantil inscrita, que podrá constituir en una escisión total, una escisión parcial, o una segregación (art. 68 LMESM), también constituye un negocio societario ejemplar a los efectos que estamos tratando. Efectivamente, mediante una «escisión total» se produce la «extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde» (art. 69 LMESM).

A consecuencia de una «escisión parcial» también se produce «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital social en la cuantía necesaria» (art. 70.1 LMESM). Como consecuencia de una «segregación», se produce «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias» (art. 71 LMESM).

Asimismo «una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario» (art. 81.1 LMESM) y «la sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios» (art. 81.2, primer párrafo). «Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica» (art. 82 LMESM).

La «sucesión/transmisión de empresa» puede definirse como un efecto, pues, en puridad, en eso consiste, por más que conceptualmente pueda recurrirse a un modelo estructural. Entonces puede afirmarse que la «sucesión/transmisión de empresa» consiste en que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión o traspaso de una empresa, centro de trabajo, parte de una empresa o de un centro de trabajo, o de una unida productiva autónoma, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso, careciendo, consiguientemente, de operatividad frente a aquellos sujetos que, aun prestando materialmente trabajo en al empresa, no tenían la cualidad de trabajadores del cedente⁷⁷.

Atendiendo a otros criterios definitorios, referentes a las consecuencias «continuadoras, derivadas o asociadas» a la «sucesión/transmisión de empresa», resulta que «no puede haber sucesión empresarial

⁷⁷ Así respecto del administrador único de la empresa cedente, como indica la STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2005.

entre empresas dedicadas a actividades distintas, sometidas a distintos convenios; y sin que exista transmisión alguna de medios materiales y de mano de obra entre una y otra empresa»⁷⁸. En esta perspectiva, aquella institución laboral puede describirse sintéticamente, indicando que la subrogación empresarial solo abarca los derechos y obligaciones realmente existentes, es decir, los que en ese momento de la transmisión el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance a las meras expectativas, siendo además compatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales del cedente y cesionario, respetándose el nivel retributivo alcanzado, bien que en el futuro deba de acomodarse a las normas legales y pactadas establecidas con el empleador/empresario cesionario, «siempre que se vaya manteniendo o mejorando ese nivel»⁷⁹.

Se produce el fenómeno sucesorio laboral incluso en los supuestos en los que el nuevo empresario sea un órgano o ente integrado o dependiente de las Administraciones públicas, habiéndose declarado que al personal laboral transferido del Estado a una Comunidad Autónoma le es de aplicación el artículo 44 del ET, por lo que tiene derecho al mantenimiento de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia, y que el hecho de ser sucesor un ente público no excluye la aplicación de dicho precepto.

III. ACERCA DE LAS «ORGANIZACIONES» COMO AGENTES ECONÓMICOS Y EL PREDOMINIO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El protagonista económico, por excelencia, «en los tiempos que nos ha tocado vivir», es la organización, «una de las grandes realidades de la vida contemporánea. De ella provienen las principales proezas de la industria moderna (...), en tareas que superan en mucho las posibilidades tanto físicas como intelectuales del individuo. Lo hace combinando cualificaciones intelectuales diversamente especializadas, para alcanzar resultados superiores que de otro modo serían imposibles»⁸⁰. Su confirmación y manifestación por excelencia ha sido la admisión irrestricta de las sociedades capitalistas unipersonales⁸¹, lo que supone la personificación jurídica de la organización empresarial a despecho de cualquier fenómeno asociativo.

Se afirma, que «la futura teoría de la empresa, para que sea pertinente, deberá constituir ante todo una teoría de la estructura y de la organización burocráticas. La teoría clásica de la empresa solo

⁷⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 1 de diciembre de 2009.

⁷⁹ SAN, Sala de lo Social, de 9 de enero de 2001.

⁸⁰ GALBRAITH, J. K., *Historia de la Economía*, Barcelona, 1991, pág. 315.

⁸¹ Definitiva implantación de las sociedades capitalistas unipersonales en nuestro ordenamiento jurídico mediante incorporación al mismo de la «Duodécima Directiva del Consejo», de 21 de diciembre de 1989, derogada y sustituida por la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, *vid.* STJUE de 18 de octubre de 2007. En la legislación derogada es preciso hacer referencia a los artículos 116 del Código de Comercio, 7 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, 311 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprobó el TRLSA y los artículos 125 a 129 de la Ley 2/1995 (LSRL). Se admite por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 21 de junio de 1990, que revisa su anterior doctrina negadora de semejante posibilidad. La RDGRN de 29 de agosto de 1998 reconocía la posibilidad de su existencia aludiendo a la «empresa individual de responsabilidad limitada». La regulación vigente de la sociedad unipersonal está comprendida en los artículos 12 a 17, ambos inclusive, de la Ley de Sociedades de Capital, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio.

podrá sobrevivir si guarda relación con el sector menor de la economía, el de la pequeña empresa. El empresario a título individual, el héroe de los economistas, seguirá siendo celebrado, pero solo en la medida en que opere en un sector secundario de una economía que está dominada por las grandes sociedades anónimas»⁸².

Aquel protagonismo de la organización, en general, y en el ámbito económico en particular, que se explica por el advenimiento del capitalismo⁸³ (resultado de una extraordinaria y excepcional confluencia de factores), cuyo desarrollo abocó a la globalización o mundialización de la economía productiva, cuya novedad es relativa⁸⁴, ha acabado completándose, incuestionablemente, en el ámbito de la economía financiera, coherentemente con paso de la «era de la industria» a la «era de las finanzas»⁸⁵. Semejante evolución histórica ha conllevado la creación del «empresario-grupo de empresas», cuya expresión más acabada está constituida por la «empresas multinacionales», y ejemplificada, en la «era de las finanzas», por los «conglomerados financieros»⁸⁶.

Los «grupos» empresariales, entre los que sobresalen las denominadas empresas multinacionales, se estructuran como un tipo de conjuntos específicos, cuyos elementos son «sociedades/empresas», y tienen personalidad económica y financiera diferenciada (a partir del hecho y obligación de la consolidación de cuentas), que sin embargo no se corresponde con un general reconocimiento de

⁸² GALBRAITH, J. K., *op. cit.* (*Historia de la Economía*), pág. 315

⁸³ SOTELO, I., *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, 2010, pág. 117. En esa misma página, en nota 2 del capítulo I («El Estado: soberanía, libertad, derecho»), incluida en la sección o epígrafe 5 («Estado de derecho y Estado democrático»), da un concepto de capitalismo, cuya primera parte es sintética y la segunda analítica, al tenor de la primera parte «por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)».

⁸⁴ Destaca LÓPEZ CACHERO, M., en su contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de don Eugenio PRIETO PÉREZ, *op. cit.* (*La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*), págs. 58-59, que la globalización dista de ser un fenómeno nuevo; «una mirada serena y hasta donde resulte posible aséptica, a la Historia, especialmente desde la Edad Moderna, nos permite advertir que el paradigma de lo "global" ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, en distintas acepciones»; «El sistema capitalista global no es nuevo ni siquiera novedoso», indica SOROS, G., *op. cit.* (*La crisis del capitalismo global*), pág. 137.

⁸⁵ Sobre la «economía financiera» PRIETO PÉREZ, E., *op. cit.* (*La Era de las Finanzas. Mercados financieros y globalización*), en págs. 12-13, dice que «en la Era de la industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresa, portadores del espíritu de empresa. Las finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones: en la Era de las finanzas, estas asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores».

⁸⁶ Regulados por la Directiva 2002/85, de 16 de diciembre. Según la Ley 5/2005, de 22 de abril, artículo 2, se considerará que un grupo constituye un conglomerado financiero cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Que la entidad dominante del grupo sea una entidad regulada o, en caso contrario, que las actividades del grupo se desarrollen principalmente en el sector financiero (...), y al menos una de las entidades dependientes sea una entidad regulada (...); b) Que al menos una de las entidades del grupo pertenezca al sector de los seguros y al menos otra pertenezca al sector bancario o de los servicios de inversión; c) Que tanto las actividades consolidadas o agregadas de las entidades del grupo incluidas en el sector de seguros como las de las entidades del grupo incluidas en los sectores bancario y de los servicios de inversión sean significativas (...); d) Se considerará también conglomerado financiero cualquier subgrupo de un grupo, que cumpla las condiciones establecidas en las letras anteriores.

su personalidad jurídica, la cual únicamente aparece reconocida con claridad por el Derecho mercantil contable. Disonancia de la personalidad que produce una cierta «esquizofrenia» provocando costes de transacción e ineficiencias económicas.

En la «época que nos ha tocado vivir», el siglo XXI, en que «caminamos hacia un policentrismo geopolítico y neoeconómico»⁸⁷, se da un paso más en esa tipología conjuntista o grupal, apareciendo los «nuevos empresarios-grupos de sociedades/empresas multinacionales» (las «nuevas multinacionales») con novedosas filosofías y políticas empresariales. Se trata de «empresas peculiares no solamente por su manera de actuar, sino también por sus orígenes, estructuras de propiedad»⁸⁸. Esos nuevos «empresarios-grupos de sociedades/empresas», son «empresas exitosas a nivel global, que no se parecen a las tradicionales (y) provienen de países que no están entre los más avanzados desde un punto de vista tecnológico o de reputación de marca»⁸⁹.

Tordo ello constituye, por un parte, manifestación de la «mundialización» o «globalización» de la problemática socio-laboral vinculada a las modificaciones estructurales de los «empresarios-grupos de sociedades/empresas», que afecta tanto a las «nuevas» como a las «viejas» multinacionales», y por otra parte impone una «normalización» del tratamiento jurídico, o regulación «uniforme», de la fenomenología sucesora laboral, para no procurar ventajas competitivas desmesuradas e intolerables⁹⁰ en el sistema de economía de mercado que impera como único sistema económico, tanto a niveles estatales, infra/supra-estatales, y mundiales o globales.

3.1. El «grupo de sociedades/empresas», la «globalización económica», la reducción de costes y el incremento de la eficiencia económica

La aparición del «grupo» ha conllevado una sustancial minoración de costes/riesgos y un incremento de la eficiencia económica. La presencia en el tráfico jurídico mercantil y actividad económica de los «empresarios-grupos de sociedades/empresas», ha devenido en un acontecimiento «normal», en un «hecho cotidiano de la vida económica», propiciado tanto por la crisis del «Estado moderno», del que llega a ser «competidor» en la captación de recursos⁹¹, como por la constitución de estructuras políticas novedosas (pluri/sobre-estatales) dotadas de soberanía, en los ámbitos territoriales regionales mundiales más pujantes económicamente. El surgimiento y desarrollo de esos «nuevos»

⁸⁷ GUILLÉN, MAURO F., y GARCÍA CANAL, E., «Las nuevas multinacionales», *El Economista*, 15 de noviembre de 2010, pág. 8.

⁸⁸ GUILLÉN, MAURO F., y GARCÍA CANAL, E., *op. cit.* («Las nuevas multinacionales»), pág. 8.

⁸⁹ GUILLÉN, MAURO F., y GARCÍA CANAL, E., *op. cit.* («Las nuevas multinacionales»), pág. 8, que agrupan de la siguiente manera: «1) Economías con un nivel de ingresos medio-alto (...); 2) Economías emergentes (...); 3) Países en vías de desarrollo (...); 4) Países ricos en petróleo (...). Algunas de estas multinacionales son pequeñas y están enfocadas hacia un producto o servicio concreto, mientras que otras son de gran tamaño e incluso se diversifican en varias líneas de producto e incluso a través de varios sectores industriales».

⁹⁰ Repárese en el origen de las dos «guerras mundiales».

⁹¹ «El inversor ve más riesgo en el Estado que en las grandes empresas españolas», indica el diario económico *Expansión* de 30 de noviembre de 2010, pág. 17, que precisa «la crisis de la deuda soberana ha provocado algo inédito en los mercados de capitales. Los inversores están apreciando menos riesgo en la deuda de las cinco mayores compañías españolas por capitalización bursátil que en el propio Estado».

empresarios, se corresponde con la «realidad incuestionable» de la «globalización económica»⁹², completa en el ámbito financiero⁹³.

Aquellas grandes organizaciones empresariales (el «empresario-grupo de sociedades/empresas», polisocietario/pluriempresarial) tienen ordinariamente actividad transnacional y actúan en un ámbito donde no existe un solo ordenamiento sino múltiples sistemas jurídicos nacionales, que no se basan en los mismos sistemas de valores (pluralidad de culturas), generándose una grave inseguridad jurídica. Problemática internacional que se pretende solventar mediante el recurso a convenios o tratados internacionales, a la emergencia de nueva *lex mercatoria* internacional, y a un denominado «derecho indicativo» (*soft law*), que están conformando un nuevo orden jurídico mercantil y laboral mundial o general, en el que se da reconocimiento jurídico, atribuyéndoseles la personalidad correspondiente, a los «empresarios-grupos de empresas».

Semejante tendencia unificadora no opera, sin embargo, con la misma intensidad en todos los ámbitos, resultando señaladamente insuficiente en el laboral⁹⁴. Responsabilidad en muchos casos de la actuación de los propios Estados nacionales que no dudan en hacer «dumping social» para atraer inversiones extranjeras. Proliferando las deslocalizaciones, y recurriéndose a otros medios (externalizaciones) para reducir costes salariales y sociales, al amparo de la pluralidad y diversidad de sistemas jurídico-laborales existentes, trasladándose los centros de producción a países donde los salarios y otros costes (gastos) asociados a la prestación del trabajo, tanto directos (p. ej. cuotas de seguros sociales, gastos por implantación obligatoria de medidas de prevención de riesgos laborales) como indirectos (p. ej. responsabilidad civil del empresario, y su aseguramiento) sean menores.

En un acusado mimetismo respecto de la actuación de los «grupos de empresas» en el espacio global, aquella problemática se reproduce a nivel nacional cuando los Estados se estructuran mediante entes políticos menores dotados de amplia capacidad normativa (Estados federales, regionales o autonómicos). Además, los «grupos de empresas» procuran la limitación de los gastos y costes, así como el incremento de su eficiencia, mediante la dispersión de la personalidad jurídica, que se mantiene de manera diferenciada en los diversos componentes del grupo, rehuyendo, en la medida de lo posible la personificación del grupo, en sí mismo o unitariamente considerado, que acaba operando limitadamente, solo en aquellos ámbitos en que se impone imperativamente (Derecho mercantil contable).

3.2. El «empresario-grupo de sociedades/empresas»: aspectos generales

El «empresario-grupo de sociedades/empresas» no es sino una manifestación más del complejo fenómeno de las combinaciones de negocios y negocios conjuntos, y concentraciones econó-

⁹² CAZORLA PRIETO, J. M., «El gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pág. 21.

⁹³ En ese sentido CAZORLA PRIETO, J. M., *op. cit.* (*El gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*), pág. 22 principalmente.

⁹⁴ Deben destacarse los Convenios OIT, de muy variado contenido sociolaboral y vigencia, así como la creciente actuación en materia laboral de la ONU y la importante legislación social y laboral de la Unión Europea. *Vid.* STSJ de Galicia de 26 de abril de 2004.

micas ⁹⁵, pudiéndose distinguir entre concentraciones primarias, que se caracterizan por el incremento de la dimensión de la empresa debido a la incorporación de los activos patrimoniales de otras empresas que desaparecen, y concentraciones secundarias, que se caracterizan por la integración de las empresas en redes o estructuras más amplias en las que mantienen su individualidad jurídica pero se someten a una dirección unitaria externa a ellas mismas.

Los «empresarios-grupos de sociedades/empresas» se integran en esta segunda fórmula de concentración, que parece hoy predominar por los límites financieros, administrativos y legales que afectan a las concentraciones primarias. «El fenómeno de los grupos de (sociedades/empresas) –oscurecido durante los años sucesivos llamados «años de fusiones»– es una realidad, de intensidad creciente, aunque no siempre manifestada formalmente por su propia estructura, ya que son uno de los instrumentos adecuados para responder a los retos planteados por el desarrollo de la economía moderna» ⁹⁶.

El «empresario-grupo de sociedades/empresas» se define por la existencia de una pluralidad de entidades empresariales que cumplen los requisitos de independencia jurídica y unidad de dirección económica ⁹⁷, afirmándose que «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son» ⁹⁸ y que la «dirección unitaria» de varias entidades empresariales es «determinante de la existencia del grupo empresarial» ⁹⁹.

Pudiéndose afirmar en torno al grupo de empresas/sociedades, que «existe, en términos generales, cierta unanimidad al sostenerse que se trata de una unidad empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica unitaria ejercida por otra sociedad. En este sentido los («empresarios-grupos de sociedades/empresas») pueden considerarse como una empresa policorporativa, es decir, un conjunto de unidades económicas de producción o de prestación de servicios cuya titularidad corresponde a múltiples sujetos de derecho, independientes entre sí desde una perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo la citada dirección unitaria» ¹⁰⁰.

Su tipología puede reconducirse al grupo paritario o por coordinación y al grupo jerárquico o por subordinación. Indicándose como notas definitorias del grupo: a) «Un elemento subjetivo, entendido como una pluralidad de empresarios, individuales o sociales independientes»; b) «Un elemento instrumental, entendido como el instrumento de obtención del poder de dirección, que suele ser el control o el vínculo contractual»; c) «Un elemento funcional, que es la dirección unitaria».

⁹⁵ Precisa la STSJ de Madrid, de 9 de octubre de 2001, que «la propia dinámica comercial de la sociedad moderna, caracterizada por su complejidad y estimulante competitividad ha creado entre otras muchas figuras jurídicas, los denominados grupos de empresas, con notables incidencias en las varias ramas jurídicas».

⁹⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, F., «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, pág. 5.303.

⁹⁷ Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.* («El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español»), págs. 5.306-5.307.

⁹⁸ STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

⁹⁹ STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2001.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., «Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, pág. 5.362.

ria del grupo»¹⁰¹. El ejercicio de la dirección unitaria puede no ser determinado en exclusiva por una sociedad dominante y sí «el resultado del acuerdo libre de las sociedades que deciden agruparse»¹⁰², pero generalmente aquella dirección unitaria se establece jerárquicamente¹⁰³, siendo en otro caso su articulación difícil.

Ciertamente, hace falta «construir» la «figura del grupo, en el sentido menos dogmático de la palabra, dada su diversidad morfológica y estructural, así como perfilar equilibradamente su régimen jurídico»¹⁰⁴. Para colmar semejante laguna regulatoria, y sus indeseables consecuencias, la jurisprudencia dificultosamente se ha ido abriendo camino, mediante el recurso a diferentes técnicas¹⁰⁵, sobre la base de argumentos de equidad. Pueden encontrarse actuaciones legislativas en algunos ordenamientos jurídicos tendentes a la regulación del «empresario-grupo de empresas», debiendo al efecto distinguirse como modelos básicos los de regulación parcial y los de regulación global o general.

El modelo de regulación global o general ha sido el generalmente adoptado, habiéndose orientado en una doble coordenada, la primera consistente en «legitimar el ejercicio de un poder de dirección de la sociedad madre sobre las sociedades integrantes del grupo, y establecer la primacía de los intereses del grupo en cuanto unidad económica sobre los intereses individuales de las sociedades que lo componen»¹⁰⁶, y la segunda, que «actúa como contrapeso de la anterior»¹⁰⁷, orientada a la regulación hacia la protección de las sociedades integrantes del grupo, de sus socios y de los acreedores sociales «cuya situación jurídica haya resultado afectada como consecuencia de las distorsiones originadas por la legitimación de una tal situación de dependencia intersocietaria»¹⁰⁸, pudiéndose en este modelo diferenciar, a su vez, dos submodelos, el «contractual o alemán», y el «orgánico o de Derecho comunitario».

3.3. Noción de «empresario-grupo de sociedades/empresas»

La regulación jurídica de los grupos societarios ha constituido «un progreso indudable dentro del Derecho de sociedades»¹⁰⁹, deviniendo un paradigma que se ha «exportado» a los grupos empre-

¹⁰¹ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., *op. cit.* («Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia»), pág. 5.363.

¹⁰² EMBID IRUJO, J. M., «El contrato de constitución del grupo en el Derecho español», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, pág. 5.329-5.330.

¹⁰³ En relación con los grupos de sociedades, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra, 2010, págs. 793-797.

¹⁰⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *op. cit.* («El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español»), págs. 5.325-5.326, precisa que «esa tarea de construcción conceptual y determinación del régimen jurídico pasa (...) por un recto entendimiento de lo que el grupo es, como empresa articulada, y por lo que representa en la economía contemporánea, (...) se hace preciso dar estabilidad y seguridad jurídica a su formación y funcionamiento, reconociendo la vigencia del interés singular del grupo y su primacía frente a los propios de las sociedades que lo componen».

¹⁰⁵ *Vid.* STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2001, que alude al grupo «contractual», a la «vinculación financiera» y al «enlazamiento de carácter personal».

¹⁰⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., *Os grupos de Sociedades*, (2.ª ed.), Coimbra, 2002, pág. 169.

¹⁰⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., *op. cit.* (*Os grupos de Sociedades*), pág. 169.

¹⁰⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., *op. cit.* (*Os grupos de Sociedades*), pág. 170.

¹⁰⁹ Indica SÁNCHEZ CALERO, F., «La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pág. 297.

sariales en general (pudiéndose aludir a «grupos de empresas, sociedades o grupos empresariales»¹¹⁰). Sobre ellos históricamente se venía pronunciando nuestro ordenamiento de manera parcial¹¹¹. Por primera vez se pretende una regulación completa y coherente con la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM)¹¹², no nato, que dedica su Libro VII a las «uniones de sociedades», estableciendo una «noción de grupo de sociedades» en su artículo 590, del siguiente tenor: «existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto»¹¹³.

La necesidad de proceder al reconocimiento jurídico positivo del grupo se justificaba en la PCSM, respondiendo a la siguiente «idea angular en un Derecho de grupos moderno: el reconocimiento del grupo, en la medida en que no se considera simplemente como una anomalía, debe suponer la protección de los intereses lesionados real o potencialmente por el hecho de constituirse el grupo desde la consideración del interés del grupo. Si se reconoce su existencia, como manifestación de la empresa, resultante de un peculiar proceso de concentración, alternativo a la fusión, el resultado –el grupo– debe ser protegido en el ámbito jurídico»¹¹⁴.

Aquella legislación continúa en proyecto. No obstante ha de repararse en que nuestro ordenamiento no está huérfano de toda regulación al respecto¹¹⁵, punto en el que ha de estarse a lo establecido en los artículos 4¹¹⁶ de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), y 18 y 260.decimotercera de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC). En los artículos 4 y 18 precitados¹¹⁷ se efectúa una sustancial remisión al Derecho contable, deviniendo por esta vía los supuestos establecidos en el artículo 42 del Código de

¹¹⁰ SACRISTÁN REPRESA, M., «El grupo empresarial en el Derecho comunitario. Perspectivas ante los cambios actuales en la UE», en *Estudios de Derecho mercantil europeo* (PÉREZ CARRILLO, E. F., coord.), Madrid-Barcelona, 2005, pág. 185.

¹¹¹ Históricamente ha de hacerse referencia a la regulación en materia de participaciones recíprocas y en el ámbito de los mercados de valores, además de alusiones parciales menos relevantes en otros ámbitos: DUQUE DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.* («El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español»), págs. 5.308-5.321; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *op. cit.* (*Instituciones de Derecho Mercantil*), págs. 789 a 802; Una relación más o menos completa, interesante a efectos laborales, puede encontrarse en la SSTSJ de Galicia de 30 de mayo de 2001, 15 de enero y 9 de julio de 2004.

¹¹² Elaborado en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación por una ponencia integrada por los profesores SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., por encargo del Ministerio de Justicia y que fue aprobado por aquella Comisión el 16 de mayo de 2002.

¹¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.* («La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades»), pág. 301.

¹¹⁴ SACRISTÁN REPRESA, M. *op. cit.* («El grupo empresarial en el Derecho comunitario. Perspectivas ante los cambios actuales en la UE»), pág. 210.

¹¹⁵ *Id.* SSTSJ de Galicia de 15 de enero de 2004, y de Aragón de 28 de febrero de 2008.

¹¹⁶ Con anterioridad a su modificación por la Ley 47/2007, de 9 de diciembre, su redacción era la siguiente: «Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto».

¹¹⁷ Según el artículo 4 de la LMV, «a los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio». Al tenor del artículo 18 de la LSC «a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

Comercio (CCom.)¹¹⁸ fundamentales para la construcción de la noción de grupo de sociedades/empresas.

Han de tenerse en cuenta las regulaciones contenidas en los Reglamentos (CE) 1606/2002, de 19 de julio de 2002, 1126/2008, de 3 de noviembre de 2008, y la NIC 27. También debe considerarse la regulación contenida en el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, especialmente sus normas de registro y valoración 19.^a, 20.^a y 21.^a, las normas 13.^a y 15.^a de elaboración de las cuentas anuales, y apartados 19, 20 y 23 de la memoria. Asimismo debe tomarse en cuenta la regulación contenida en el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, normas 19.^a y 20.^a de las normas de registro y valoración para pequeñas y medianas empresas, norma 11 de las normas de elaboración de las cuentas anuales de aquellas empresas pequeñas y medianas. Especialmente relevante, a los efectos tratados, es el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, y se modifica el Plan General de Contabilidad y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

En aquellas normas se maneja una noción de grupo construida a partir de la regulación del hecho financiero y contable, siendo precisamente en el ámbito regulatorio de la economía financiera (con desarrollos espectaculares al socaire de la crisis económica global actual y de la mejora en supervisión de las entidades de crédito e instituciones de inversión colectiva, sus principales agentes eco-

¹¹⁸ Redactado según Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y cuyo contenido es el siguiente: «1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona; 2. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico; 3. La sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por estas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social; 4. La junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas; 5. Las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas; 6. Lo dispuesto (...) será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica».

nómicos), donde se está produciendo la «normalización» del «empresario-grupo de sociedades/empresas»¹¹⁹. Es en el ámbito del Derecho mercantil contable, cuyo reconocimiento jurídico positivo es reciente en nuestro ordenamiento, por más que ya contara con una larga tradición dogmática¹²⁰, donde puede encontrarse, además de la regulación específica, una noción de grupo relevante y significativa de «grupo de sociedades/empresas».

Nuestro Derecho contable «define dos conceptos de grupo. El regulado en el artículo 42 del CCom., que podríamos denominar por subordinación, formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera, y el grupo de coordinación, integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, previsto en la indicación decimotercera del artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital»¹²¹.

Analíticamente el concepto de «empresario-grupo de sociedades/empresas» puede construirse a partir de la diferenciación entre «combinaciones de negocios»¹²² y «negocios conjuntos»¹²³, y

¹¹⁹ *Id.* artículo 69 de la LMV, según redacción dada por la Ley 5/2009, de 29 de junio; Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, y Real Decreto 1820/2009, de 27 de noviembre.

¹²⁰ Como se indica en la exposición de motivos de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, «El proceso de armonización de las normas contables en la Unión Europea se inserta dentro de la armonización del derecho de sociedades. En particular, sobre la base del marco delimitado por la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad y la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas. Al amparo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, se inició este proceso en nuestro país que implicó la modificación del Código de Comercio, aplicable a todos los empresarios, introduciendo en él reglas mucho más precisas que las existentes con anterioridad en la contabilidad empresarial. Este proceso de normalización contable que continuó con la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, mediante el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, concluyó en una primera fase con la aprobación del Plan General de Contabilidad, a través del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, y de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre. A partir de ese momento, se ha ido configurando un auténtico Derecho contable en España, incardinado en el Derecho mercantil, y caracterizado por la existencia de unos principios generales reconocidos en dichas normas legales, que a su vez han dotado a este Derecho de una sustantividad propia».

¹²¹ Apartado tercero del epígrafe II, de la exposición de motivos del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

¹²² Según la norma 19 de la Segunda parte del PGC («Normas de registro y valoración», «Combinaciones de negocios»), por «combinaciones de negocios», se entienden «aquellas operaciones en las que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios», siendo «un negocio», «un conjunto de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica dirigida y gestionada con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes, y control es el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades»; «Las combinaciones de negocios, en función de la forma jurídica empleada, pueden originarse como consecuencia» de: a) «La fusión o escisión de varias empresas»; b) «La adquisición de todos los elementos patrimoniales de una empresa o de una parte que constituya uno o más negocios»; c) «La adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa, incluyendo las recibidas en virtud de una aportación no dineraria en la constitución de una sociedad o posterior ampliación de capital»; d) «Otras operaciones o sucesos cuyo resultado es que una empresa, que posee o no previamente participación en el capital de una sociedad, adquiere el control sobre esta última sin realizar una inversión».

¹²³ Según la norma 20, de la Segunda parte del PGC, («Normas de registro y valoración», «Negocios conjuntos»), se entiende que «un negocio conjunto es una actividad económica controlada conjuntamente por dos o más personas físicas o jurídicas. A estos efectos, control conjunto es un acuerdo estatutario o contractual en virtud del cual dos o más personas, (...) denominadas (...) partícipes, convienen compartir el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación sobre una actividad económica con el fin de obtener beneficios económicos, de tal manera que las decisiones estratégicas, tanto financieras como de explotación,

específicamente por la determinación de qué son los estados financieros consolidados y de quiénes deben formularlos ¹²⁴. Sin entrar en una puntual diferenciación entre aquellas nociones, es de fundamental importancia a los fines que estamos tratando la afirmación, contenida en el Derecho contable europeo, según la cual «los estados financieros consolidados son los estados financieros de un grupo, presentados como si se tratase de una sola entidad económica» ¹²⁵.

Un grupo es, pues, una «sola entidad económica» ¹²⁶, es decir, «una empresa», proclamación de la «unidad empresarial» que «nace de la necesidad de buscar una primacía de lo real sobre lo aparente, de tal manera que las apariencias jurídicas, y en concreto las societarias, no desnaturalicen los sustratos reales y efectivos que se lleva a cabo en las realidades jurídicas» ¹²⁷. Por ello, «toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en (el CCom.). En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación» (art. 42.1 CCom. ¹²⁸).

IV. TRANSMISIÓN DE UNA EMPRESA PERTENECIENTE A UN «GRUPO DE SOCIEDADES/EMPRESAS»

La transmisión de una empresa, que forma parte de un grupo de sociedades/empresas a una empresa ajena ese grupo, esté esta integrada a su vez, o no, en otro grupo de sociedades/empresas, plantea una serie de cuestiones específicas que son consecuencia directa e inmediata de la «emergencia», primero, del grupo de sociedades/empresas, en sí mismo considerado, y de su «normalización» después, como empresario.

relativas a la actividad requieran el consentimiento unánime de todos los partícipes», siendo «categorías de negocios conjuntos» las siguientes: a) «Negocios conjuntos que no se manifiestan a través de la constitución de una empresa ni el establecimiento de una estructura financiera independiente de los partícipes, como son las uniones temporales de empresas y las comunidades de bienes, y entre las que se distinguen: a.1) Explotaciones controladas de forma conjunta: actividades que implican el uso de activos y otros recursos propiedad de los partícipes; a.2) Activos controlados de forma conjunta: activos que son propiedad o están controlados conjuntamente por los partícipes; b) Negocios conjuntos que se manifiestan a través de la constitución de una persona jurídica independiente o empresas controladas de forma conjunta».

¹²⁴ La regulación de las cuentas anuales de los grupos de sociedades con motivo de la adaptación de nuestra legislación mercantil al Derecho comunitario ha sido más amplia que la comunitaria, pues «a diferencia de lo que exigía en un principio el Derecho comunitario que limitaba la obligación de consolidación cuando la sociedad dominante era una "sociedad de capitales", el artículo 42 (CCom.) extendió el deber de consolidación de las cuentas a los casos en que la sociedad dominante fuera cualquier «sociedad mercantil», indica SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, («La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades») pág. 298. Además en la regulación contable mercantil se establece la posibilidad de que cualquier persona física o jurídica consolide cuentas, si ostenta la posición pertinente, en un grupo o «unidad de decisión», y que cuando lo haga habrá de seguir lo establecido en el Código de Comercio sobre el particular.

¹²⁵ NIC 27, punto 4, apartado segundo, aprobada por el Reglamento (CE) n.º 494/2009 de la Comisión, de 3 de junio de 2009.

¹²⁶ Indican SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *op. cit. (Instituciones de Derecho Mercantil, v. I)* pág. 763, «mientras que la sociedad es titular de una empresa con características específicas, en el caso del grupo las distintas sociedades, aun manteniendo su personalidad jurídica independiente, forman una macroempresa, calificada en ocasiones como una empresa "policorporativa"».

¹²⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de enero de 2010.

¹²⁸ *Vid.* «Nota del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas relativa a los criterios aplicables en la formulación de cuentas anuales consolidadas según los criterios del Código de Comercio para los ejercicios que comiencen a partir de 2008».

4.1. Planteamiento general

Hay que diferenciar diferentes supuestos. El primero de ellos es el de la transmisión de una empresa integrada en un «grupo de sociedades/empresas» a otra empresa integrada en el mismo «grupo de sociedades/empresas». El segundo referido a la transmisión de una empresa integrada en un «grupo de sociedades/empresas» a otra empresa ajena al grupo, que a su vez no forme parte de otro «grupo de sociedades/empresas». El tercero relativo a la transmisión de una empresa integrada en un «grupo de sociedades/empresas» a otra empresa ajena al grupo, que a su vez sí conforme parte de otro «grupo de sociedades/empresas».

No obstante, tanto la circunstancia de que la personalidad reconocida al grupo no tenga efectos generales, sino que solo sea relevante en determinados aspectos, por más que vaya extendiéndose y considerándose al «grupo de sociedades/empresas» como empleador/empresario, como la circunstancia de que aquella expansión constituya básicamente una creación jurisprudencial, matizan inexcusablemente el fenómeno sucesorio laboral.

4.2. Recapitulación sobre el «empleador/empresario-grupo de sociedades/empresas» a efectos laborales

Resolver la cuestión relativa a la «sucesión/transmisión de sociedades/empresas» cuando la transmisión de la empresa se lleva a cabo por una sociedad/empresario/empresa (utilizando como equivalentes los tres términos) del grupo a otra sociedad/empresario/empresa del mismo grupo, envuelve una contradicción patente, real y efectiva, posibilitada y disimulada en la relativa irracionalidad de las normas jurídicas (porque el grupo es uno y es el mismo empresario, con un único y solo patrimonio). Pero al mismo tiempo parece insoluble la problemática inherente a la transmisión de empresas entre grupos al carecer estos de personalidad jurídica propia e independiente de la de las sociedades/empresas miembros de los mismos, debiendo utilizarse remedios «mostrencos». Por ello tratar de las consecuencias jurídico-laborales vinculadas a la «transmisión» de una empresa, requiere de una previa reflexión delimitativa del alcance, a estos efectos, del «empresario-grupo de sociedades/empresas».

Ha de comenzarse por dilucidar si acaso el «grupo de sociedades/empresas» ha de tener siempre el mismo contenido, alcance, amplitud, relieve y transcendencia en todos los ámbitos en que considere su actuación y respecto de cualesquiera relaciones jurídicas. Para el supuesto en que no fuera afirmativa la respuesta a semejante interrogante, deberán precisarse qué requisitos se requieren para que el grupo empresarial tenga transcendencia laboral¹²⁹. Esto es, cuál sea y qué sea el «grupo de empresas a efectos laborales». Noción en sí misma de «deficiencias definatorias y de regulación»¹³⁰.

Tratar del grupo de sociedades/empresas a efectos laborales es, en definitiva, tanto como considerar al grupo «como empresa única»¹³¹. Anticipando conclusiones, se puede afirmar que su deli-

¹²⁹ Vid. STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2 de febrero de 2010.

¹³⁰ STS, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2009, que alude a la Ley 22/1992 y al Real Decreto 9/1997.

¹³¹ STSJ de La Rioja de 2 de abril de 2009.

mitación y conceptualización «constituye una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada»¹³², no obstante el dinamismo del fenómeno, así como la dispersión de su regulación¹³³ y relativa incoherencia de las normativas existentes (financieras, contables y fiscales) que en algún aspecto toman en consideración a los grupos empresariales¹³⁴. Se afirma por la doctrina legal que la constitución del substrato mínimo de grupo, en todo caso, exige de la concurrencia de dos o más empresas diferenciadas pero coordinadas¹³⁵, de tal manera que se combinen autonomía y personalidad jurídica propia e independiente¹³⁶, con concentración o concertación¹³⁷, un propósito principal y común, y una actuación unitaria que se ha de manifestar, de una u otra forma, a terceros.

Se afirma que el campo del Derecho laboral no es el más propicio para determinar y definir al «empresario-grupo de sociedades/empresas», el cual no está explícitamente considerado por la ley como posible parte en el contrato de trabajo¹³⁸. Pero que ello no obsta a que sea necesario delimitar el «grupo», a efectos laborales, como elemento primigenio o substrato del «empresario-grupo de empresas». Efectivamente, en el ámbito social del Derecho, en contra de lo que sucede en otros ámbitos del Derecho como en el del Derecho mercantil contable, ciertamente no se define ni delimita al «grupo empleador/empresario».

En el Derecho laboral no existe una regulación general, y probablemente no deba existir, del «grupo de empresas», pero tampoco se da una delimitación o noción de cuándo aquella realidad empresarial debe tener transcendencia y ser considerada de modo unitario a los efectos de las relaciones industriales o de trabajo¹³⁹, y esto dificulta su tratamiento jurídico-laboral, tanto en lo referente a la relación individual de trabajo, como a las relaciones colectivas laborales, y al fenómeno sucesorio laboral. No obstante aquella falta regulatoria e indefinición, no pueden dejar de ser relevantes, ni efectivamente dejan de serlo a efectos jurídico-laborales, aquellos supuestos en que la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas y la autonomía de los componentes del grupo es ficticia o meramente aparente, actuando todos ellos coordinada o incluso con subordinación estricta. De tal manera en tales casos, debe ser posible afirmar que el grupo existe al poderse advertir la existencia de una vinculación económica y organizativa, que procura un fin empresarial predeterminado¹⁴⁰.

La figura jurídica del «empleador/empresario-grupo de sociedades/empresas» se ha ido construyendo progresivamente, partiendo de criterios tomados de ramas del Derecho ajenas al Derecho del Trabajo, mediante una sistemática doctrina jurisprudencial, habiéndose decantado la doctrina y jurisprudencia laboral por un criterio favorable a su admisión con base en el principio tutelar operante en

¹³² STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000.

¹³³ SSTS, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 1995 y 10 de octubre de 1996.

¹³⁴ Así a efectos fiscales, *vid.* STJUE de 21 de enero de 2010, Société de Gestion Industrielle SA (SGI) y État belge, asunto C-311/08.

¹³⁵ STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹³⁶ *Vid.* nota anterior.

¹³⁷ STSJ de La Rioja de 19 de enero de 1999.

¹³⁸ *Vid.* nota 135.

¹³⁹ *Vid.* nota 135.

¹⁴⁰ *Vid.* nota 135.

la relación de trabajo, a pesar de que en alguna ocasión ¹⁴¹ se haya rechazado la personificación del grupo por la existencia de personalidad jurídica en cada una de las empresas componentes del mismo.

Es de recordar que ya tempranamente la doctrina legal del Tribunal Supremo, «interpretando los artículos 1, 2, y 5.1 y 3 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944» ¹⁴², atribuyó la condición de empresario a quien contrataba bien en interés propio, bien en interés comunitario o del grupo, conceptuando como empresario al «grupo financiero» o a los «grupos de empresas». Posteriormente, con base en lo establecido en el artículo 1.2 del ET, la jurisprudencia social vino en establecer las líneas básicas de la responsabilidad de los grupos de empresas en el plano de las relaciones laborales. Desde la promulgación de la LCT la jurisprudencia ha venido sistemáticamente afirmando que al reconocer aquella legislación la posibilidad de que las comunidades de bienes pudieran ser empresarios, admitía la de asignar la cualidad de empleador a entes desprovistos de personalidad jurídica, como el «grupo de empresas» ¹⁴³. Así pues, afirmaba la jurisprudencia, aquella normativa permitía tratar laboralmente al «grupo de empresas», ya estuviera integrado por personas físicas o por personas jurídicas, o por unas y otras, como si se tratase de una comunidad de bienes que, según la normativa laboral, a la sazón vigente, podía asumir la condición legal de empresario, con capacidad para contratar trabajadores y mantener relaciones laborales ¹⁴⁴.

Más tarde se produjeron nuevas regulaciones laborales que, con efectos limitados, definían el grupo de empresas, tal fue el caso del Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, después Ley 22/1992 de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, en la que (disp. adic. cuarta) se estableció que ¹⁴⁵ se considerarían «pertenecientes a un mismo grupo las empresas que (constituyesen) una unidad de decisión porque cualquiera de ellas (controlase) directa o indirectamente a las demás», entendiéndose que existía control de una empresa por otra cuando se encontrasen «en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio». Regulación sectorial laboral que coadyuvaba en la búsqueda de las peculiaridades laborales del «grupo de empresas», pero no por ello despreciaba su enraizamiento en la noción general o común de «empresario-grupo de sociedades/empresas».

En otra línea jurisprudencial interpretativa de la normativa vigente, de carácter teleológico, asumió un gran protagonismo en la búsqueda de la indemnidad de los trabajadores bien mediante el recurso al «levantamiento del velo» ¹⁴⁶ de la persona jurídica, que «equivale a una derogación de las reglas de la persona moral o jurídica» y consiste en hacer abstracción de su personalidad o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas ¹⁴⁷, bien mediante la metodología general de «la primacía

¹⁴¹ Como la STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 1983.

¹⁴² SSTs, Sala de lo Social, de 5 de enero de 1968, 29 de marzo, 1 y 30 de junio de 1978, 28 de marzo y 23 de junio de 1983, 4 de marzo, 28 de junio y 17 de julio de 1985 y 31 de mayo de 1988.

¹⁴³ A «grupo o ente carente de personalidad» se refiere la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹⁴⁴ *Vid.* STSJ de Andalucía de 23 de marzo de 2010.

¹⁴⁵ Para excluir de las ayudas previstas en la ley las contrataciones de trabajadores que en los 24 meses anteriores hubiesen prestado servicios «en la misma empresa o grupo de empresas».

¹⁴⁶ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 22 de diciembre de 2009.

¹⁴⁷ STS, Sala Primera, de 26 de diciembre de 2001, que precisa que «el levantamiento del velo tiene lugar siempre con ocasión de un litigio donde el juez estima que los principios de la persona jurídica han sido en realidad desconocidos por los propios socios o componentes de la entidad». Según indica la misma sentencia la doctrina y jurisprudencia acerca del

de la realidad»¹⁴⁸, o bien a través de la implantación de una responsabilidad solidaria, ab initio y por las circunstancias concurrentes, de los miembros del grupo ¹⁴⁹.

En esta interpretación finalista, el grupo laboral se mostraba con un carácter marcadamente instrumental para una finalidad protectora del trabajador ¹⁵⁰, de ahí que se fuese imponiendo progresivamente y acabase exigiendo, para la delimitación del grupo y la responsabilidad grupal (de todas y cada una de las entidades empleadoras agrupadas) en las relaciones de trabajo, la concurrencia, conjuntamente con las circunstancias delimitadoras de la noción general de grupo empresarial ¹⁵¹, de determinadas circunstancias o «elementos adicionales». De tal manera que «la mera presencia de administradores o accionistas comunes ¹⁵², o de una dirección comercial común ¹⁵³, o de sociedades participadas entre sí ¹⁵⁴, no resultaba «bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales» ¹⁵⁵.

Aquellos «elementos adicionales» que sirvieron para fundamentar razonablemente la transcendencia laboral del grupo de sociedades/empresas ¹⁵⁶, inicialmente fueron los siguientes ¹⁵⁷:

- La confusión patrimonial.
- El funcionamiento integrado o unitario.
- La prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesivamente, en favor de varios empresarios.

levantamiento el velo «parten de que la regla debe ser el respeto de la personalidad moral», añadiendo que «ocasionalmente puede imponerse la necesidad ocasional de levantar el velo», en razón de «la realidad de la vida y el poder de los hechos», «la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas», el «interés público, o la «equidad». De ahí, indica aquella resolución jurisdiccional «que haya sido necesario construir un inventario de las situaciones que caracterizadamente autorizan el levantamiento del velo».

¹⁴⁸ Como declaró la STC 46/1983, de 27 de mayo, pertenece a la específica función de la jurisdicción laboral resolver quién es «empresario verdadero» y quién opera como «empresario aparente» para eludir gravosas consecuencias del orden laboral, «y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos»; *vid.* STS, Sala de lo Social, de 29 de junio de 1989.

¹⁴⁹ Al reconocimiento de una personalidad en el ámbito laboral al grupo «como si se tratase de una sola empresa regida por el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación tanto en el principio de primacía de la realidad por encima de las normas jurídicas, concretado (...) en la conocida doctrina del "levantamiento del velo", como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley», alude la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹⁵⁰ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2001, 15 de febrero de 2002 y 11 de marzo de 2010.

¹⁵¹ Aun cuando en alguna sentencia parezca que cumulativamente se exija confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, así en la STS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 1990.

¹⁵² SSTS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000 y 26 de diciembre de 2001.

¹⁵³ STS, Sala de lo Social, de 30 de abril de 1999.

¹⁵⁴ STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2003.

¹⁵⁵ STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2005; SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 9 de diciembre de 2009.

¹⁵⁶ STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2005, y SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 23 de enero de 2007 y 2 de febrero de 2010.

¹⁵⁷ SSTSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 2009, de Canarias de 30 de marzo de 2009, de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 21 de enero y 12 de mayo de 2009 y 12 de enero de 2010, de la Región de Murcia de 15 de febrero de 2010, y de la Comunidad Valenciana de 20 de abril de 2010.

- La apariencia externa de unidad empresarial y de dirección.
- La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores.
- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales ¹⁵⁸.

Pudiéndose concluir, pues, que el «empresario-grupo de sociedades/empresas a efectos laborales» resulta ser una creación jurisprudencial ¹⁵⁹, que parte de la idea, antes referida, de que no es suficiente el «mero hecho» de la presencia de dos o más empresas pertenecientes a un grupo empresarial para concluir su responsabilidad solidaria respecto de obligaciones laborales de una cualquiera de ellas, sino que se requiere de la concurrencia de una serie de específicas circunstancias («elementos adicionales» ¹⁶⁰). Afirmándose, no obstante, que semejante construcción jurisprudencial no atenta contra el «ámbito de responsabilidad propio» de cada uno de los componentes del grupo ¹⁶¹, precisándose, cuidadosamente, que la simple y mera dirección unitaria no determina la extensión de la responsabilidad a todos los componentes del grupo ¹⁶².

Consecuentemente resulta explicable un cierto confusionismo. De ahí que se aluda, en ocasiones, a la necesidad de que «el grupo de empresas ha de ser ilegal para provocar la responsabilidad solidaria», identificándose impropiaamente ilegalidad con abuso de la forma social ¹⁶³. También que se haga referencia, en otras ocasiones, a que la «la legitimidad de la protección del interés común o unitario del grupo para articular un mercado interno de trabajo» y de la «gestión colectiva del personal en el marco de la dirección unitaria» del grupo, serán imposibles de considerar en los supuestos de «gestión patológica», que constituirá abuso de la «personalidad jurídica», por más que el fraude de ley se presuma ¹⁶⁴. En definitiva, la existencia del grupo de empresas a efectos laborales, determinante de la responsabilidad solidaria de todas las empresas componentes del mismo, no se presume ¹⁶⁵, incumbiendo la carga de la prueba de su realidad a quien alega su existencia ¹⁶⁶.

Efectivamente, según la jurisprudencia laboral, la simple existencia de un grupo de empresas, que se define por el dato de la dirección unitaria de varias entidades empresariales poseedoras de personalidad jurídica independiente, no basta para generar ni generalizar la posición empresarial en las relaciones de trabajo ¹⁶⁷. Fundamenta semejante afirmación en el criterio general de que «los vínculos

¹⁵⁸ STSJ de Madrid de 12 de enero de 2010, que recoge una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

¹⁵⁹ Se resume por la STSJ, de Extremadura, siguiendo a la STS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 1998.

¹⁶⁰ SSTS, Sala de lo Social, de 30 de enero, 9 de mayo y 26 de noviembre de 1990, 30 de junio de 1993, 20 de enero y 29 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998 y 23 de enero de 2002; *Vid.* STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2007.

¹⁶¹ STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹⁶² STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2001.

¹⁶³ SSTSJ de la Región de Murcia de 21 de mayo de 2007 y de Cataluña de 22 de enero de 2008.

¹⁶⁴ STSJ de la Región de Murcia de 21 de mayo de 2007.

¹⁶⁵ STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2003.

¹⁶⁶ STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003.

¹⁶⁷ SSTS, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 1987, 12 de julio de 1988, 24 de julio de 1989, 30 de enero, 9 de mayo y 26 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993.

accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales»¹⁶⁸. Según aquella jurisprudencia el mero hecho de que una empresa «aparezca integrada en un grupo», que «parte de sus acciones pertenezcan a otra», o que «coincidan sus elementos directivos», no constituye anomalía ni ilicitud alguna, y encuentra amparo en el artículo 38 de nuestra Constitución.

La construcción jurisprudencial del grupo de empresas a efectos laborales se caracteriza por un cierto halo sancionador, que se manifiesta en aquellos supuestos en que recurre a la doctrina del «levantamiento del velo»¹⁶⁹ por la «disponibilidad de trabajadores de manera indiferenciada»¹⁷⁰, así como en aquellos otros en que impone la responsabilidad solidaria entre las distintas empresas integrantes del grupo cuando se acredita la insolvencia de la empresa, miembro del grupo, empleadora y se prueba o presume fundadamente la existencia de fraude de ley o de ánimo defraudatorio.

A los iniciales o «primeros elementos adicionales», antes aludidos, y cuya concurrencia prontamente se reputó precisa para desatar la responsabilidad solidaria o transcendencia laboral del «grupo de sociedades/empresas», la jurisprudencia fue añadiendo unos «segundos elementos adicionales», cuya aparición coincide con una más clara asunción de la idea del «empresario-grupo de sociedades/empresas». Esos «segundos elementos adicionales» deberían concurrir añadidos a los elementos generales configuradores de la noción básica de grupo, pero su relación con los «primeros elementos adicionales» resultó ser, y continúa siendo, confusa. Pueden considerarse una reformulación, adaptación o concreción de los «primeros» elementos adicionales, pero sin que se establezca una relación de sustitución entre ellos, al continuar refiriéndose la jurisprudencia tanto a unos como a otros. La necesaria presencia de alguno de los «primeros» o «segundos» elementos adicionales para desatar la transcendencia laboral del grupo de empresas, es indudable, pudiendo su concurrencia ser cumulativa o acumulativa, esto es, pueden darse varios de ellos conjuntamente, o alternativa, de tal manera que basta o es suficiente con que se dé uno de los primeros o de los segundos elementos adicionales¹⁷¹.

La aparición de esos «segundos elementos adicionales», o reformulación como tales de los «primeros principios adicionales», no va a determinar el reconocimiento de la personalidad jurídica del «grupo», convirtiéndolo en sujeto de derecho, pero sí va a coincidir con una asunción más decidida de su dimensión de «empleador/empresario», y consecuente responsabilidad a efectos laborales. Se trata y considera el «grupo» como un «empresario único», disimulado formalmente en una plu-

¹⁶⁸ SSTS, Sala de lo Social, de 23 de junio de 1983 y 3 de marzo de 1984.

¹⁶⁹ STS, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2001; SSTSJ de Extremadura de 4 de septiembre de 2007, de Cataluña de 23 de octubre de 2008, y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 7 de febrero de 2006, 25 de noviembre de 2008 y 12 de enero de 2010; De la actualidad de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo» dan idea las SSTS, Sala Primera, de 22 de febrero, 30 de mayo, 29 y 30 de octubre, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, 1 de febrero de 2008, 3 de abril y 7 de julio de 2010, en términos de sentencia de aquella Sala de 19 de octubre de 2010, «la doctrina del levantamiento del velo tiene un sólido apoyo en la normativa del Código Civil que sanciona el fraude (art. 6.4) y el ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2) y exige que los derechos se ejerciten de buena fe (art. 7.1)»; Sobre la relación entre los requisitos del «grupo a efectos laborales» y la teoría del «levantamiento del velo», STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 25 de noviembre de 2008.

¹⁷⁰ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de enero de 2010.

¹⁷¹ Se recoge la doctrina general en las SSTSJ de Galicia, de 15 de enero, 14 y 24 de mayo y de 9 de julio de 2004, y de Aragón, de 7 de diciembre de 2004 y 28 de febrero de 2008.

alidad de empresarios ¹⁷². Con base en esos elementos se va a aludir, por la misma jurisprudencia, en ocasiones a «configuración ilícita» del grupo de sociedades/empresas, construyéndose empero la responsabilidad solidaria de todos los componentes del grupo frente a los trabajadores de cualquiera de las empresas que configurasen o perteneciesen al grupo, como una derivada, no de la ilicitud, sino de la personalidad implícita necesaria a la «configuración ilícita» (que no se hace equivalente a «actuación ilícita»), constituyéndose el grupo «en realidad (en) una única unidad empresarial» ¹⁷³. Para que se produzca semejante, y sin duda trascendental, efecto de la responsabilidad solidaria, va a exigir la jurisprudencia ¹⁷⁴ que, alternativa o acumulativamente con los «primeros elementos adicionales», se dé la presencia de alguno de los «segundos elementos adicionales» siguientes ¹⁷⁵:

- Confusión de plantillas
- Confusión de patrimonios.
- Apariencia externa de unidad empresarial ¹⁷⁶.
- Unidad de dirección.
- Creación de empresas aparentes sin sustrato real ¹⁷⁷.

Esto es, a partir del momento de la formulación de aquellos principios se toma clara conciencia de que el «grupo» constituye una «única unidad empresarial», o un «empresario-grupo de empresas», en cuanto se advierte la «existencia de una plantilla única o confusión de la misma, lo que se produce cuando las sociedades pertenecientes al grupo se benefician de la prestación laboral de trabajadores formalmente adscritos a la plantilla de una de ellas» ¹⁷⁸, o la «existencia de una caja única o patrimonio social confundido ¹⁷⁹, (lo) que tiene lugar (si) se utilizan indiferentemente por todas (las empresas) los activos o se hace pago indistinto del pasivo» ¹⁸⁰, o cuando «se produce una apariencia externa unitaria actuando en el mercado de manera conjunta, que induce a confusión a los terceros que contraten con las empresas del grupo» ¹⁸¹, asimismo también aparece aquella nueva realidad

¹⁷² SSTs, Sala de lo Social, de 20 de enero y 29 de octubre de 1997, 26 de enero y 18 de mayo de 1998, 30 de abril de 1999, 27 de noviembre y 21 de diciembre de 2000, 9 de julio y 26 de septiembre de 2001, 23 de enero, 6 de marzo y 4 de abril de 2002; STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 16 de diciembre de 2003.

¹⁷³ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 12 de mayo de 2009.

¹⁷⁴ SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de julio, y Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000, y STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2001.

¹⁷⁵ STSJ de la Región de Murcia de 26 de marzo de 2007, de la Comunidad Valenciana de 3 y 9 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2007 y 8 de enero de 2008, de Extremadura de 24 de julio de 2006 y 29 de enero de 2008, de Cataluña de 15 de mayo de 2006, 24 de enero y 23 de octubre de 2008, de Andalucía de 1 de julio de 2009, y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 30 de octubre de 2007 y 17 de julio de 2009.

¹⁷⁶ Tales como «la identificación de un único local empresarial, la autotitulación y publicitación al mercado, así como la consagración de un organigrama de personal indisimuladamente entrelazado», según la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de febrero de 2007.

¹⁷⁷ SSTs, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 1990, 30 de junio de 1993 y 20 de enero de 2003.

¹⁷⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 12 de mayo de 2009.

¹⁷⁹ SSTs, Sala de lo Social, de 10 de noviembre de 1987, 8 de junio de 1988 y 30 de enero de 1990.

¹⁸⁰ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 12 de mayo y 25 de junio de 2009.

¹⁸¹ SSTs, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 1987 y 22 de diciembre de 1989.

«empresario-grupo de empresas», si se procura el «funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo»¹⁸², o si se produce «la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo»¹⁸³, lo mismo sucede con «la creación de empresas aparentes sin sustrato real, determinante de una exclusión de responsabilidades laborales»¹⁸⁴, o cuando se produce, con más o menos intensidad, la conjunción de varios de ellos como «la confusión de plantillas y patrimonios (o), la apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección»¹⁸⁵. Supuestos más difusos, pero que en realidad se trata de combinaciones novedosas, más o menos ingeniosas, de aquellos elementos adicionales «primarios» y/o «secundarios», son los supuestos que giran bajo técnicas conocidas como «ingeniería laboral», en donde el problema consiste en poder determinar la existencia misma o qué es la empresa¹⁸⁶.

Tomando en cuenta el conjunto de los «primeros y segundos elementos adicionales» antes referidos, y en relación con los supuestos más frecuentes en la realidad y práctica empresarial, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- a) En cuanto al «funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo»¹⁸⁷, que el mismo¹⁸⁸ supone la superposición de empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del grupo o conjunto de empresas, agrupadas bajo unas mismas coordenadas y dictados¹⁸⁹.

Esto es, que se aprecie en el grupo de empresas una relación vertical de dirección y una dirección unitaria proyectada tanto sobre las relaciones económicas como empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica fragmentada jurídicamente pero proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales¹⁹⁰.

- b) Respecto de la «prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo»¹⁹¹, resulta que aquella prestación de servicios para las diversas

¹⁸² SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987.

¹⁸³ SSTS, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 1985, 7 de diciembre de 1987 y 8 de junio de 1988; SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 12 de mayo y 25 de junio de 2009.

¹⁸⁴ SSTS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio y 12 de julio de 1988 y 24 de julio de 1989.

¹⁸⁵ SSTS, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 1990 y 30 de junio de 1993.

¹⁸⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2003.

¹⁸⁷ SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987. Niega la existencia del grupo con transcendencia laboral por la STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2002, porque, no aparecía «la dirección unitaria en el negocio», ni «la unidad de caja», no constando «trasvases contables de las personas físicas a las jurídicas o viceversa, condonación de deudas, avales entre dichas sociedades o de los socios, préstamos interpersonales», que constituyesen elementos con base en los cuales inferir «la existencia de un fondo económico común», ni existía «una única plantilla», ni «el trasvase de trabajadores de unas mercantiles a otras, o de la persona física a las mercantiles citadas o a la inversa», ni constar que las empresas hubieran sido «constituidas para defraudar los intereses de los trabajadores».

¹⁸⁸ SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981, 8 de octubre de 1987 y 3 de mayo de 1990.

¹⁸⁹ SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981, 5 de marzo de 1985 y 8 de octubre de 1987; STCT de 4 de julio de 1987.

¹⁹⁰ SSTS, Sala de lo Social, de 24 de julio de 1989 y 30 de diciembre de 1995.

¹⁹¹ SSTS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1975, 4 de marzo de 1985, 7 de diciembre de 1987, 8 de junio y 1 y 12 de julio de 1988, 1 de julio de 1989 y 3 de mayo de 1990. También pueden citarse los siguientes supuestos: a) Sociedades

empresas¹⁹², puede ser bien en forma simultánea e indiferenciada¹⁹³, bien de manera alternativa¹⁹⁴, o también sucesivamente a causa de contratos encadenados¹⁹⁵.

Los supuestos de circulación del trabajador dentro del grupo, «salvo supuestos especiales», se considera que «no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real», por el contrario se sobreentiende que se deben a «razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas», considerándose que constituye una «práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador», llamándose a la posible aplicación (anológica) del artículo 43 del ET»¹⁹⁶.

- c) Que el supuesto de «confusión patrimonial»¹⁹⁷ supone una amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en el desarrollo de las «operaciones ordinarias» del grupo, poniéndose singularmente de manifiesto en aquellas situaciones de crisis o concursales que pudieran afectar a alguna de las sociedades/empresas componentes del grupo¹⁹⁸. Semejante confusión patrimonial se considera que tiene lugar, en todo caso, en los supuestos de «caja única», de falta de «tesorería propia», de «cajas aparentemente únicas», o de «renuncias internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social»¹⁹⁹.
- d) Con referencia a la «creación de empresas aparentes sin sustento real», la transcendencia laboral del grupo se fundamenta en que, a través de aquellas, se procura una exclusión de responsabilidades laborales de las demás empresas integrantes del grupo que son beneficiarias, a la postre, de la prestación del trabajo²⁰⁰. La misma argumentación se utiliza para los supuestos de uso abusivo o fraudulento de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores²⁰¹.

que actúan como grupo, mezclándose una en la actividad empresarial desarrollada por otra, empresario formal de los trabajadores, y detentando aquella la titularidad de la maquinaria empleada por esta (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 21 de marzo de 1994); b) Sociedades con identidad de dirección, administrador societario y de buena parte de sus socios que se utilizan como aparentes empresarios distintos de un trabajador para burlar los límites impuestos a la contratación temporal de fomento de empleo (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 7 de mayo de 1996) y, c) Sociedad participada en un 100 por 100 por otra, cabecera de un grupo con otras filiales, que recibe la prestación de servicios de los trabajadores del sector administrativo formalmente adscritos a esta (SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 16 de enero de 1996 y 29 de abril de 1997).

¹⁹² SSTS, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987.

¹⁹³ SSTS, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 1978, 6 de mayo de 1981 y 8 de junio de 1988.

¹⁹⁴ SSTCT de 4 de noviembre de 1981 y 9 de julio de 1982, y STS, Sala de lo Social, de 1 de junio de 1978.

¹⁹⁵ SSTCT de 3 de febrero de 1984, 14 de octubre de 1986 y 27 de marzo de 1987.

¹⁹⁶ SSTS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1990, 30 de junio de 1993 y 26 de enero de 1998.

¹⁹⁷ SSTS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 1983, 28 de junio y 17 de julio de 1985, 25 de julio de 1989 y 30 de enero de 1990.

¹⁹⁸ SSTS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1985, 10 de noviembre de 1987, 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993.

¹⁹⁹ STS, Sala de lo Social, de 8 de junio de 1988.

²⁰⁰ SSTS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio y 12 de julio de 1988, y 1 de julio de 1989.

²⁰¹ SSTS, Sala de lo Social, de 30 de enero, 3 y 4 de mayo y 24 de septiembre de 1990, 31 de enero y 22 de marzo de 1991.

4.3. Transmisión de una empresa, integrada en un «grupo de sociedades/empresas», a otra empresa que forma parte del mismo «grupo de sociedades/empresas»

La transmisión de una empresa integrada en un «grupo de sociedades/empresas» a otra empresa que forma parte del mismo «grupo de sociedades/empresas», requiere de una doble consideración inicial. De una parte, que la circulación de los trabajadores dentro del grupo o la prestación indistinta de trabajo para todas o algunas de las sociedades del grupo es lo habitual. De otra parte, que la consideración del «grupo de sociedades/empresas», en sí mismo considerado, como único empleador, debería despejar cualquier duda al respecto, considerándose la prestación del trabajo para una u otra empresa del grupo como una cuestión atinente únicamente al puesto de trabajo y su problemática inherente (movilidad territorial y funcional, jornada, horario, vacaciones, etc.).

Atendiendo a esa doble consideración ¿no es acaso una paradoja que un empresario trasmita una empresa a ese mismo empresario, que no tiene ni constituye un patrimonio separado? Efectivamente, en principio es una paradoja. No obsta a semejante conclusión la circunstancia de que la personalidad del «grupo de sociedades/empresas» no sea plena, que esté en proceso de construcción, por más que manifieste una inusitada fuerza expansiva, y que su creación a efectos laborales constituya una construcción jurisprudencial (como tal severamente condicionada), circunstancias que matizan, pero no destruyen, semejante paradoja.

En la medida en que se mantenga la dicotomía de una doble personalidad simultánea, la de cada una de las sociedades/empresas componentes del grupo y la del grupo, en sí mismo considerado, resulta obligado efectuar una interpretación que haga compatibles ambas personalidades jurídicas, en la medida de lo posible, y, en lo que fuere necesario, operativa la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa».

Como aquella irregular cohabitación de personalidades es en buena medida antitética, la única solución es considerar que la personalidad del «grupo de sociedades/empresas» tiene una proyección básicamente externa, pero que el ámbito interno es más débil que la de las sociedades/empresas que lo componen, que se imponen o superponen, generalmente, a la del «grupo» en sí mismo considerado como único «empleador/empresario-grupo de empresas». Lo que se posibilita por la prevalencia de la perspectiva contractual de la relación laboral, esto es, porque cada trabajador ha concluido su contrato de trabajo, no con el grupo, sino con una, y solo una, de las sociedades/empresas que componen el grupo. Conjunto de circunstancias que, sin embargo, no impiden, si se dan los «elementos adicionales» requeridos para la «transcendencia laboral del grupo» antes aludidos, que el grupo, en sí mismo, sea considerado el empleador/empresario.

4.4. Transmisión de una empresa perteneciente a un «grupo de sociedades/empresas» a una sociedad/empresa ajena a ese «grupo de sociedades/empresas», que puede, a su vez, estar integrada en otro «grupo de sociedades/empresas»

La presencia en el tráfico de empresarios-grupos de sociedades/empresas «enturbia el Derecho» (vigente). Esto es, desde el punto de vista jurídico-laboral el principal problema que plantean los «empre-

sarios-grupos de sociedades/empresas», es el determinar quién es el sujeto que ocupa la posición de «empleador» y consiguientemente debe hacer frente a las obligaciones laborales contraídas con los trabajadores de una empresa del grupo: «la empresa que ha contratado formalmente al trabajador o el grupo de empresas como tal». Efectivamente la circunstancia del que el tráfico jurídico requiera de la personalidad jurídica, determina que cuando aquella es parcial o difusa, como acontece en relación con los «empresarios-grupos de sociedades/empresas», la aplicación de las normas jurídicas se resienta.

La institución laboral «sucesión/transmisión de empresa» se construye sobre la idea de la circulación de la propiedad empresarial individual (bien pertenezca a una persona física o jurídica), admitiéndose con normalidad el condominio en sus diferentes acepciones, pero siempre con preferencia de la comunidad por cuotas (romana) sobre la común (germánica), así como sobreentendiendo un sistema de relaciones industriales basado en el contrato de trabajo, cuya bilateralidad no admite dudas ²⁰², y que constituye, sin que haya sufrido modificaciones sustanciales, un negocio jurídico característico de la etapa que se inicia con la Revolución Industrial ²⁰³.

Cuando emerge el «empresario-grupo de sociedades/empresas» como agente en las transacciones económicas, el marco institucional jurídico en que se apoya la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena, así como la circulación de los bienes, se resiente y resquebraja, llegando a un cierto paroxismo cuando lo que circula y con lo que se trafica es con la empresa, considerada no ya como un bien intangible sino como una agrupación de personas sin referencia a contenido patrimonial material, corriente/no corriente, tangible o intangible, relevante alguno.

Si un «grupo de sociedades/empresas», actuando (p. ej. en una compraventa), por medio de una de las sociedades/empresas miembro del grupo transmite (vendedora) una empresa, un centro de trabajo, o parte de una empresa o de un centro de trabajo, o una unidad productiva autónoma, a otro «grupos de sociedades/empresas», que actúa de la misma manera (esto es, a través, a su vez, de una de las sociedades/empresas que lo componen), en la posición correspondiente al precitado negocio jurídico (compradora), la cuestión sucesoria laboral se complica extraordinariamente.

Efectivamente, reconociéndose que ambos grupos son los empleadores/empresarios, sin embargo resulta que la generalidad de los ordenamientos jurídicos, y desde luego el nuestro, no les reconoce personalidad jurídica relevante a efectos contractuales generales ni, desde luego, laborales en particular. Para poderse concluir el negocio jurídico traslativo de la «empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o

²⁰² Como indica MONTROYA, A., *Derecho y Trabajo*, Madrid, 1997, págs. 22-23, el contrato de trabajo «se nos muestra como un negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (*intuitu personae*) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una retribución».

²⁰³ La STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest, se detiene en analizar la siguiente cuestión: si «los operadores económicos podían albergar una confianza legítima, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en que la aplicación de la Directiva 2001/23/CE esté supeditada a la celebración de un contrato de trabajo con el cedente». Su repuesta constituye un cambio tan notable en esta materia, que (con base en su propia jurisprudencia, SSTJUE de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, asunto 24/86, de 15 de diciembre de 1995, Bosman, asunto C-415/93, de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, asunto C-402/03, de 18 de enero de 2007, Brzeziński, asunto C-313/05, y de 13 de abril de 2010, Bressol y otros, asunto C-73/08), en esa misma sentencia aquel Tribunal se ha visto obligado a justificar su propia competencia.

parte del centro de trabajo, o unidad productiva autónoma», y respecto del efecto sucesorio laboral, se plantea la siguiente cuestión, ¿en qué «ámbito de dirección y organización» están incluidos los trabajadores adscritos a la entidad objeto de transmisión, si los reales y efectivos empresarios que concluyen aquella transmisión (los «grupos») carecen de personalidad jurídica trascendente a efectos laborales?

La respuesta al interrogante que se acaba de plantear, pasa por admitir la licitud de la diferenciación entre «empresario formal» y «empresario efectivo o real», sin que por ello se incurra en «cesión ilegal de trabajadores» o «prestamismo laboral». Naturalmente se deja a salvo la hipótesis de que efectivamente exista «prestamismo» o «cesión ilegal de trabajadores», lo cual es posible, en la medida en que no actúe el grupo como tal, en cuyo caso existe un ilícito laboral con las consecuencias que nuestro ordenamiento previene al caso en el artículo 43 del ET²⁰⁴, supuesto en el que no entramos por ser ajeno al objeto del fenómeno sucesorio laboral.

También pasa la respuesta al precitado interrogante por tratar como supuestos distintos la transmisión de una «empresa, un centro de trabajo, de parte de una empresa o de parte de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma» entre «grupos de sociedades/empresas», por una parte, y entre un «grupo de sociedades/empresas» y un empresario individual, persona física o jurídica, por otra parte.

4.4.1. Empresa cedente o cesionaria no perteneciente a otro «grupo de sociedades/empresas»

Este supuesto es, valga la expresión, «híbrido», pues bien el cedente o bien el cesionario carecerá de personalidad, reconocida explícitamente por el ordenamiento jurídico, en tanto que la contraparte del negocio jurídico gozará de plena personalidad jurídica como empleador/empresario. La problemática se plantea respecto del empleador/empresario, parte en el negocio, que sea «grupo de sociedades/empresas», bien entendido que no operará de la misma manera la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa», si el «empresario-grupo de sociedades/empresas» es el cedente, que si ese empleador/empresario ocupa la posición de cesionario.

Respecto del «empresario-grupo de sociedades/empresas», han de considerarse las cuestiones formales, en el sentido de que, ante la falta de personalidad jurídica del «grupo», tendrá que actuar

²⁰⁴ Según el artículo 43, *Cesión de trabajadores* (según redacción dada por el artículo 12 del RD-L 5/2006, de 9 de junio): «1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan; 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario; 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos; 4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

por el mismo, como cedente o cesionario, una determinada sociedad/empresa integrante de aquel. Pero, ¿podrá ser cualquiera de las sociedades/empresas que lo componen? La respuesta dependerá de que se adopte una noción estricta de contrato de trabajo u otra amplia de relación laboral. De ello se trata en el último epígrafe del presente trabajo, al que nos remitimos, para evitar inútiles repeticiones. En todo caso parece que ha de actuar una determinada sociedad/empresa del «empresario-grupo de sociedades/empresas», al carecer este de personalidad jurídica, y además esa sociedad/empresa actuante ha de ser la titular del bien (empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo, o unidad productiva autónoma) objeto de transmisión.

Efectivamente, la salida o entrada (incorporación) de los trabajadores de la empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo, o unidad productiva autónoma, objeto de cesión respecto de la empresa del empresario, persona individual o jurídica ajena a cualquier grupo, que actúe sea como cedente o sea como cesionario, no presentará un problemática específica alguna que suponga alteración en relación con el supuesto general de «sucesión/transmisión de empresa», por lo que, con las debidas cautelas, procede efectuar la pertinente remisión.

Sin embargo muy diferentes son las consecuencias para los trabajadores afectados por el fenómeno sucesorio laboral, que tengan como empleador/empresario al «grupo de sociedades/empresas», bien que mediando formalmente una de las sociedades/empresas del grupo, supuesto trufado por la cuestión de la «adscripción permanente», debiendo plantearse las dos hipótesis siguientes:

- La primera, que el «grupo de sociedades/empresas» ocupe la posición de cesionario. En ese caso los trabajadores adscritos a la entidad transmitida se incorporarán formalmente a la plantilla de la sociedad/empresa que hubiere intervenido en el acto o negocio del que trae causa la sucesión laboral, bien entendido que siendo el empleador/empresario efectivo, en perspectiva laboral, el «grupo de sociedades/empresas», realmente se incorporarán al «ámbito de dirección y organización de ese «empresario-grupo de sociedades/empresas» que, consiguientemente, podrá en el ejercicio de sus facultades directivas determinar la definitiva ubicación, de cada uno de los trabajadores afectados, en cualquiera de los puestos de trabajo adecuados, existentes en el organigrama de su organización, es decir, en la plantilla de cualquiera de las empresas que compongan el grupo (sin perjuicio, en su caso, del deber de respetar y aplicar las normas pertinentes sobre movilización funcional o geográfica).

La incorporación al ámbito de dirección del «empresario-grupo», se deriva de que no puede reconducirse el efecto sucesorio laboral a mero apéndice de las consecuencias patrimoniales derivadas del negocio traslativo del bien (la empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo o unidad productiva autónoma). Efectivamente reconocida la cualidad de empresario al «grupo», y no limitado el reconocimiento del «grupo a efectos laborales» a una mera cuestión de responsabilidad solidaria de sus miembros, resulta que aun cuando se integre aquel bien en el patrimonio de la empresa miembro del grupo que intervino en la transmisión, las consecuencias jurídico-laborales extravasan esa consecuencia.

- La segunda, que el «grupo de sociedades/empresas» ocupe la posición de cedente. En tal caso, en principio y solo en principio, resultará que serán los trabajadores adscritos y que presten sus servicios permanentemente para la «empresa, el centro de trabajo, parte de la

empresa o del centro de trabajo, o la unidad productiva autónoma» objeto de transmisión, quienes se verán afectados por el fenómeno sucesorio laboral, sin que semejante consecuencia sucesoria afecte a los demás trabajadores del «grupo de sociedades/empresas», ya sea porque estén adscritos a la plantilla de otra empresa del grupo y presten sus servicios a esa u otra empresa del grupo, ya sea porque presten sus servicios indistintamente a diferentes empresas del grupo, incluida la «empresa, el centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo, o la unidad productiva» objeto de transmisión.

No obstante, aquellas consecuencias pueden verse radicalmente alteradas por ser el cedente un «empresario-grupo de sociedades/empresas», y la consecuente disociación entre los efectos patrimoniales derivados del negocio de transmisión del bien (empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del dentro de trabajo, o unidad productiva autónoma) y los efectos sucesorios laborales, de ello se trata en los epígrafes siguientes a los que nos remitimos.

4.4.2. *Empresas, cedente y cesionaria, pertenecientes a diferentes «grupos de sociedades/empresas»*

Cuando tanto el empleador/empresario cedente como el cesionario reales y efectivos, sean «empresarios-grupos de sociedades/empresas», las consideraciones a efectuar acerca de las consecuencias del fenómeno sucesorio laboral aparentemente deberían ser un sumatorio de las respectivas posiciones anteriormente expuestas sobre el «grupo de sociedades/empresa» cedente y/o cesionario, no obstante esas consecuencias sucesorias laborales distan de ser tan claras.

Efectivamente, los resultados derivados del negocio o acto transmisivo para el «grupo de sociedades/empresas» que ocupa la posición de cesionario parece que han de ser las mismas que las referidas, para esa situación, en el epígrafe anterior, por lo que procede efectuar la correspondiente remisión. No obstante para cuando la posición ocupada por el «grupo de sociedades/empresas» sea la de cedente, no pueden aplicarse, sin más, las consideraciones que respecto de esa posición del «grupo de sociedades/empresas» se han efectuado en el epígrafe anterior.

Ciertamente, «hay que tener presente que, al establecer la transmisión automática al cesionario de las obligaciones derivadas de las relaciones laborales en la fecha de la transmisión, (se) impone a dicho cesionario cargas que disminuyen el interés económico de dicha operación»²⁰⁵, se puede inducir al cesionario a destinar a los trabajadores adscritos y que prestan servicios en la «empresa, el centro de trabajo, o la unidad productiva autónoma» objeto de transmisión, a otra «empresa, otro centro de trabajo, u otra unidad productiva autónoma» del «grupo de sociedades/empresas», en uso de las facultades directivas que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al grupo, a través de su sociedad dominante o directora (que, en todo caso, puede dar las pertinentes órdenes o instrucciones a la correspondiente sociedad/empresa, dependiente, subordinada u obligada, del grupo).

En tal caso se plantea la cuestión de si es legítimo el uso, con esas finalidades, de las facultades directivas. La respuesta parece que ha de ser afirmativa, tanto porque el interés del grupo prevalece o se sobrepone al de su elementos (sociedades/empresas), como porque, a la postre, no se defrauda la

²⁰⁵ Destaca el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 50 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

finalidad perseguida por la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa», en la medida en que se respeta la estabilidad en el empleo de los trabajadores, leitmotiv de aquella institución laboral.

No obstante queda siempre pendiente la posibilidad de que con el fin de abaratar costes, bien para lograr el precio o contraprestación demanda por el cesionario bien para mejorar el beneficio resultante de la operación, o simplemente para hacer posible la operación o responder a exigencias del posible cesionario, se haga un uso fraudulento o abusivo de aquellas facultades directivas ateniendo a la estabilidad en el empleo de los trabajadores, para lo cual ha de estarse a una consideración conjunta de todos los elementos de la operación, incluyendo entre estos cualesquiera medidas atinentes a los trabajadores (movilidad, especialmente). Podría en tales casos faltar una base objetiva para eliminar el presupuesto de la «adcripción permanente», convirtiendo en ilícito el uso de aquellas facultades directivas empresariales.

4.5. Supuesto en que los trabajadores que prestan servicios para la empresa transmitida mantengan sus vínculos contractuales laborales (contratos de trabajo) con una empresa del grupo distinta a la que es objeto de transmisión

Singular, por más que frecuente en la práctica, es la transmisión de una «empresa, centro de trabajo, parte de una empresa o de un centro de trabajo, o una unidad productiva autónoma», perteneciente a un determinado «grupo de sociedades/empresas», cuando los trabajadores que están asignados de manera permanente a dicha «empresa, centro de trabajo, parte de una empresa o de un centro de trabajo, o una unidad productiva autónoma» están «empleados legalmente» por otra sociedad/empresa de dicho «grupo de sociedades/empresas».

Esto es, cómo opera, si caso acontece, el fenómeno sucesorio laboral cuando se produce una dislocación jurídica relevante (al menos formalmente) en el seno del «empresario-grupo de sociedades/empresas» (realmente único empresario en toda la extensión del término), consistente en que una de las sociedades/empresas perteneciente al «grupo» ostente la titularidad (formal) de la «empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo, o de la unidad productiva autónoma» objeto de transmisión, y otra sociedad/empresa del grupo sea la titular de los contratos de trabajo (ocupe la posición de empleador/empresario en los contratos de trabajo) respecto de los trabajadores que prestan sus servicios permanentemente en la «empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo, o de la unidad productiva autónoma» objeto de transmisión. En esos casos, y sin ánimo de exhaustividad, se plantean, como principales cuestiones problemáticas, las siguientes:

- a) ¿Es aplicable la institución sucesoria laboral («sucesión/transmisión de empresa»), en caso de transmisión de una empresa perteneciente a un grupo, cuando los trabajadores asignados con carácter permanente a dicha empresa están empleados legalmente por otra sociedad/empresa del grupo?
- b) ¿Puede considerarse igualmente «cedente», en el sentido de la institución sucesoria laboral («sucesión/transmisión de empresa»), la sociedad/empresa del «grupo de sociedades/empresas», titular de la «empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo,

- o de la unidad productiva autónoma» en la que los trabajadores afectos a la entidad objeto de transmisión están destinados de manera permanente, sin que, sin embargo, estén vinculados a la sociedad/empresa titular mediante contratos de trabajo (por lo que se la podría denominar «empresario no contractual»), existiendo dentro de dicho «grupo de sociedades/empresas», otra sociedad/empresa con la que aquellos trabajadores están vinculados mediante contratos de trabajo (a la que se la podría denominar «empresario contractual»)?
- c) ¿La situación en la que los trabajadores pueden ser destinados dentro de un «grupo de sociedades/empresas» a las diferentes empresas que lo componen, es comparable a la de los trabajadores cedidos por «empresas de trabajo temporal»? ¿Afecta el fenómeno sucesorio laboral, consiguiente a la transmisión de la empresa usuaria, a los trabajadores cedidos a la misma por una empresa de trabajo temporal?
- d) ¿Los trabajadores destinados en una empresa del «grupo de sociedades/empresas» pueden considerarse que forman parte de una determinada «entidad económica duradera» (que debe constituir el objeto de la transmisión para ser relevante a los efectos de la «sucesión/transmisión de empresa») siendo así que la única entidad que reúne realmente aquella condición, o es la «empresa», o es el grupo? ¿Pueden considerarse que forman parte o están destinados en un «centro de trabajo, parte de la empresa, o de la unidad productiva autónoma» de la «empresa-grupo» de la que es titular el «empresario-grupo de sociedades/empresas»?

Para responder a semejantes interrogantes ha de partirse de la afirmación de que «cedente es quien, como consecuencia de una transmisión pierde la calidad de empresario», y de la posible coexistencia en un «grupo de sociedades/empresas» de «empresarios-contractuales» y «empresarios no contractuales». Es más, esta última puede considerarse una característica natural, incluso cuasidefinitoria, de un «grupo de sociedades/empresas»²⁰⁶.

La diferencia entre un supuesto ordinario de transmisión de una entidad económica y aquel en que aparezcan como actuantes una «sociedad/empresa no contractual» y una «sociedad/empresa contractual», debe relativizarse. Consiguientemente la coexistencia de ambas entidades es factible plantearla en los siguientes términos: «Dentro de un grupo de sociedades/empresas (...) debería (poder) entenderse, (...) que la sociedad empleadora celebra los contratos de trabajo de los trabajadores del grupo por cuenta de cada una de las sociedades de explotación a las que son adscritos», y que por ello «la circunstancia de que los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos a la sociedad/empresa transferida hayan sido celebrados con otra sociedad del grupo no es incompatible con que los derechos y las obligaciones derivados de dichos contratos sean transmitidos al cesionario»²⁰⁷.

Por consiguiente, admitida la diferenciación pero coexistencia, entre «empresario no contractual» y «empresario contractual», puede concluirse que un «empresario no contractual» pierde, tras la transmisión de la entidad transferida, de la que era titular, su calidad de «empresario no contractual», de tal manera que «no cabe excluir que pueda considerarse cedente». Esto es, nada «impide

²⁰⁶ STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest.

²⁰⁷ Según precisa el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 46 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010, añadiendo que prueba de ello era que «los contratos de trabajo de los trabajadores de la sociedad transferida (habían sido resueltos, en aquel caso) por la sociedad empleadora desde la transmisión».

que el empresario no contractual, al que están destinados trabajadores de modo permanente, pueda también ser considerado cedente»²⁰⁸.

Debe repararse en que si se negase la condición de «cedente» a la «sociedad/empresa no contractual» que efectúa la transmisión de la «empresa, del centro de trabajo, de la parte de la empresa o del centro de trabajo, o de la unidad productiva autónoma», automáticamente disminuirían las cargas vinculadas a la transmisión y transferidas al cesionario, en cuanto que no produciría el efecto sucesorio laboral respecto de los trabajadores destinados permanentemente en esa «empresa, centro de trabajo, parte de la empresa o del centro de trabajo, o unidad productiva autónoma» objeto de transmisión. Consiguientemente «existiría un riesgo real de que los grupos de sociedades/empresas (adoptasen) este modo de organización de sus relaciones laborales con el fin de excluir (la) aplicación en caso de transmisión (de la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa»)»²⁰⁹, con grave daño para la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por la transmisión.

La afirmación de que una «sociedad/empresario no contractual» puede asumir la condición de «cedente», encuentra fundamento suficiente en las siguientes apreciaciones²¹⁰:

- La protección que confiere la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa» a los trabajadores en el supuesto de cambio de sociedad/empresa se refiere a los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existentes en la fecha de la transmisión, en el bien entendido sentido de que la existencia o no de un contrato de trabajo o de una relación laboral debe apreciarse en función del Derecho nacional respectivo.
- El requisito de la existencia de un contrato de trabajo o, alternativamente y, por tanto, de manera equivalente, de una relación laboral en la fecha de la transmisión, para que opere la sucesión laboral, lleva a considerar que en la Directiva 2001/23/CE no se requiere, en todas las circunstancias, la existencia de un vínculo contractual (contrato de trabajo) con el cedente para que los trabajadores puedan tener derecho a la protección que confiere la institución laboral «sucesión/transmisión de empresa». No parece necesario, consiguientemente, que la relación entre el contrato de trabajo y la relación laboral sea una relación de subsidiariedad y, por tanto, en el supuesto de varios empresarios, que sea preciso considerar, y «favorecer», consiguientemente, únicamente al empresario contractual.
- «Un trabajador por cuenta ajena que, en el marco de relaciones entre sociedades pertenecientes al mismo grupo, está empleado legalmente por una sociedad de dicho grupo y adscrito de manera permanente a otra sociedad del mismo (grupo), tiene una relación estable con esta última, comparable en gran medida a la que existiría si hubiera sido contratado directamente por ella»²¹¹. En cuanto que:

²⁰⁸ STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest.

²⁰⁹ Indica el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 50 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

²¹⁰ STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest.

²¹¹ Indica el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 42 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

- «Por un lado, dicho trabajador está integrado en la estructura de la sociedad (empresa) de adscripción y contribuye al ejercicio de su actividad económica»²¹².
- «Por otro, el carácter permanente de su adscripción confiere a la relación laboral con dicha sociedad (empresa) la misma duración que la estipulada en el contrato de trabajo con la sociedad (empresa) empleadora. La sociedad (empresa) de adscripción puede disponer así de un trabajador por tiempo indefinido, al que puede formar en función de sus necesidades. Asimismo, se beneficia de la experiencia adquirida por ese trabajador en el ejercicio de sus funciones a su servicio, en su caso durante toda la vida profesional de este, como podría hacerlo si fuera su empleador legal»²¹³.

Confirma las apreciaciones que anteceden la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando indica que una «sucesión/transmisión de empresa» supone, «en particular, el cambio de la persona jurídica o física que es responsable de la actividad económica de la entidad transferida y que en tal calidad establece, como empresario de los trabajadores de dicha entidad, relaciones laborales con estos, en su caso a pesar de la falta de vínculos contractuales con dichos trabajadores», y que «de ello se desprende que la posición de un empresario contractual que, sin embargo, no es responsable de la actividad económica de la entidad económica transferida, no puede prevalecer sistemáticamente, a fines de determinar la persona del cedente, sobre la posición de un empresario no contractual responsable de dicha actividad»²¹⁴.

Esto es, «si dentro de un grupo de sociedades coexisten dos empresarios, uno que tiene vínculos contractuales con los trabajadores de dicho grupo y otro que tiene vínculos no contractuales con ellos, puede también considerarse «cedente», el empresario responsable de la actividad económica de la entidad transferida, que, en tal calidad, establece relaciones laborales con los trabajadores de dicha entidad, y ello a pesar de la falta de vínculos contractuales con dichos trabajadores»²¹⁵.

Refuerza semejante consideración la circunstancia de que la «pertenencia» del trabajador a la entidad transmitida constituye la circunstancia que le permite beneficiarse de los derechos sucesorios conferidos por la Directiva 2001/23/CE, en cuanto que el único criterio determinante para la transmisión de los derechos y obligaciones de los trabajadores debe consistir en si se transmite o no el servicio al que están asignados y en el marco del cual se concreta, desde el punto de vista organizativo, su relación laboral²¹⁶.

En definitiva, afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹⁷, que en el supuesto de transmisión de una empresa perteneciente a un grupo, a una empresa ajena al grupo, puede considerarse igualmente «cedente» la empresa del grupo a la que los trabajadores están destinados de mane-

²¹² Precisa el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 43 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

²¹³ *Vid.* nota anterior.

²¹⁴ STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest.

²¹⁵ *Vid.* nota anterior.

²¹⁶ Precisa el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 39 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010, siguiendo el criterio expuesto en las SSTJUE de 7 de febrero de 1985, Botzen y otros, asunto 186/8, y de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, asunto C-458/05.

²¹⁷ *Vid.* nota 214.

ra permanente sin que, sin embargo, estuvieran vinculados a esta mediante contratos de trabajo, aunque exista dentro de dicho grupo una empresa con la que los trabajadores de que se trate estén vinculados mediante tales contratos de trabajo.

La relación existente entre la sociedad/empresa no contractual y sus trabajadores «es claramente distinta de la que dicha sociedad/empresa podría tener con un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. En efecto, un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal solo se adscribe a la sociedad usuaria con carácter temporal. No ha sido elegido personalmente por dicha sociedad, sino que ha sido seleccionado por la empresa de trabajo temporal, la cual le ha distinguido entre todos sus trabajadores debido a su aptitud para satisfacer las necesidades manifestadas por la sociedad usuaria en su solicitud»²¹⁸.

Las soluciones aportadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los interrogantes antes abiertos son estimables. No obstante carecen de utilidad para resolver toda la problemática que puede plantearse, con un mínimo de equidad o justicia. Efectivamente son dos, al menos, las cuestiones con transcendencia real y práctica, que con los criterios que se pueden inferir de las soluciones aportadas por aquel Tribunal no se pueden resolver. Concretamente: ¿cómo se mide la «adscripción permanente, en un «grupo de sociedades/empresas»?», ¿por qué los trabajadores de una empresa de trabajo temporal, adscritos (¿permanentemente?) a una entidad objeto de transmisión, no pueden beneficiarse y ser protegidos por los efectos sucesorios laborales, siendo así que la diferencia entre empresario contractual y no contractual es de pertinente aplicación, *pari passu*?

Probablemente el núcleo de aquella insatisfacción radique en que estamos operando con instituciones jurídicas construidas y modeladas, fundamental y esencialmente, sobre y por el sistema económico posindustrial, por no decir que sustancialmente se mantienen en los parámetros económicos propios del siglo XVIII y no del siglo XXI, y el «empresario-grupo de sociedades/empresas» constituye una innovación jurídica lo suficientemente relevante como para hacerlas inoperantes. Como siempre la única solución está en convertir al Derecho una entidad racional estricta (obediente a las leyes de la lógica y la razón).

²¹⁸ Indica el Abogado General, Sr. Yves Bot, en la conclusión 44 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.