

# DESPIDOS COLECTIVOS EN GRUPOS DE EMPRESAS (EMPRESARIOS-GRUPOS 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 crisis financiera y económica mundial está provocando multitud de despidos colectivos, algunos de ellos de dimensiones colosales. La indiscutible, y parece que definitiva, implantación del sistema de economía de mercado globalizado, el protagonismo del «empresario-grupos de empresas» y la generalización del sistema de trabajo por cuenta ajena, asalariado y dependiente, contribuyen a explicar la emergencia de aquel modo de extinción de los contratos de trabajo y las relaciones laborales consiguientes. Por ello ha de replantearse la propia institución del despido colectivo. En todo caso, es urgente interpretar las normas que hoy lo regulan en clave de aquellos fenómenos, y a ello se dedica el presente trabajo.

**Palabras clave:** despidos colectivos, tener la intención de efectuar despidos colectivos, consultas con los representantes de los trabajadores, obligaciones de información y consulta, proceso de consulta, procedimiento de consulta, negociación, acuerdo, readaptación o reconversión de los trabajadores y sociedad matriz y filial.

# COLLECTIVE REDUNDANCIES IN GROUPS OF COMPANIES (BUSINESSMEN-GROUPS OF COMPANIES)

**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:**

**T**HE global economic and financial crisis is causing numerous collective redundancies, some of them of huge dimensions. The indisputable and, apparently, final implementation of a globalised market economy, the relevant position of the «businessmen-groups of companies» and the generalization of the paid and dependant work contribute to explain the urgency to terminate in such way the employment agreements and their derived labour relationships. For that reason, the own collective redundancy institution should be reconsidered. In any case, it is urgent to interpret the existing regulations pursuant to such phenomena and this work is dedicated to such purpose.

**Keywords:** collective redundancies, to have the intention to make collective redundancies, consultations with workers' representatives, information and consultation obligations, consultation process, consultation procedure, negotiation, agreement, redeploying or retraining workers, parent company and subsidiary.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El «grupo de empresas» como protagonista económico y empresario/empleador efectivo o real.
- III. Sobre la noción de «empresario-grupo de empresas».
  1. Concepto general.
  2. Matizaciones laborales.
- IV. En torno al «despido colectivo».
- V. Modificaciones que operan en las causas de despido colectivo, consecuentes con la naturaleza del «empresario-grupo de empresas».
- VI. Consecuencias sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores y la extinción de los contratos de trabajo en los despidos colectivos, derivadas de la adopción de la decisión de despedir por un «empresario-grupo de empresas» (intervención crucial en la decisión, o toma de la misma por la empresa dominante o matriz).
  1. Aspectos generales.
  2. Alteraciones en las finalidades del «periodo de consultas» y en la estructuración del «plan social».
  3. Modulaciones del procedimiento de despido colectivo («expediente de regulación de empleo») y efectos sobre la extinción de los contratos de trabajo.

## I. INTRODUCCIÓN

Los despidos colectivos, cuando se producen en el seno de un grupo de empresas, plantean numerosos interrogantes, que se agravan cuando la adopción de la decisión de despedir se adopta por la sociedad matriz, y se agudizan en tiempos de crisis económica <sup>1</sup>. No se trata de discurrir en torno al despido colectivo en sí mismo considerado, sino en relación a si la adopción de la decisión de despedir por parte de la empresa/sociedad dominante o matriz, aunque naturalmente su ejecución se lleve a efecto por la empresa (empresario/empleador) del grupo en la que los trabajadores prestan sus servicios y con la que han concluido sus contratos de trabajo (con la que mantienen la relación laboral), puede considerarse que constituye un despido colectivo del «empresario-grupo de empresas», y no sólo de aquella empresa del grupo que ha procedido a ejecutar la decisión de la empresa dominante (obediente a un plan de negocio, plan estratégico o a otras circunstancias) de despedir a trabajadores.

<sup>1</sup> En el documento de trabajo de la Comisión, Documento Informativo de la Comisión Europea al Consejo EPSCO, «La crisis del empleo, tendencias, respuestas políticas y acciones clave» [COM(2009) 649 final], apartado 1, titulado, «Tendencias en los mercados de trabajo de la Unión Europea», bajo el epígrafe «Los malos resultados económicos han dado lugar a una contracción del empleo y al desempleo», puede leerse lo siguiente: «A mediados de 2009, el empleo en la UE se había contraído en 4,3 millones (1,9%) en comparación con el año anterior, afectando a casi todos los sectores, aunque con un deterioro particularmente pronunciado en la construcción y la industria. Los resultados del mercado de trabajo empeoraron en todos los Estados miembros, aunque con especial incidencia en los Países Bálticos, Irlanda y España, afectados todos ellos por la crisis del mercado inmobiliario, que llevó a importantes pérdidas de empleo en el sector de la construcción», y en el epígrafe «Las condiciones del mercado de trabajo pueden deteriorarse aún más antes de empezar a mejorar», se dice lo siguiente: «A pesar de las recientes señales económicas alentadoras, el pleno impacto de la crisis económica en los mercados laborales está aún por llegar, al menos en parte. Si bien los mercados de trabajo han demostrado ser, en general, bastante resistentes, se espera que la UE pierda todavía unos 7,5 millones de puestos de trabajo entre 2009 y 2010, situándose la tasa de desempleo en el 10,3% de aquí a 2010, lo que representa un aumento de tres puntos porcentuales en comparación con 2008. La experiencia histórica muestra que el empleo reacciona con cierto retraso a la coyuntura económica, y la mayoría de los pronósticos apuntan que, si bien la recuperación ya es perceptible, el crecimiento económico seguirá siendo moderado durante varios años. La principal reacción a la brusca disminución de la actividad económica durante el otoño del año pasado no empezó a dejarse sentir hasta 2009, y cabe esperar que las condiciones del mercado de trabajo sigan empeorando durante algún tiempo, incluso después de la reactivación del crecimiento económico. Los indicadores señalan una retención de la mano de obra, dado que la mayoría de los ajustes realizados hasta la fecha parecen haberse traducido en un descenso de la productividad más que en una pérdida de empleo. Otro mecanismo de ajuste frente al hundimiento de la demanda y la recesión económica ha consistido en concesiones salariales a cambio de estabilidad laboral», (...) «el descenso de la producción combinado con la retención de mano de obra ha llevado a un aumento significativo de los costes laborales unitarios. A menos que la productividad laboral recupere un nivel más normal, se reduzcan los costes laborales unitarios y mejore la competitividad de los precios de las empresas, se corre el riesgo de que la retención de mano de obra se relaje, lo que provocaría un empeoramiento de la tasa de desempleo, salvo que se produzca un claro repunte de la actividad económica».

La primera cuestión que se plantea, de indudable calado y enjundia, es sustancial y teórica, y trata de la definición y delimitación del «empresario-grupo de empresas» y de su personificación jurídica. Para ello ha de tomarse en consideración la importante doctrina existente en torno a los empresarios denominados, en feliz expresión, polisocietarios (cuando de grupos de sociedades se trata) o, lo que es lo mismo, ha de determinarse quién es el empresario, si el grupo considerado en su conjunto o si tal consideración debe reservarse únicamente para cada uno de sus miembros, considerados aisladamente.

En segundo lugar, ha de considerarse en qué medida la decisión de realizar el despido colectivo por un «empresario-grupo de empresas» afecta al procedimiento de despido colectivo («expediente de regulación de empleo»). Aspecto eminentemente práctico, en el que sobresalen las cuestiones referentes a quiénes han de ser parte o interlocutores en aquel procedimiento, tanto por parte del «empresario-grupo de empresas» como de los trabajadores (representantes de los trabajadores), a la eventual interferencia de la presencia de aquel empresario en las causas de despido colectivo, a la posible alteración de la finalidad perseguida con las obligadas «consultas» (con la sobresaliente cuestión de en qué momento debe el «empresario-grupo de empresas», si que es que está obligado a ello, iniciar el periodo de consultas o negociación), a la configuración y articulación sistemática de las medidas tendentes a evitar o minimizar las consecuencias desfavorables para los trabajadores (plan social), a la tramitación misma del procedimiento, y a quién y en qué momento puede proceder a extinguir los contratos de trabajo vigentes.

Parece que, de entre todas aquellas cuestiones, ha de otorgarse preferencia y prioridad a la búsqueda de una noción de «empresario-grupo de empresas», indagándose acerca de si es posible lograr, obtener o alcanzar un concepto de «empresario-grupo de empresas» de validez general y operativo para el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, habrá de adoptarse una definición específica en cada uno de los diferentes sectores o ramas que lo comprenden, en cuyo caso ha de precisarse cuál ha de ser la propia del ámbito de las relaciones laborales. También habrá de considerarse la posibilidad de una solución intermedia, que no ecléctica, consistente en la determinación de una noción fundamental o básica de «empresario-grupo de empresas», útil a todo el ordenamiento jurídico, a la que se añadirían peculiaridades o singularidades en función del sector del ordenamiento jurídico en que se estuviese operando.

Ciertamente, la tarea de buscar semejante noción es ardua y requiere de un cierto entretenimiento pues, como tantas veces ocurre, el ordenamiento jurídico no ofrece una definición o concepto de «empresario-grupo de empresas», en parte por la escasa racionalidad del derecho positivo, y en parte porque las cuestiones que mediante las normas enmarcadas en uno y otro sector del ordenamiento pretenden abordarse y resolverse son diferentes y los intereses a los que responden, tanto económicos como políticos, distintos, cuando no contrarios. No obstante lo cual ha de insistirse en ello.

Efectivamente, el logro de semejante empeño constituye una exigencia ineludible, si se quiere abordar el segundo conjunto de cuestiones cuya solución da, a su vez, sentido y utilidad a semejante indagación. Esto es, descubrir al «empresario-grupo de empresas» no es simplemente revelar, «desvelar» o «levantar el velo» del empresario aparente o formal, sino que es algo más, con singular influencia en los despidos colectivos, permitiendo otear una nueva realidad socioeconómica y, con

ella, la necesidad de nuevos principios y normas morales, así como, consecuentemente, nuevas instituciones y normas jurídicas.

## II. EL «GRUPO DE EMPRESAS» COMO PROTAGONISTA ECONÓMICO Y EMPRESARIO/EMPLEADOR EFECTIVO O REAL

Las empresas refieren un mercado, un sistema de mercado <sup>2</sup>, que en los momentos actuales puede definirse como sistema de economía de mercado <sup>3</sup>, cuya vigencia es incontestable y tiene ya carácter global o universal, especialmente en el ámbito financiero <sup>4</sup>. Con la desaparición del principal

<sup>2</sup> Indican McNEILL, J.R. y McNEILL, W.H., *Las redes humanas. Una historia global del mundo*, Crítica, S.L., Barcelona 2004, págs. 134-135, que «los monasterios budistas dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas, y, en medida no menor, del comportamiento del mercado. Después de todo, los monasterios eran empresas económicas además de religiosas. También en la antigua Sumer, la aparición de un culto apropiadamente espléndido requería artículos raros y preciosos, lo cual dio oportunidades nuevas a quienes se dedicaban al comercio con lugares lejanos».

<sup>3</sup> Indica GALBRAITH, J.K., *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Crítica, S.L., Barcelona, 2004, pág. 14, lo siguiente: «Siempre he topado con un error popular. Lo que predomina en la vida real no es la realidad, sino la moda del momento y el interés pecuniario. La confusión es tan irresistible que, (...), incluso ha afectado a la forma en que comúnmente se describe el sistema vigente. Cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre (sistema de economía de mercado) resultó satisfactorio, pero carecía de significado», y más adelante, págs. 17-21, que «el sistema económico común a los países económicamente avanzados del mundo y, con ciertos matices, a todos los demás (...) convierte en máximas autoridades económicas a quienes controlan las plantas y equipos industriales, la tierra y los recursos financieros más relevantes. 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». Precizando sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-21, 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. MARX y ENGELS, en algunos de los textos más influyentes de la historia, plantearon las posibilidades y promesas (...). 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 este contexto la revolución no era algo imposible ni inverosímil. En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas. (...). A finales del siglo XIX, no eran sólo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general (...). 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». Terminando por afirmar, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado, (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente»; «Estoy convencido de que el sistema de economía de mercado es, como cualquier otra organización humana, intrínsecamente defectuosos», afirma SOROS, G., *La crisis del capitalismo global*, Editorial Debate, Barcelona 1999, pág. 61.

<sup>4</sup> Según PRIETO PÉREZ, E., *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, págs. 12-13, «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 estaba 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, éstas sumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e impone sus puntos de vista y valores».

sistema económico planificado (la economía de la URSS, «revolución comunista en un solo país») y la entrada de la otra gran economía dirigida, la de la República Popular China, en el sistema de economía de mercado, se ha propiciado la vigencia universal del sistema de economía de mercado, quedando como meramente testimoniales algunos sistemas comunistas<sup>5</sup>.

Ciertamente, los grandes protagonistas en las economías modernas han venido siendo organizaciones dotadas generalmente de personalidad jurídica<sup>6</sup> para poder intervenir con fluidez en el tráfico económico. Efectivamente, «la organización es 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»<sup>7</sup>.

Las grandes corporaciones o sociedades mercantiles en las economías de mercado han sido los agentes económicos por excelencia en las economías industriales; por ello «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 sólo 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 sólo en la medida en que opere en un sector secundario de una economía que está dominada por las grandes sociedades anónimas»<sup>8</sup>.

El protagonismo de las organizaciones en el terreno económico se explica por el advenimiento del capitalismo (estructuración de la mayor parte de la actividad económica mediante empresas privadas que operan en un mercado libre), resultado de una extraordinaria y excepcional confluencia de factores. A saber, en el terreno ideológico del liberalismo económico, en el ámbito político de la Guerra Civil inglesa del XVII y del triunfo de las revoluciones burguesas del XIX, la norteamericana en 1787 y la francesa en 1789<sup>9</sup> frente al Antiguo Régimen, en el científico y tecnológico de los avances procurados por la Revolución Industrial<sup>10</sup>, y en el de la teoría económica del nacimiento de

<sup>5</sup> Cuba y Corea del Norte.

<sup>6</sup> Extremo en el que me remito al epígrafe 2.3 de este trabajo, titulado «Excurso acerca de la "personalidad" jurídica del "empresario-grupo de empresas"».

<sup>7</sup> GALBRAITH, J.K., *Historia de la Economía*, Ariel, (5.ª edición) Barcelona 1991, pág. 315

<sup>8</sup> GALBRAITH, J.K., *op. cit. (Historia de la Economía)*, pág. 315

<sup>9</sup> *Vid.* CRUZ PARCERO, J.A., *El lenguaje en los Derechos*, Editorial Trotta, Madrid 2007, págs. 154-157.

<sup>10</sup> Cualquier referencia a la Revolución Industrial requiere una siquiera simple alusión al mercantilismo como etapa inmediatamente antecedente y de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del Medioevo. Época que se caracteriza por la manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia (que provocan la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos), la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria (oro y plata), que es también la de los «mercaderes aventureros», las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), las primeras «compañías» (Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Còde Michaud, las Ordenanzas de Bilbao, etc.) y las grandes «compañías de indias» (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de la Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.). Estas últimas, antecedentes de las sociedades anónimas, permiten la acumulación de grandes masas de capital, mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente (incluso por expediciones), con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado. La expresión «Revolución Industrial» se utiliza, ordina-

la escuela clásica con Adam Smith (justamente denominado el «apóstol del liberalismo económico» y «padre de la economía moderna»<sup>11</sup>). Sin que las reacciones frente a los excesos derivados de su implantación, representadas por las ideologías socialistas, anarquistas y comunistas supusieran retraso o impedimento alguno al liderazgo de la gran organización empresarial (sociedad anónima) en las economías industriales.

riamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. La aparición del proletariado industrial y urbano se vincula directamente a la aparición del *factory system*. La Revolución Industrial determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas por los mercaderes para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia, se comenzaron a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido. El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (las realizadas por WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH («Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones») y K. MARX («El Capital»), y con F. ENGELS el «Manifiesto Comunista», que surgen en aquel proceso, son los economistas más célebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de la economía y de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el socialismo/comunismo. Las empresas en esta etapa se van a caracterizar por su notable dimensión, comparada con las unidades de producción de épocas anteriores, y por la introducción de la división del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permiten la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización del trabajador en cada una de las tareas que lo componen. La manufactura se especializa y la factoría florece. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se logra mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas (formidable invento sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo). La creación y destrucción de empleo son consecuencias antagónicas, pero asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana, en las épocas posteriores (con el desarrollo, ya en época relativamente reciente, de los sistemas de Seguridad Social y demás mecanismos de protección social propios de la sociedad del bienestar, los inconvenientes derivados de la destrucción del empleo desaparecen o se minimizan). En ese momento histórico la desaparición de las formas tradicionales de trabajo, las migraciones a las ciudades, la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico van a determinar la existencia de grandes excedentes de mano de obra. Las masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y en Escocia sufren, al comienzo de la Revolución Industrial, las consecuencias más adversas del proceso de desarrollo económico extraordinario que entonces se inicia (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc., y, en fin, brevedad de una sufrida existencia). Los trabajadores se encuentran en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, y en un medio tan dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecen de capacidad de reacción contra aquellas insostenibles condiciones de trabajo y existencia. En España aquellas terribles consecuencias sociales se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX. Las consecuencias sociales de la Revolución Industrial producen inmediatas reacciones tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera, entre las que cabe destacar la temprana obra de SISMONDI J.-Ch. L., que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, así como la pretensión de mitigar aquellos perversos efectos mediante realizaciones filantrópicas, ejemplarizadas en el complejo fabril y residencial de New Lanark. Las críticas sistemáticas a las trágicas consecuencias que para una parte importante de la población supusieron la Revolución Industrial y el liberalismo económico derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas (C.H. SINT-SIMON, Ch. FOURIER, R. OWEN, L. BLANC, P. PROUDHON, F. LASSALLE, L. FUERBACH, el «cartismo» inglés, y, especialmente, K. MARX). La reacción contundente ante tan terrible situación de los obreros se ejemplifica en la revolución francesa de 1848 y en la Comuna de París de 1871.

<sup>11</sup> Cuyas ideas clave consistieron en «afirmar que todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que, mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria, ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio, (y que) no es necesaria una fuerza externa, la coerción o la violación de la libertad para conseguir la cooperación entre individuos que se pueden beneficiar de ésta», indican MILTON y ROSE FRIEDMAN, *La libertad de elegir*, Ediciones Grijalbo, S. A., Barcelona 1980, pág. 16.

El absoluto predominio de las grandes organizaciones empresariales como agentes económicos, dotadas expresamente por las legislaciones nacionales de personalidad jurídica, no hizo sino incrementar la eficiencia en las transacciones económicas. Protagonismo económico radical de las grandes corporaciones y sociedades mercantiles en aquellos sistemas capitalistas o economías de libre mercado, cuya implantación general (trasunto de los sistemas democráticos occidentales) conllevó la omnipresencia de la sociedad anónima (que de constituir un tipo especial de sociedad mercantil pasó a constituirse en prototipo de la organización moderna) y de los grupos de empresas/sociedades.

La globalización o mundialización de la economía <sup>12</sup> y el predominio de la perspectiva financiera han producido efectos aparentemente muy diferentes pero, en realidad, complementarios (en cuanto que ambos están asociados a la minoración de los riesgos y el incremento de la eficiencia económica), que van a culminar el protagonismo de los «empresarios-grupos de empresas» en la vida social y económica. Efectivamente, por una parte y desde la perspectiva financiera, la constitución de «grupos» de empresa se va a ver potenciada por la irrupción irrestricta en el mundo empresarial de las sociedades capitalistas unipersonales <sup>13</sup>, lo que supone la personificación jurídica de la organización empresarial a despecho de cualquier fenómeno asociativo. Por otra parte, la presencia en la actividad económica de los «empresarios-grupos de empresas» se incrementa exponencialmente con aquella globalización o mundialización de la economía (tan denostada por unos y alabada por otros) y la crisis del Estado, conllevando la operatividad y dominio en el tráfico económico de las estructuras organizativas complejas (cuya manifestación más cumplida son los grandes «conglomerados financieros»).

Aquellas grandes organizaciones empresariales (el «empresario-grupo de empresas», grupo polisocietario/pluriempresarial), que 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 importante problemática (inseguridad) jurídica que, a la postre, acaba provocando ineficiencias en el(los) sistema(s) económico(s) global y nacional(es). Cuestiones todas ellas, curiosa y contradictoriamente trasladadas al ámbito interno de los estados por la emergencia de unos nacionalismos xenófobos, virulentos y radicales (lo que se podría denominar «deriva o deslizamiento obtuso de los sistemas autonómicos, regionales y federales»).

Problemática internacional que se pretende solventar racionalmente (pero no la interna o estatal, cuyos componentes irracionales o «tribales» la hacen irreductible) mediante el recurso a convenios o tratados internacionales, a una emergente nueva *lex mercatoria* internacional y a un

<sup>12</sup> «El paradigma de lo «global» ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, con distintas acepciones», indica LÓPEZ CACHERO, M, *Respuesta al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores del Doctor don Eugenio Prieto Pérez*, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, pág. 59; La transcendencia de la Globalización es tal que la Unión Europea ha aprobado el Reglamento (CE) 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), *Vid.* Propuesta de Decisión del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, COM(2009) 602 final.

<sup>13</sup> Definitiva implantación de las sociedades capitalistas unipersonales en nuestro ordenamiento jurídico mediante 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, el artículo 311 del TRLSA y los artículos 125 a 129 de la LSRL.

denominado «derecho indicativo» (*soft law*), que están conformando un nuevo orden jurídico mercantil y laboral general en el que se impone el protagonismo, con el consiguiente reconocimiento jurídico (personalidad), de los «empresarios-grupos de empresas».

Semejante tendencia unificadora de la legislación no llega sin embargo con la misma intensidad a todos los campos, resultando señaladamente insuficiente en el laboral <sup>14</sup>, en el que las estructuras empresariales complejas acuden a deslocalizaciones y a otros medios para reducir costes salariales y sociales, precisamente al amparo o so capa de la diversidad de sistemas jurídico-laborales estatales existentes. Así trasladan sus centros productivos a otros países donde, además de los salarios, los otros costes (gastos) asociados a la prestación del trabajo dependiente, tanto directos (seguros sociales, prevención de riesgos laborales) como indirectos (responsabilidad civil del empresario) son menores. Incluso en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales (ámbito unificado de soberanía estatal), el «empresario-grupo de empresas», y más en general los grupos empresariales, procuran esa limitación de los gastos y costes mediante la dispersión de la personalidad jurídica, que se atribuye de manera diferenciada a los diversos componentes del grupo, pero generalmente no al grupo unitariamente considerado o «empresario-grupo de empresas».

### III. SOBRE LA NOCIÓN DE «EMPRESARIO-GRUPO DE EMPRESAS»

La noción de «empresario-grupo de empresas» es difusa. La razón está en que los términos de la expresión, en sí mismo considerados, son polisémicos. Especialmente el término «empresa», que se emplea en diferentes ámbitos de la realidad y del conocimiento, siendo utilizado con especial intensidad en el de las relaciones económicas y las investigaciones en materia económica, así como en el ámbito de las relaciones sociales con efectos obligatorios (relaciones jurídicas) y de la jurisprudencia o de los estudios jurídicos, y no siempre se le da el mismo alcance y contenido.

Semejante circunstancia obliga a buscar un concepto de «empresario-grupo de empresas» operativo y útil en el ámbito del derecho económico <sup>15</sup> y del derecho social <sup>16</sup>, conjuntos de normas jurídicas que se ocupan de la ordenación del sistema económico y de las transacciones económicas, fundamentalmente jurídico-privadas, y que disciplinan o regulan las relaciones (obligatorias) de quienes en ellas intervienen. Efectivamente, siendo incuestionable el predominio universal del sistema de economía de mercado para alcanzar una noción jurídicamente relevante de «empresario-grupo de empresas», ha de indagarse en los conjuntos de normas que se ocupan de los agentes económicos y de su actuación y relaciones en aquel sistema de (economía de) mercado (el derecho mercantil y el derecho del trabajo).

<sup>14</sup> 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, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2004.

<sup>15</sup> *Vid.* SACRISTÁN REPRESA, M., «Derecho Económico y Derecho Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. I, Universidad de Valladolid-Caja Duero, Valladolid 1998, págs. 65 y ss.

<sup>16</sup> *Vid.* MONTOYA MELGAR, A., «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea», en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Thonsom-Civitas, Madrid 2003, págs. 13 y ss.

## 1. Concepto general.

El «empresario-grupo de empresas» no es sino una manifestación más del complejo fenómeno de las combinaciones de negocios y negocios conjuntos, o concentraciones económicas <sup>17</sup>, pudiéndose distinguir:

- 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.
- 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 empresas» se integran en esta segunda fórmula de concentración, que parece hoy predominante por los límites financieros, administrativos y legales que afectan a las concentraciones primarias. «El fenómeno de los grupos de (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» <sup>18</sup>. Se caracteriza el «grupo de empresas»/«empresario-grupo de empresas» por la existencia de una pluralidad de entidades empresariales que cumplen los requisitos siguientes <sup>19</sup>:

- Independencia jurídica.
- Unidad de dirección económica.

Con precisión, se indican como notas definitorias del grupo: a) «Un elemento subjetivo, entendido como una pluralidad de empresarios, individuales o sociales independientes»; b) «Un elemento

<sup>17</sup> Precisa la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2001, lo siguiente: «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: civil, mercantil, laboral, tributario, etc. Esto evidencia, una vez más, que el derecho siempre actúa a remolque de la realidad social, que suele desbordarle en imaginación y plasticidad, por lo que un gran número de instituciones jurídicas preexisten a su regulación, que, en gran parte, ha de limitarse a respetar su configuración y tratar de delimitar y encauzar las relaciones en ella surgidas. No otra cosa ha ocurrido con los denominados grupos de empresas que revisten modos sumamente complejos y variados, a causa de la riqueza de motivaciones de la vida real, tales como la necesidad de fortalecer la implantación en el mercado, introducirse en él *ex novo*, juntar esfuerzos o experiencias o conocimientos de todo tipo en un quehacer común más o menos amplio y más o menos dilatado en el tiempo, uniformar producciones con la rebaja consiguiente de gastos e infraestructuras o, con la intención de cubrir una serie de necesidades u obligaciones, incluso legales, que una determinada empresa tiene».

<sup>18</sup> 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, McGraw-Hill, Madrid 2002, pág. 5303.

<sup>19</sup> *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.* págs. 5306-5307.

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 del grupo»<sup>20</sup>.

La tipología de la «empresa de grupo»/«empresario-grupo de empresas» puede reconducirse al grupo paritario o por coordinación, y al grupo jerárquico o por subordinación; en el primero de ellos ninguna sociedad está dominada por otra, por lo que el ejercicio de la dirección unitaria ha de establecerse en los propios pactos, acuerdos, o documento contractual de constitución del grupo; no así en el segundo, donde se da una relación de dominio o control jerárquico. Cuando semejante circunstancia (dirección unitaria) no concurre con suficiencia, no puede hablarse de un «empresario-grupo de empresas».

El ejercicio de la dirección unitaria no puede ser determinado en exclusiva por una sociedad dominante, y sí «el resultado del acuerdo libre de las sociedades que deciden agruparse»<sup>21</sup>, pero generalmente aquella dirección unitaria se establece jerárquicamente<sup>22</sup>, siendo en otro caso su articulación difícil. Por ello, para cuando efectivamente concorra esa dirección unitaria, tanto si el «empresario-grupo de empresas» se ha constituido por coordinación como si lo ha hecho por subordinación, ha de atenderse, en cada caso *pari passu* y cambiando lo que deba ser cambiado, a las consideraciones, que en adelante se harán en torno a sociedad dominante y dominada o que ejerce el control y controlada, efectuadas fundamentalmente desde la perspectiva del grupo constituido jerárquicamente.

El requisito de la independencia, al que antes se aludió, se pone nítidamente de manifiesto por la jurisprudencia cuando se indica que «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son»<sup>23</sup>. Al segundo de los precitados requisitos (unidad de dirección económica) es al que se considera, por la jurisprudencia, determinante de la existencia del grupo empresarial. Esto es, «la dirección unitaria de varias entidades empresariales (...) será determinante de la existencia del grupo empresarial»<sup>24</sup>. Pudiéndose afirmar que, en torno al grupo de empresas/sociedades, «existe, en términos generales, cierta unanimidad al sostener 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 «grupos de empresas»/«empresarios-grupos de 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

<sup>20</sup> 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, McGraw-Hill, Madrid 2002, pág. 5363.

<sup>21</sup> 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, McGraw-Hill, Madrid 2002, pág. 5329-5330.

<sup>22</sup> En relación a los grupos de sociedades, indican SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 763, que «ofrece espacial (...) el fenómeno de los grupos de sociedades basados en un principio de subordinación, hallándonos en este supuesto cuando un conjunto de sociedades se vinculan entre sí y se someten a una dirección única llevada por una de ellas, que se denomina sociedad dominante o matriz, respecto de las otras sociedades del grupo (llamadas dominadas o filiales)».

<sup>23</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

<sup>24</sup> STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2001.

múltiples sujetos de derecho, independientes entre sí desde una perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo la citada dirección unitaria»<sup>25</sup>.

Tanto la forma en que se lleve a cabo la concentración, como la naturaleza jurídica de los intervinientes en la misma son indiferentes, a los efectos de constituir un «empresario-grupo de empresas», siempre que se den los requisitos ya referidos para la definición y delimitación del mismo. Bien que, de entre la pluralidad de entidades empresariales existentes (atendiendo a su naturaleza jurídica), las sociedades mercantiles, por constituir los más típicos empresarios, son especialmente proclives a reunirse o agruparse, constituyendo los «empresarios-grupos de empresas» característicos.

Debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que determinadas estructuras empresariales complejas, aun cuando conforman auténticos grupos empresariales, no son propicias para devenir en «empresarios-grupos de empresas»; muy al contrario, se regulan normativamente y se proyectan precisamente para excluir la personificación o trascendencia jurídica del grupo. Así sucede en los siguientes supuestos:

- a) Las agrupaciones de interés económico (nacionales o europeas). Al tratarse de asociaciones que tienen un régimen de responsabilidad propio de las sociedades personalistas, no siendo ninguno de los empresarios asociados, en ningún caso, responsable de las deudas de los demás frente a los trabajadores dependientes de cada uno de ellos.
- b) Los *trust*, instituciones características y propias de los sistemas jurídicos anglosajones o de *common law*, que se adecuan a la noción misma de agrupación al constituir una noción abstracta, polisémica y plurifuncional.
- c) Las denominadas «empresas multinacionales», cuando éstas no estén compuestas por empresas dependientes (filiales), asociadas y multigrupo de diferentes nacionalidades, sino que operen a través de sucursales o establecimientos en distintos países, o simplemente realicen directamente su actividad en diferentes estados.

Existen además otras formas de concentración económica que no determinan un «empresario-grupo de empresas», o lo configuran a limitados efectos. Es el caso de los consorcios de empresas o de específicos y limitados acuerdos contractuales entre empresas, incluyendo «acuerdos entre caballeros» o *gentlemen's agreements*. Las *joint ventures*, que incluyen toda una serie de acuerdos dirigidos al acometimiento de actividades conjuntas por diferentes empresas y pueden originar el nacimiento de un grupo empresarial con trascendencia laboral, pero que en principio no lo constituyen, ni siquiera cuando aparecen las filiales comunes (*incorporated joint ventures*).

Al contrario de lo que sucede en los supuestos que se acaban de relacionar cuando nos referimos a un «empresario-grupo de empresas», resulta que «nos encontramos con el hecho de que junto a la independencia que mantienen las sociedades del grupo se produce, al mismo tiempo, la pérdida

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A, *op. cit.*, pág. 5362.

de su autonomía económica, que origina que lleven una administración que obedece a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad que lo forma, constituyendo una unidad bajo una dirección unitaria»<sup>26</sup>. No obstante, ni los grupos empresariales en general, ni los grupos de sociedades en particular, ni los «empresarios-grupos de empresas» cuentan en nuestro ordenamiento con una regulación jurídica sistemática que establezca un concepto general, no reconociéndoseles, consecuentemente, personalidad jurídica, bien que en ocasiones se regulen exclusivamente a ciertos y determinados efectos, atribuyéndoseles una limitada personificación jurídica<sup>27</sup>.

Se afirma que hace falta «construir» la «figura del grupo, en el sentido menos dogmático de la palabra, dada su diversidad morfológica y estructural, y así perfilar equilibradamente su régimen jurídico (...). 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»<sup>28</sup>.

Aquella carencia de regulación general y sistemática ha sido denunciada reiteradamente por la doctrina, y sus perniciosas consecuencias se han puesto de manifiesto (especialmente en relación con los grupos de sociedades), indicándose que «la existencia de los grupos sin una normativa adecuada hace que la regulación del derecho de sociedades, partiendo de la presunción de que cada sociedad es un ente independiente, que opera de forma autónoma y en defensa de sus propios intereses, ofrezca soluciones injustas respecto a las cuestiones esenciales que plantea esa existencia y regulación»<sup>29</sup>.

Para colmar semejante laguna regulatoria, y sus indeseables consecuencias, la jurisprudencia dificultosamente se ha ido abriendo camino, mediante el recurso a diferentes técnicas<sup>30</sup>, sobre la base

<sup>26</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, pág. 293; *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *op. cit.*, págs. 763 y ss.

<sup>27</sup> Precisan SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *op. cit.*, pág. 763, que «falta (...) una regulación adecuada, por otro lado difícil de articular, de los grupos de sociedades que sólo se han disciplinado parcialmente. Esta regulación es necesaria en cuanto se produce una contradicción manifiesta dentro del derecho de sociedades, entre el régimen tradicional de los tipos mercantiles y el fenómeno de los grupos de sociedades. En efecto, la esencia de éstos es la existencia de una pluralidad de sociedades que mantienen su propia personalidad formal, pero que están sometidas a una dirección única, mientras que el régimen tradicional del derecho de sociedades parte del principio de que cada sociedad tiene un poder de dirección autónomo».

<sup>28</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *op. cit.*, págs. 5325-5326.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, pág. 297; *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *op. cit.*, págs. 763-764.

<sup>30</sup> Indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2001, que «habitualmente, la doctrina más destacada en el estudio de estos fenómenos empresariales dibuja una triple modalidad de agrupaciones de empresas: 1. Contractual, en la que un acuerdo o convenio aglutina y une de algún modo a dos o más sociedades, sea en forma horizontal (suma de empresas concurrentes en la misma fase y sector productivos), sea en forma vertical (suma de empresas interesadas en fases consecutivas del proceso productivo o de servicio, provocando una concatenación ordenada de actuación), sea en forma complementaria (en la que las empresas que se unen no pertenecen al mismo sector productivo o de servicios, mas una de ellas lo presta a otra en tanto a esta última le interesa). 2. Vinculación financiera, en cuyo caso el enlace o unión entre empresas se da mediante la participación más o menos grande de unas en los capitales de las otras. 3. Enlazamiento de carácter personal, lo que se lleva a cabo mediante el nombramiento de administradores comunes. Otra interesante

de argumentos de equidad. Sólo pueden encontrarse actuaciones legislativas en algunos ordenamientos jurídicos tendentes a la regulación del «empresario-grupo de empresas», pudiendo al efecto distinguirse los dos modelos básicos siguientes:

- Regulación parcial.
- Regulación global o general.

Mediante el primer modelo se pretenden disciplinar problemáticas concretas acudiendo a los institutos jurídicos clásicos del derecho de sociedades (abuso de la mayoría, los principios cardinales del interés social y la autonomía patrimonial, doctrina general de la solidaridad mercantil, etc.) o de derecho privado general («levantamiento del velo», «empresario oculto», «socio tirano», *agency*, etc.).

Por las evidentes ventajas de todo orden que impone el modelo de regulación global o general frente al de regulación parcial, aquél ha sido generalmente adoptado, y todos los supuestos, habiéndose orientado en una doble coordenada:

- Primera coordenada, consiste 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»<sup>31</sup>.
- Segunda coordenada, que «actúa como contrapeso de la anterior»<sup>32</sup>, y orienta 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 situación de dependencia intersocietaria»<sup>33</sup>.

Con el recurso a este modelo se intenta establecer una regulación jurídica, acorde con los valores subyacentes en el ordenamiento jurídico, para cualquier fenómeno novedoso, partiendo del

---

modalidad son los *holdings*, que configuran una unión mucho más firme, pues entrelazan a las sociedades haciéndolas participes en sus respectivos capitales o provocando que una de ellas, la dominante, penetre el capital de la filial, adquiriendo así un cierto grado de dominio sobre ella y conllevando todo ello, en definitiva una dirección unitaria, pudiendo llegarse a una situación de autonomía más aparente que real. En ocasiones, esa relación empresa-dominada se logra atrayendo la primera el todo, o la gran parte del capital de la segunda; es la dominante la que, incluso, toma la iniciativa creadora y hace nacer a la dominada, reservándose el total o la mayor parte de su capital. En nuestro derecho positivo encuentra plena legitimidad dentro de la propia Constitución, cuyo artículo 38 establece que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación». Este precepto, que supone la aceptación al máximo nivel jerárquico normativo, del sistema económico de la libertad de mercado, encuentra relativos precedentes en el artículo 131 de nuestra Constitución de 1812, artículo 25 de la Constitución de 1869 y artículo 33 de la Constitución de 1931 y en el artículo 41 de la Constitución de la República Italiana de 1947».

<sup>31</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Os grupos de Sociedades*, Almedina, 2.ª edición, Coimbra 2002, pág. 169.

<sup>32</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, pág. 169.

<sup>33</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, pág. 170.

reconocimiento jurídico de la constitución y organización del grupo. En este modelo pueden diferenciarse, a su vez, dos submodelos, el «contractual o alemán», y el «orgánico o de derecho comunitario».

La regulación jurídica de los grupos societarios ha implicado «un progreso indudable dentro del derecho de sociedades»<sup>34</sup>, constituyéndose en un paradigma cuya «exportación» a los grupos empresariales en general es procedente («grupos de empresa, sociedades o grupos empresariales»<sup>35</sup>). Punto en el que ha de repararse en que la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles<sup>36</sup> (PCSM), no nato, 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».

Aquella definición (supuesto si no insólito, si infrecuente en una norma jurídica) obedecía, según se ha destacado, a que «el primer problema que se ha de afrontar es el de (su) delimitación (...), con referencia al poder de dirección unitaria, como supuesto de hecho al que se ha de aplicar el derecho especial de grupos de sociedades»<sup>37</sup>. Consecuentemente, era preciso en aquella propuesta normativa hacer una referencia a los casos en los que se consideraba que, «por existir ese poder de dirección unitaria sobre varias sociedades, nos (hallábamos) ante un grupo»<sup>38</sup>.

Esa referencia precisamente se lleva a efecto en el artículo 591 de la PCSM, según el cual se consideraba que existía poder de dirección:

- a) Cuando se pudiese ejercer la mayoría de los derechos de voto en la junta o asamblea de una sociedad, o se tuviese la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- b) Cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada fuesen miembros del órgano de administración o altos directivos de la persona jurídica dominante.

Añadiéndose que, salvo prueba en contrario, se presumiría la existencia de poder de dirección cuando una sociedad hubiese incluido en su denominación elementos significativos de la denominación

<sup>34</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, pág. 297.

<sup>35</sup> 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.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005, pág. 185.

<sup>36</sup> 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-RIO, A., por encargo del Ministerio de Justicia y que fue aprobado por aquella Comisión el 16 de mayo de 2002.

<sup>37</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, pág. 301

<sup>38</sup> Véase nota anterior.

o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio registrado a nombre de ésta o de cualquiera otra sociedad perteneciente al grupo, o hubiera hecho constar, en la documentación o en cualquier clase de publicidad, su pertenencia al grupo.

En esa legislación proyectada, como manifestación explícita del poder de dirección se hacía referencia a la facultad de los administradores de la sociedad dominante de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la(s) sociedad(es) dominada(s) aunque esas instrucciones pudieran causar daño a esta(s) sociedad(es) (art. 594 PCSM), y a que en caso de causación de daños por seguir esas instrucciones, la sociedad dominante debería «abonar una compensación adecuada» (art. 595.1 PCSM).

El PCSM regula también la consolidación de cuentas, bien que en el texto proyectado aquel deber de consolidar no se revela como referente o núcleo del nuevo fenómeno empresarial, sino como una consecuencia de la existencia del grupo, atribuyéndose la obligación de consolidación a la sociedad dominante. La definición del «perímetro de la consolidación» mediante referencia explícita a las sociedades multigrupo (art. 604 PCSM) y a las sociedades asociadas (605 PCSM) ofrecía una idea clara de los límites del grupo.

La necesidad de proceder al reconocimiento jurídico positivo del grupo, desde su previa conceptualización, obedece a una realidad objetiva que pretendía colmarse por aquel no nato 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»<sup>39</sup>.

No hecho realidad aquel proyectado código societario mercantil, ha de repararse en que nuestro ordenamiento jurídico positivo contiene, no obstante, referencias importantes a los grupos de sociedades (así sucede en materia de participaciones recíprocas y en el ámbito de los mercados de valores), además de alusiones parciales menos relevantes en otros ámbitos<sup>40</sup>. Efectivamente, en el

<sup>39</sup> SACRISTÁN REPRESA, M. *op. cit.*, pág. 210.

<sup>40</sup> *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.* págs. 5308-5321; *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *op. cit.*, págs. 763-764. Suelen citarse como supuestos de regulación parcial, además de las contenidas en la LSA en materia de participaciones recíprocas y en la legislación del mercado de valores, cuestionablemente la referida en la Ley 12/1991, de 29 de abril, que regula las agrupaciones de interés económico en nuestro país, que sustituye a las agrupaciones de empresas de las Leyes 196/1963, de 28 de diciembre, y 18/1982, de 26 de mayo, de Agrupaciones de Interés Económico en el mercado interior –dice el preámbulo de la Ley 12/1991– que «desenvuelve en el ámbito comunitario la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico», regulada por el Reglamento (CEE) n.º 2317/1985 del Consejo, de 25 de julio, de uniones de empresas en que los empresarios se mantienen jurídicamente independientes, aunque sometidos a una dirección unitaria para lograr fines de ganancia. En el campo fiscal se considera al grupo, carente de personalidad jurídica, sujeto tributario con responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo por las deudas tributarias (art. 38 de la Ley 10/1985, de 26 de abril, que modifica la LGT). También se alude a las uniones temporales de empresas de la Ley 18/1982, que propician contratos de colaboración temporal entre empresarios para la realización de una obra o servicio con concesión de beneficios fiscales y sin que el contrato asociativo atribuya personalidad jurídica a la asociación creada; *Vid.* una relación más o menos completa en la SSTs, de Galicia, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2001, 15 de enero y 9 de julio de 2004.

artículo 87<sup>41</sup> de la LSA<sup>42</sup> se contiene una regulación destacable, a los efectos de los grupos de sociedades, en relación con participaciones recíprocas. Precisamente en este precepto se establece una noción de sociedad dominante que enlaza con la regulación contenida en el Código de Comercio (C. de c.) sobre consolidación de cuentas, interesando ahora destacar cómo aquella norma pone de manifiesto el carácter predominante de esta regulación en materia de grupos, en la medida en que traspone una noción económica. Efectivamente, según aquel precepto legal:

«Se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación».

La «conexión financiera y económica», o con la regulación contable, se evidencia cuando, a reglón seguido, el mismo precepto establece que «en particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta».

También en el derecho del mercado de valores se establece una noción de grupo, que igualmente entronca con la noción de derecho contable referida a la consolidación de cuentas. Así, inicialmente la dicción literal del artículo 4 de la LMV<sup>43</sup> 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». Posteriormente, y tras su modificación por Ley 47/2007, de 9 de diciembre, aquel precepto se limita a indicar que, a efectos de la LMV, «se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio».

Incluso antes de su modificación, la vinculación con el derecho contable ya se explicitaba cuando la misma norma precisaba que «se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos cargos de la dominante, o de otra dominada por ésta».

Ha de repararse en que tanto en la regulación del artículo 87 de la LSA como en la del artículo 4 de la LMV se maneja una noción de grupo construida a partir de la regulación del hecho financiero y contable, siendo precisamente en ese ámbito regulatorio nacional y comunitario, al socaire de la crisis económica global actual y de la mejora en supervisión de entidades de crédito e instituciones de inversión colectiva (sus principales agentes económicos), donde se está produ-

<sup>41</sup> Según redacción dada por Ley 2/1995, de 23 de marzo (disp. adic. segunda, 10).

<sup>42</sup> Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

<sup>43</sup> Ley 28/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

ciendo la «normalización» del «empresario-grupo de empresas»<sup>44</sup>. La amplitud de la noción de grupo manejada en aquellas regulaciones sectoriales se pone de manifiesto cuando en los preceptos legales citados se indica que «a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

Por ello, es precisamente en sede del derecho mercantil contable, cuyo reconocimiento jurídico positivo es reciente en nuestro ordenamiento, por más que ya contara con una larga tradición dogmática<sup>45</sup>, donde puede encontrarse una regulación específica, relevante y significativa de los grupos empresariales, y de la cual puede obtenerse una noción general de «empresario-grupo de empresas».

Aquel concepto se construye a partir de la diferenciación entre «combinaciones de negocios»<sup>46</sup> y «negocios conjuntos»<sup>47</sup>, y específicamente por la determinación de qué son los estados

<sup>44</sup> Vid. 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 OICVM; 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.

<sup>45</sup> 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 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 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».

<sup>46</sup> Según la norma 19 de la Segunda parte del Plan General de Contabilidad («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».

<sup>47</sup> Según la norma 20, de la Segunda parte del Plan General de Contabilidad, («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, que serán denominadas en la presente norma partícipes, convienen compartir el poder de dirigir las

financieros consolidados y de quiénes deben formularlos<sup>48</sup>. Sin entrar en una puntual diferenciación entre aquellas nociones, baste aquí con señalar la siguiente afirmación del derecho contable comunitario:

«Los estados financieros consolidados son los estados financieros de un grupo, presentados como si se tratase de una sola entidad económica»<sup>49</sup>.

Un grupo es, pues, una «sola entidad económica»<sup>50</sup>, 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 C. de c. 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 C. de c.<sup>51</sup>).

Según aquel precepto de derecho español, «existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socia de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta 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 otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado exclusivamente 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»<sup>52</sup>.

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, 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».

<sup>48</sup> Punto en que «se ha de recordar (que) la regulación de las cuentas anuales de los grupos de sociedades con motivo de la adaptación de nuestra legislación mercantil al derecho comunitario» (SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit., pág. 297) 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 (C. de c.) extendió el deber de consolidación de las cuentas a los casos en que la sociedad dominante fuera cualquier sociedad mercantil» (SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit., 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 C. de c. sobre el particular.

<sup>49</sup> NIC/NIFF 27, punto 4, aprobada por El Reglamento (CE) n.º 494/2009 de la Comisión, de 3 de junio de 2009.

<sup>50</sup> Indican SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., op. cit., 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».

<sup>51</sup> En redacción dada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre (art. 106.dos) que, conforme a la disposición final duodécima dos de la misma ley se aplicó a las cuentas consolidadas a partir de 1 de enero de 2005.

<sup>52</sup> Añadiéndose que «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 domi-

Debe tenerse en cuenta, a los efectos de la constitución del grupo consolidable, que «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». El mismo precepto, en su punto segundo, efectúa una indicación, sin duda importante para la determinación de la existencia del grupo, a cuyo tenor «se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única».

Ciertamente «unidad de dirección» y «dirección única» no significan lo mismo, no obstante la regulación legal las ha hecho converger. Circunstancia que se manifiesta cuando el mismo precepto legal indica que se entenderá existente el grupo «en particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta».

La obligación de consolidar cuentas abarca a las sociedades asociadas y multigrupo; no obstante, debe precisarse que a los efectos de la delimitación del «empresario-grupo de empresas» unas y otras no deben considerarse parte integrante del mismo. Conviene efectuar una referencia a las mismas aunque sólo sea para deslindar negativamente el concepto de «empresario-grupo de empresas», insistiéndose en que una empresa es asociada cuando, sin ser una empresa dependiente, alguna(s) empresa(s) del grupo ejerzan sobre tal empresa una influencia significativa por tener una participación en ella que, creando con ésta una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a su actividad<sup>53</sup>, y en que «empresa multigrupo» es aquella que está gestionada conjuntamente por alguna(s) empresa(s) del grupo y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas.

La regulación indicada del grupo de sociedades consolidable resulta útil a los efectos de construir la noción de «empresario-grupo de empresas» porque su conceptualización ha de partir de las ideas de «unidad de decisión con empresa/sociedad dominante» y de «dirección única, pudiéndose consecuentemente definir como «aquel conjunto de entidades empresariales que ejerce una empresa económica y cuyos elementos (empresas) cumplen la propiedad de ser empresarios y estar sometidos a una dirección unitaria».

---

nante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los (dos primeros) casos previstos»;  *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».*

<sup>53</sup> «Se entiende que existe influencia significativa en la gestión de otra empresa cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: a) "La empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, participan en la empresa, y se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control", b) "Asimismo, la existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías: Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la empresa participada; participación en los procesos de fijación de políticas; transacciones de importancia relativa con la participada; intercambio de personal directivo; suministro de información técnica esencial". Presumiéndose «salvo prueba en contrario, que existe influencia significativa cuando la empresa o una o varias empresas del grupo incluidas las entidades o personas físicas dominantes posean, al menos, el 20% de los derechos de voto de otra sociedad».

## 2. Matizaciones laborales.

### 2.1. Criterios básicos laborales, relevantes para la definición de «empresario-grupo de empresas».

Para la definición del «empresario-grupo de empresas» laboral, ha de partirse de la noción de «grupo de empresas a efectos laborales», la cual «constituye una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada»<sup>54</sup>. Recuerda la jurisprudencia que «los grupos de empresas son un fenómeno cada vez más extendido en la sociedad de nuestro tiempo y revisten una complejidad en su estructuración que dificulta no sólo su regulación legal, sino, incluso, su propia caracterización o definición, ya que surgen como consecuencia de un proceso muy dinámico, en el marco de una economía de mercado cada vez más desregulada y en el que frecuentemente las normas jurídicas van a remolque de la realidad práctica»<sup>55</sup>. A ello se añade que, con frecuencia, los efectos beneficiosos en orden a las relaciones laborales suelen verse cuestionados por regulaciones normativas referentes a otros sectores del ordenamiento jurídico atinentes a otros intereses, también dignos de tutela<sup>56</sup>.

La constitución del substrato mínimo de grupo, en todo caso, «requiere que al menos dos empresas diferenciadas mantengan algún tipo de coordinación, o subordinación, comercial u organizativa, aunque manteniendo cada una su propia personalidad jurídica»<sup>57</sup>, de tal manera que «los componentes del grupo gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas –físicas o jurídicas–, como empresas diferenciadas que son; pero la concentración, el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de la obtención de un fin empresarial común; unidad económica a la que se subordinan todas las empresas componentes, que se refleja en la acción unitaria al exterior». En síntesis, según aquella doctrina legal:

- «El núcleo del grupo de empresas está en la dominación –empresa dominante– y situación de dependencia, y en la unidad de dirección. De este planteamiento del grupo de empresas arrancan las normas de protección a los acreedores, a los componentes minoritarios y a los trabajadores»<sup>58</sup>.
- «Unidad económica» y «diversidad jurídica» constituyen las notas básicas definitorias del grupo de empresas<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2000.

<sup>55</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 1995 y 10 de octubre de 1996, entre otras.

<sup>56</sup> *Vid.* STJUE, de 21 de enero de 2010, Société de Gestion Industrielle SA (SGI) y État belge, asunto C-311/08, que trata sobre las sociedades con «vínculo de interdependencia», en la que se precisa que «permitir a las sociedades residentes que transfieran sus beneficios en forma de ventajas anormales o benévolas concedidas a sociedades con las que mantienen vínculos de interdependencia y que están domiciliadas en otros Estados miembros conlleva el riesgo de comprometer un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Ello podría poner en peligro, en principio, el sistema mismo del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros ya que, según la elección que hagan las sociedades que mantienen vínculos de interdependencia, el Estado miembro de la sociedad que concede las ventajas anormales o benévolas estaría obligado a renunciar, como Estado de residencia de esa sociedad, a su derecho a gravar los rendimientos de ésta, en beneficio, en su caso, del Estado miembro del domicilio de la sociedad beneficiaria».

<sup>57</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

<sup>58</sup> STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 19 de enero de 1999.

<sup>59</sup> Véase nota 57.

Ciertamente «en el campo del Derecho del Trabajo no se refleja con claridad cuándo se está ante un grupo de empresas y, de existir el grupo, no ya en la sociología de las relaciones, sino con valoración y trascendencia en las relaciones individuales de trabajo, (ni) cuándo cabe afirmar que el grupo se ha constituido en sujeto del contrato de trabajo, con entidad objetiva propia, aunque no jurídica»<sup>60</sup>. Pero ello no obsta a que sea necesario delimitar el «grupo», a efectos laborales, como elemento primigenio o substrato del «empresario-grupo de empresas».

En el ámbito laboral, como en el resto de nuestro ordenamiento jurídico, «no existe una regulación legal del grupo de empresas»<sup>61</sup>, y esto dificulta el tratamiento jurídico-laboral en lo referente a la relación individual de trabajo». Pero aquella dificultad se supera a la vista de que «pese a la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas y a la aparente autonomía de los componentes del grupo, éstos actúan con criterios de subordinación». Esto es, afirma la jurisprudencia, el grupo existe porque «se impone un vínculo económico organizativo tendente al logro de un fin empresarial común; y aun la misma idea de la dependencia pasa a segundo término, para destacar la de la unidad de dirección de todas las empresas del grupo».

La figura jurídica del grupo de empresas en el derecho del trabajo se ha ido formando progresivamente, partiendo de criterios tomados de otras ramas del derecho, a través de la doctrina jurisprudencial, que, a pesar de que en alguna sentencia<sup>62</sup> rechazaba la admisión del grupo por la existencia de personalidad jurídica en cada una de las empresas, siempre se decantó por un criterio favorable a su admisión basado en un principio tutelar de la relación de trabajo.

Tempranamente el 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<sup>63</sup>, atribuía la condición de empresario a quien contrataba bien en interés propio, bien en interés comunitario o de grupo, conceptuando como empresario al «grupo financiero» o a los «grupos de empresas». Posteriormente, el artículo 1.2 del ET ha servido de base a la jurisprudencia para establecer las líneas básicas de la responsabilidad de los grupos de empresas en el plano social. Desde la promulgación de esta última norma la jurisprudencia ha venido afirmando que al reconocer aquella legislación la posibilidad de que las comunidades de bienes puedan ser empresarios, «admite la de asignar la cualidad de empleador a entes desprovistos de personalidad jurídica», y el grupo, según la jurisprudencia, adolecía de esa insuficiencia<sup>64</sup>.

Permitiendo pues, aquella normativa «el tratamiento legislativo laboral del grupo de empresas, integrado por personas físicas o jurídicas, a la manera de las comunidades de bienes que, conforme al citado precepto, tienen la condición legal de empresarios, con capacidad para contratar trabajadores y desarrollar con ellos relaciones laborales». De forma que, continuaba precisando la misma jurisprudencia:

<sup>60</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

<sup>61</sup> Véase nota anterior.

<sup>62</sup> Como la STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 1983.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> A «grupo o ente carente de personalidad» se refiere la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

«Aunque desde la perspectiva jurídico-formal los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferenciadas, hay que reconocerle (al grupo de empresas) una personalidad en el ámbito laboral como si se tratase de una sola empresa».

Posteriormente 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 (disposición adicional cuarta) se estableció que<sup>65</sup> 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 coadyuva en la búsqueda de las peculiaridades laborales, y su enraizamiento en la noción general o común, del «empresario-grupo de empresas», pues «es claro que esta concepción legal del grupo de empresas expresada en el Real Decreto-Ley primero y después en la Ley tiene proyección en el ET; en su artículo 1.2 y en las materias en que se plantea la relación jurídico-laboral con el grupo de empresas».

En otra línea jurisprudencial interpretativa de aquel precepto legal estatutario, teleológica, asumió un gran protagonismo la búsqueda de la indemnidad de los trabajadores, bien mediante el recurso del levantamiento del velo bien mediante la metodología general de «la primacía de la realidad»<sup>66</sup>, bien a través de la implantación de una responsabilidad solidaria de los miembros del grupo<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> 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».

<sup>66</sup> Como declaró el Tribunal Constitucional (STC 46/1983, de 27 de mayo), pertenece a la específica función de la jurisdicción laboral resolver quién era el «empresario verdadero» y quién operaba 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»; Afirmando la STS, Sala de lo Social, de 29 de junio de 1989, que «no obstante, la escueta redacción del artículo 1.2 del ET, que únicamente alude a personas físicas o jurídicas y a comunidades de bienes, sin contemplar los llamados grupos de empresas o holding, la jurisprudencia ha delimitado las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de tales realidades, que en determinados casos no pueden ser desconocidas, sobre todo, en la jurisdicción laboral, para procurar la defensa de los intereses del más débil frente al más fuerte, llegando en este sentido a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa fuerte y económicamente solvente respecto a aquella otra que surge de ella sin patrimonio propio y sin otro propósito que el de eludir el cumplimiento de sus responsabilidades laborales»; al principio de primacía de la realidad como metodología a emplear para delimitar la grupo de empresas a efectos laborales se refiere la jurisprudencia social (SSTS, Sala de lo Social de 3 de marzo y 8 de octubre de 1987, de 25 de septiembre de 1989 y de 30 de junio de 1993), afirmando: a) Que «la responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir, y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad»; b) Que «pueden los Tribunales, para dispensar la tutela efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución «penetrar» en el sustratum personal de dichas entidades, levantando su «velo», en protección de los derechos de quienes, de otro modo, resultarían perjudicados, pues su respeto –el del derecho de los demás– es uno de los fundamentales del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Ley Suprema».

<sup>67</sup> 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 aquí en la conocida doctrina del «levantamiento del velo» como en la doctrina de la responsabilidad solidaria».

En esta interpretación finalista, el grupo laboral se muestra con un carácter marcadamente instrumental para la finalidad protectora del trabajador, de ahí que se añada, para la delimitación del grupo y la responsabilidad grupal (de todas y cada una de las entidades empleadoras agrupadas), la exigencia de que concurren, conjuntamente con las circunstancias delimitadoras de la noción general de grupo empresarial<sup>68</sup>, otras añadidas que fundamenten razonablemente, según el parecer de la meritada jurisprudencia, la aplicación de aquel criterio interpretativo, como las siguientes: a) la confusión patrimonial; b) el funcionamiento integrado o unitario; c) la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva en favor de varios empresarios; d) la apariencia externa de unidad empresarial y de dirección; e) la utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores; f) la creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales.

En conclusión, el «empresario-grupo de empresas» a efectos laborales es, pues, una creación jurisprudencial<sup>69</sup>, que parte de los siguientes presupuestos:

- Que «no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales»<sup>70</sup>.

tamiento del velo», como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley –arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil–, alude la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> Se resume por la STSJ, Sala de lo Social, de Extremadura, siguiendo a la STS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 1998, en los siguientes términos: «El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia (...). Así, ya se afirmó que «no es suficiente que concorra el nuevo hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con respecto a sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (SSTS, Sala de lo Social, de 30 de enero, 9 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993). No puede olvidarse que como señala la STS, sala de lo Social, de 30 de junio de 1993, «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son». La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No en la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987); 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, a favor de varias de las empresas del grupo (SSTS, Sala de lo Social, de 4 de enero de 1985 y 7 de diciembre de 1987); 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (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); 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SSTS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993). Y todo ello teniendo en cuenta que «salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas, práctica de lícita apariencia siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del ET (SSTS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993 que, expresamente, la invoca)».

<sup>70</sup> 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, 29 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998 y 23 de enero de 2002.

- Que «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son»<sup>71</sup>. «La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas»<sup>72</sup>.
- Que «el grupo de empresas a efectos laborales «no se presume nunca»<sup>73</sup>.
- Que la carga de la prueba «incumbe a quien alega la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales»<sup>74</sup>.

## 2.2. Criterios específicos complementarios («elementos adicionales»), necesarios para definir al «empresario-grupo de empresas», y supuestos singulares de «empresarios-grupos de empresas» laborales.

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<sup>75</sup>, partiendo del criterio general de que «los vínculos 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»<sup>76</sup>.

Esto es, al tenor de aquella jurisprudencia laboral, el control de unas sociedades por otras a través del capital social no altera su respectiva personalidad jurídica, salvo en los supuestos legales de modificaciones estructurales, bien que ante la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica al grupo se vengán admitiendo y aplicando por la citada doctrina legal, para paliar sus problemáticas consecuencias, diversos recursos técnicos, como el de «levantar el velo» de la personalidad jurídica, extendiendo la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (el «empresario-grupo de empresas»), trascendiendo de las formalidades jurídicas cuando concurren específicas circunstancias<sup>77</sup>.

El centro de la cuestión relativa a la delimitación y definición del «empresario-grupo de empresas» se desplaza así a la presencia de unos denominados, por la doctrina legal, «elementos adicionales» sobre los generales configuradores de la noción básica de grupo<sup>78</sup>, que no van a deter-

<sup>71</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

<sup>72</sup> STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2001.

<sup>73</sup> STSJ de Madrid de 4 de diciembre, Sala de lo Social, de 2003.

<sup>74</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2003.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 23 de junio de 1983 y 3 de marzo de 1984.

<sup>77</sup> Sobre la relación entre los requisitos del «grupo a efectos laborales» y la teoría del «levantamiento del velo», *vid.* STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2008.

<sup>78</sup> Se recoge la doctrina general en las SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 15 de enero, 14 y 24 de mayo y 9 de julio de 2004, y de Aragón, Sala de lo Social, de 7 de diciembre de 2004 y 28 de febrero de 2008, precisándose por esta última

minar, según la jurisprudencia, su personalidad jurídica, convirtiéndolo en sujeto de derecho, pero sí a procurar la existencia «del grupo de empresas responsable a efectos laborales» o, en otra perspectiva, a «determinar la posible configuración ilícita del grupo de empresas y, por tanto, la responsabilidad solidaria de todas ellas frente a los trabajadores de cualquiera de las entidades que configuran el grupo, formando en realidad una única unidad empresarial»<sup>79</sup>. Para que se produzca ese efecto, la jurisprudencia<sup>80</sup> exige que «concurra alguno» de aquellos «elementos adicionales» que, genéricamente enunciados, son los siguientes: confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, y creación de empresas aparentes sin sustrato real<sup>81</sup>.

Analizando aquellos «elementos adicionales», procede indicar, en relación con el «funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo»<sup>82</sup>, que el mismo<sup>83</sup> 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 dictados<sup>84</sup>. 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 sobre las 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 laborales<sup>85</sup>.

Respecto de la «prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo»<sup>86</sup>, resulta que aquella prestación de servicios para las diversas

que «de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes, o de una dirección comercial común, o de sociedades participadas entre sí no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales».

<sup>79</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2009.

<sup>80</sup> 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, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2001.

<sup>81</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993.

<sup>82</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981, 8 de octubre de 1987. Niega la existencia del grupo con transcendencia laboral la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2002, porque, «1. No aparece la dirección unitaria en el negocio; 2. No aparece la unidad de caja, no constan trasvases contables de las personas físicas a las jurídicas o viceversa, condonación de deudas, avales entre dichas sociedades o de los socios, préstamos interpersonales, etc.; datos que permitirían deducir la existencia de un fondo económico común; 3. No consta la existencia de una única plantilla, ni siquiera el trasvase de trabajadores de unas mercantiles a otras, o de la persona física a las mercantiles citadas o a la inversa, bastaría con aportar las vidas laborales de los trabajadores que hayan prestado servicios a los codemandados para acreditar tales trasvases; 4. No consta que las mercantiles codemandadas hayan sido constituidas para defraudar los intereses de los trabajadores».

<sup>83</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981, 8 de octubre de 1987 y 3 de mayo de 1990.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 24 de julio de 1989 y 30 de diciembre de 1995.

<sup>86</sup> 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 que actúan como grupo, mezclándose una en la actividad empresarial desarrollada por otra, empresario formal de los

empresas <sup>87</sup> puede ser bien en forma simultánea e indiferenciada <sup>88</sup>, bien de manera alternativa <sup>89</sup>, o también sucesivamente a causa de contratos encadenados <sup>90</sup>. 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, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores» <sup>91</sup>.

El supuesto de «confusión patrimonial» <sup>92</sup> 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 situaciones de crisis que afecte a alguna de las empresas del grupo <sup>93</sup>. Tal confusión patrimonial tiene lugar en los supuestos de «caja única», falta de «tesorería propia», «cajas aparentemente únicas», o de «renuncias internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social» <sup>94</sup>.

En referencia a la «creación de empresas aparentes sin sustento real», la trascendencia laboral del grupo se fundamenta en que, a través de aquéllas, se procura una exclusión de responsabilidades laborales de las demás empresas integrantes del grupo que son beneficiarias, a la postre, de la prestación del trabajo <sup>95</sup>. Lo mismo acontece en los supuestos de utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores <sup>96</sup>.

Un supuesto singular de «empresario-grupo de empresas» laboral es el del empresario único disimulado formalmente en una pluralidad de empresarios. Partiendo de que «en el ámbito de las relaciones laborales, conforme lo ordena el artículo 1.2 del ET, reúne la condición de empresario la persona física o jurídica, o la comunidad de bienes, que reciba la prestación de los servicios efectua-

trabajadores, y detentando aquélla la titularidad de la maquinaria empleada por ésta (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, 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 del País Vasco, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 1996) y, c) La 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 ésta (SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de enero de 1996 y 29 de abril de 1997).

<sup>87</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 1985, y 7 de diciembre de 1987.

<sup>88</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 1978, 6 de mayo de 1981 y 8 de junio de 1988.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> SSTCT de 3 de febrero de 1984, 14 de octubre de 1986 y 27 de marzo de 1987.

<sup>91</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1990, 30 de junio de 1993 y 26 de enero de 1998.

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> STS, Sala de lo Social, de 8 de junio de 1988.

<sup>95</sup> Véase nota 93.

<sup>96</sup> 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.

dos por otra en forma personal, voluntaria, remunerada y dentro de su ámbito de organización y dirección»<sup>97</sup>, una numerosa jurisprudencia atiende al fenómeno enunciado.

Se afirma que aquella cualidad de empleador o empresario no depende de su asunción formal, «pues nuestro ordenamiento no autoriza las conductas que, realizadas al amparo de una norma, persigan contrariar lo dispuesto en otra. Como remedio sumamente eficaz para esterilizarlas dispone que, en tales casos, se aplique la norma que se quiso eludir (art. 6.4 CC)». Es ejemplo de esos supuestos aquel en el que, bajo la apariencia formal de varias empresas, se encubre una única empresa<sup>98</sup>.

En tales casos, se indica que, por una parte, lo decisivo para la existencia del «empresario-grupo de empresas» es que «todas ellas actúen bajo una dirección unitaria» y desbordando, entre sí, los límites propios de las unidades independientes que aparentan ser, pero que, por otra parte, «nada hay que objetar a que, por razones de estrategia empresarial, se actúe a través de una empresa única o que, en otros casos, por causas muy variadas (por ejemplo, diversificación del riesgo, etc.), se utilicen técnicas de segregación, de tal forma que se constituyan varias, cada una de las cuales quede sujeta a una titularidad diversa y desarrolle una actividad concreta».

Se concluye que si se opta por la utilización de «técnicas de segregación», por las razones que fueren, cada empresa habrá de actuar en forma separada, respetando los límites derivados de esa diferente titularidad, lo que conlleva no mezclar sus patrimonios ni sus plantillas ni ofrecerse al exterior bajo esa imagen de una única empresa. De no hacerlo así, al menos desde el punto de vista de las relaciones laborales, esa actuación unitaria de todas conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas, al margen de las apariencias jurídicas creadas, y, por tanto, que la condición de empresario recaiga en todos los que figuran como titulares de las varias empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única, con la consiguiente responsabilidad solidaria de quienes la integran».

Otros supuestos en los que se ha considerado existente un «empresario-grupo de empresas», son aquellos que se desarrollan mediante la conocida como «ingeniería laboral», considerándose que ante «el difícil problema de determinar qué es la empresa, decidir quién es el empleador, empresario o acreedor de trabajo y, correlativamente, deudor de las consecuencias de ese trabajo, (constituye un) problema que, como es suficientemente sabido, tiene su punto de origen en la imposible aprehensión jurídica, con fórmula integral o integradora, de la empresa, siendo inevitable una distinta configuración según la óptica desde la que se examine»<sup>99</sup>.

En esos casos, se afirma, el juzgador se enfrenta ante una realidad, apariencia jurídica que ha sido constituida unilateralmente, ya que es exclusivamente quien va a ser o es empleador o empre-

<sup>97</sup> STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2003.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2003.

sario, sin presencia, intervención o aquiescencia de los que vayan a ser o sean sus trabajadores, el que elige, de entre las varias posibles, la forma jurídica a adoptar en tal condición, forma que, incluso, puede posteriormente alterar o modificar. Si a veces es difícil decir con pleno acierto cuál sea la estructura jurídica de la empresa, mucho más lo es conocer su realidad jurídico-laboral.

Según la jurisprudencia, no se puede, en esos casos dudosos, quedarse únicamente en los datos jurídicos que conformen la figura adoptada en derecho por el empleador, sino que ha de profundizarse en todos los supuestos de hecho, atendándose principalmente a la realidad económica de la empresa, con el complemento de los datos que ofrezca el análisis, sobre quién y cómo se controla la empresa, y dónde está el centro de decisión o dirección. Con ello se revelará la auténtica realidad empresarial, pues «no se trata de juzgar las apariencias creadas con fines ajenos a la relación laboral, sino que se ha de enjuiciar la realidad subyacente bajo los instrumentos jurídicos utilizados para lograr los fines industriales perseguidos»<sup>100</sup>.

Esto es, aparece una «única unidad empresarial», o un «empresario-grupo de empresas», cuando 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»<sup>101</sup>; cuando se advierte la «existencia de una caja única o patrimonio social confundido»<sup>102</sup>, (lo) que tiene lugar (si) se utilizan indiferentemente por todas (las empresas) los activos o se hace pago indistinto del pasivo»<sup>103</sup>; 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»<sup>104</sup>; asimismo, también aparece aquella nueva realidad «empresario-grupo de empresas», si se procura el «funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo»<sup>105</sup>, o si se produce «la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo»<sup>106</sup>, igualmente con «la creación de empresas aparentes sin substrato real, determinante de una exclusión de responsabilidades laborales»<sup>107</sup>, 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»<sup>108</sup>.

Junto a semejantes supuestos, deben considerarse otros acontecimientos, circunstancias o fenómenos que constituyen «indicios» de la presencia de un «empresario-grupo de empresas». Son los casos de las concentraciones de acciones y facultades de administración, la falta de funcionamiento o la insu-

<sup>100</sup> STCT de 12 de mayo de 1982.

<sup>101</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2009.

<sup>102</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 10 de noviembre de 1987, 8 de junio de 1988 y 30 de enero de 1990.

<sup>103</sup> SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo y 25 de junio de 2009.

<sup>104</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 1987 y 22 de diciembre de 1989.

<sup>105</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987.

<sup>106</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 1985, 7 de septiembre de 1987 y 8 de junio de 1988; SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo y 25 de junio de 2009.

<sup>107</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 24 de julio de 1989.

<sup>108</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 1990 y 30 de junio de 1993.

ficiencia de recursos patrimoniales de alguna de las empresas grupadas, la constitución de filiales con modalidad de transmisión parcial de empresas y las sucesiones de empresas entre las agrupadas.

### 2.3. Excurso acerca de la «personalidad» jurídica del «empresario-grupo de empresas».

La legislación, en general, no es proclive al reconocimiento de personalidad jurídica al «empresario-grupo de empresas». Reflejo de ello es la legislación mercantil proyectada que, insólitamente, niega explícitamente la personalidad jurídica al grupo. Así se afirmaba que «el grupo de sociedades carecerá de personalidad jurídica» (art. 590.3 PCSM).

No obstante, aquella pretendida negación explícita de la personalidad jurídica al «empresario-grupo de empresas» es baldía, pues su personificación le viene dada naturalmente, al constituir un conjunto ordenado de normas jurídicas (las relaciones de dominio y dependencia que lo caracterizan no se establecen mediante el recurso a la fuerza, a la violencia, sino que se deben y tienen su amparo en el ordenamiento jurídico), o si se prefiere, el «empresario-grupo de empresas» constituye un subordinamiento jurídico-privado único, que proclama su unicidad. Es desde esta perspectiva ajustada a la estricta racionalidad desde la que ha de proclamarse la personalidad del «empresario-grupo de empresas», rechazando de plano aquellas posiciones doctrinales jurídico positivas extremas, de acusado arraigo desde J. Bentham, que consideran la personalidad jurídica una atribución arbitraria y oportunista del poder político <sup>109</sup>.

La subjetivación y consiguiente personalidad jurídica del «empresario-grupo de empresas», propia e independiente de las empresas que lo componen, es confirmada por la regulación financiera y contable, pues en este punto el «empresario-grupo de empresas» sí tiene personalidad (jurídico-contable), constituyéndose en una entidad diferente de sus miembros, obligada a observar la conducta típica y característica del empresario, la formulación de los estados financieros periódicos consolidados, (y consecuente manifestación de su existencia es que tiene un patrimonio singular y propio que revela en estado de situación financiera al final del ejercicio o balance, consolidado). Incluso en una perspectiva semántica resulta que el término mismo «consolidar» evoca la desaparición de la diversidad o pluralidad subjetiva empresarial.

Efectivamente, si consideramos los procedimientos de consolidación (NIC 27) <sup>110</sup>, resulta que aquélla no consiste en una mera y simple acumulación, sino que se procede a una «agregación (de) las partidas que representen activos, pasivos, patrimonio neto, ingresos y gastos de contenido similar», y para que esa «agregación» presente información financiera del grupo, como «una sola entidad económica», se procede a realizar las pertinentes «eliminaciones» que la propia norma establece, resultando especialmente significativo que ha de proceder a «eliminarse en su totalidad los saldos, transacciones, ingresos y gastos intragrupo» <sup>111</sup>, y que cuando la dominante pierde el control, «habrá de dar de baja en cuenta los activos (incluyendo el fondo de comercio) y pasivos de la dependiente».

<sup>109</sup> Vid. AA.VV. (Ó. VERGARA, ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Editorial Comares, Granada 2009.

<sup>110</sup> Reglamento (CE) n.º 494/2009, de 3 de junio.

<sup>111</sup> Apartado 20.

También en perspectiva laboral se manifiesta una específica personalidad jurídica del «empresario-grupo de empresas» encontrándonos ante un nuevo ente (o, si se prefiere, un metaempleador) en cuyo patrimonio («consolidado») acaba integrándose el resultado o fruto del trabajo «por cuenta ajena» de los trabajadores «encuadrados» en sus distintos «empresarios-establecimientos», los elementos componentes del «empresario-grupo de empresas», pues en otro caso se trataría de una apropiación ilícita. Todo ello por más que no se reconozca legislativamente y se niegue la personalidad jurídica del «empresario-grupo de empresas» por una empecinada jurisprudencia <sup>112</sup>, que solventa la problemática inherente a tal desconocimiento mediante el cómodo expediente de acudir a la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo.

Ciertamente, «los problemas que en el ámbito de las relaciones laborales plantea la existencia de grupos (no personificados) suelen ser solventados tratándose de encontrar siempre el fundamento de la que suele ser principal pretensión de quien alega la existencia del grupo, esto es, determinar la responsabilidad solidaria como empresario de todas las empresas que forman el grupo, para lo cual ha de atenderse a la dependencia entre las empresas y, sobre todo a que éstas hayan funcionado de ese modo respecto del trabajador, o se haya creado para conseguir dispersar o eludir las responsabilidades laborales» <sup>113</sup>.

Mediante la alusión al «grupo» y el recurso a la responsabilidad solidaria de las empresas/empresarios/empleadores que lo componen, se pretende resolver la problemática derivada de la no atribución explícita de personalidad a ese conjunto ordenado de empresas o «empresario-grupo de empresas». No obstante, cuando se repara en los requisitos que para deducir aquella solidaridad pasiva se exigen por la jurisprudencia, no puede por menos que concluirse que, cumplimentados los mismos, realmente se está ante una entidad autónoma e independiente con un patrimonio propio, y por lo tanto ante una persona jurídica.

Se advierte cómo esa concurrencia de requisitos valida una auténtica relación de sustitución de personalidad por solidaridad, cuando se afirma por la jurisprudencia que «deben concurrir una serie de requisitos para que exista grupo de empresas del que pueda derivarse su responsabilidad solidaria en el ámbito laboral. De no concurrir de forma suficientemente relevante cualquiera de ellos no cabe establecer responsabilidad solidaria entre las empresas, que pueden conformar el grupo por el sólo hecho de estar ligadas por vínculos de dirección, organización o participación accionarial, muy frecuentes en la realidad socioeconómica actual, en la que las exigencias o estrategias de mercado originan situaciones de agrupación de empresas y no por ello su personalidad jurídica propia e independiente de las demás que puedan integrar o conformar el grupo» <sup>114</sup>.

Tales requisitos, por más que la jurisprudencia los vincule a la configuración «ilícita» del grupo <sup>115</sup>, conllevan en sí mismos el germen de la dilución de las diversas personalidades de los componentes del grupo y el simultáneo surgir de una nueva persona/empleador, el «empresario-grupo de

<sup>112</sup> A «grupo o ente carente de personalidad» se refiere la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

<sup>113</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2009.

<sup>114</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 22 de enero de 1990 y de 30 de junio de 1993.

<sup>115</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2009.

empresas». Semejante «personalidad in pectore» del «empresario-grupo de empresas» se advierte cuando se concretan aquellos requisitos de la siguiente manera <sup>116</sup>:

- «La dependencia y comunicación entre sociedades integradas en el (grupo), (...) supone que los (conjuntos) accionariales funcionales o de gestión que actuarán conforme a estos parámetros, verán alterada la consideración jurídica de las sociedades en él integradas, que verían así difuminada al menos en parte su propia personalidad».
- «Existe grupo de empresas cuando las sociedades que lo integran, aun siendo independientes entre sí desde el punto de vista jurídico formal actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica».
- «La dirección unitaria de las empresas (conforma una nueva realidad, personificada), aunque también reiteradamente se señala que los componentes del grupo tienen, en principio, un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son y que dicha dirección unitaria de varias entidades no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad».

El «empresario-grupo de empresas» sí tiene personalidad jurídica diferenciada de sus integrantes, porque al definirse la relación laboral por quedar el trabajador integrado en el ámbito organizativo y de dirección de otro sujeto (el empresario o empleador, que remunera el trabajo <sup>117</sup>), el elemento definidor clave se sitúa en la dependencia laboral (trasunto de la ajeneidad y de la voluntariedad), como consecuencia del poder de dirección, que lo ejerce el grupo (a través de la sociedad dominante, bien que inmediatamente lo lleve a cabo cada organización empresarial dependiente); consecuentemente ese es el empleador personificado, por la asunción de poderes jurídicos precisos y los correlativos deberes.

Por otra parte, la empresa en tanto realidad económica ha sido definida como «organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado» <sup>118</sup>, lo que permite afirmar que «los derechos <sup>118</sup> al trabajador corresponden conforme a lo establecido en la legislación o en virtud de pacto no tienen como sujeto pasivo a la persona titular de la empresa, sea física o jurídica, sino a la entidad empresa como tal» <sup>119</sup>. Desde la perspectiva de las relaciones laborales, contraría la misma delimitación de la relación laboral aludir a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, porque aquélla es fundamentalmente vicaria o garantista de la deuda de otro, y en el grupo estamos ante obligaciones, deberes y deudas frente a los trabajadores, que «no son de otro, sino propias», del único empresario que es el «empresario-grupo de empresas».

<sup>116</sup> En términos de la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2009.

<sup>117</sup> Atendiendo a que, como indica la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 2004, las notas características del contrato de trabajo son: a) La prestación voluntaria y personal de servicios y su retribución; b) La dependencia, considerada no como subordinación rigurosa, sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario o círculo rector y disciplinario de éste, de modo que no concurre cuando el contratado actúa con autonomía; c) La ajeneidad respecto del régimen de remuneración y la asunción del riesgo de empresa.

<sup>118</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2001.

<sup>119</sup> STS, Sala de lo Social, de 16 de julio de 1986.

La jurisprudencia, incurriendo en un exceso de dogmatismo, ha precisado que «para que la condición de empresario recaiga en todo el grupo («empresario-grupo de empresas») se precisa no sólo ese poder de decisión común, sino que, además, su ejercicio incida en el ámbito de las relaciones laborales, de tal forma que el receptor de los servicios sea el grupo y no la sociedad. La legitimación de la sociedad como núcleo de imputación de derechos y obligaciones, que deriva de la atribución de personalidad jurídica propia, se evapora cuando, quienes la rigen de hecho, actúan en forma que desconoce esa misma imputación, con repercusión en las relaciones laborales formalmente adscritas a la misma»<sup>120</sup>. En esa no irreprochable perspectiva jurisprudencial se afirma que «los factores que justifican la extensión de la responsabilidad solidaria son: la prestación de trabajo indiferenciada; la confusión de patrimonios o caja única y, finalmente, el uso abusivo de la personalidad jurídica por el grupo que debe relacionarse con el levantamiento del velo»<sup>121</sup>, *lift the veil*, no siendo «suficiente, a estos efectos, la coincidencia de los administradores o el hecho de compartir el mismo domicilio social»<sup>122</sup>. En tal caso, se afirma, la personalidad del grupo surge porque:

«No cabe que, en esas circunstancias, quien ha desconocido los límites de la personalidad diferenciada pretenda valerse de ellos para acotar sus responsabilidades a un área que ha sido el primero en eludir cuando le resultaba de su interés. Vale, por tanto, la regla de la distinta personalidad, pero sólo si quien la detenta o invoca se atiene a ella. La actuación con vara de medir de doble rasero –personalidad para dar, grupo para recibir– no se atiene a los cánones que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, revelando una actuación constitutiva de fraude de ley en el uso de la personalidad jurídica, que obliga a los órganos judiciales a aplicar la regla que se quiso evitar (art. 6.4 CC)»<sup>123</sup>.

En esa línea, la figura del «empresario-grupo de empresas» se ha considerado también resultado de la aplicación de la «técnica del levantamiento del velo», a través de la que «se busca la realidad empresarial pluripersonal y se prescinde de la adscripción formal del trabajador a una de las sociedades, para advertir que el verdadero empleador lo constituye el conglomerado empresarial conjunto, la corporación en sí, configurando una situación de co-titularidad»<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social de 17 de noviembre de 1997.

<sup>121</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2002, 20 de marzo de 2003 y 3 de noviembre de 2005. La «teoría del levantamiento del velo supone que, en los casos de utilización abusiva de la personalidad jurídica por el empleador, el juez no debe limitarse a la constatación formal de la sociedad y de la asunción por ésta de una posición empresarial sino que es preciso penetrar en la realidad subyacente tras la personificación para evitar que, a través de la misma, pueda realizarse una actuación fraudulenta en perjuicio de terceros», indica la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2009; También STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2009; *Vid.* STS, Sala de lo Social, de 26 de diciembre de 2001, que desarrolla ampliamente la figura, indicando concretamente que levantar el velo de una persona jurídica consiste en hacer abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas, teoría cuyo origen se atribuye a los tribunales anglosajones (incluidos los norteamericanos, donde se habla de penetración del velo: *piercing the veil*), y equivale a una reacción o modelización del principio de separación de patrimonios, resultado de la construcción de una persona jurídica, originariamente construido en el derecho alemán.

<sup>122</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2006, y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 12 de mayo de 2009.

<sup>123</sup> SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 1997.

<sup>124</sup> SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2007, 12 de mayo y 25 de junio de 2009.

La perspectiva laboral hace decaer tanto la objeción de que «la personificación legal del grupo supone un contrasentido total con la especificidad de este fenómeno (en cuanto fenómeno híbrido en el que se combinan unidad económica y diversidad jurídica)»<sup>125</sup>, como que en tal caso, la organización se separaría de la personalidad. La primera objeción debe rechazarse porque, en puridad de razonamiento ajustado a las leyes de la lógica y la razón, no hay contradicción alguna entre reconocer personalidad jurídica al conjunto (el grupo de empresas) y simultáneamente a cada uno de sus elementos, valga, *pari passu*, la referencia a los estados financieros consolidados y a las cuentas anuales separadas simultáneas (de las empresas que componen el grupo). La segunda porque engloba una petición de principio, al limitarse a enunciar una determinada situación de un ordenamiento jurídico dado, y además, aun admitiéndose que lo que se personifica sea la organización, porque en el caso de los grupos existe una organización, propia, singular y unitaria, por mor de la «unidad del poder de dirección» y la «unidad patrimonial y financiera» (manifestada mediante la consolidación, obligatoria o posible, de las cuentas anuales), la del «empresario-grupo de empresas», diferenciada y distinta de las de cada uno de sus componentes (las empresas del grupo), bien que se trate de una organización descentralizada.

#### IV. EN TORNO AL «DESPIDO COLECTIVO»

Por «despido» se entiende «cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento»<sup>126</sup>, por «decisión unilateral del empresario»<sup>127</sup>, admitiendo variedad de diferenciaciones y clasificaciones, de entre las cuales el «despido colectivo»<sup>128</sup>

<sup>125</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, pág. 155.

<sup>126</sup> SSTJUE de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal, asunto C-55/02, y de 7 de septiembre de 2006, Georgios Agorastoudis, Ioannis Pannou, Kostandinos Kotsabougoukakis, Georgios Akritopoulos y otros, y Goodyear Hellas ABEE, asuntos acumulados C-187/05 a C-190/05.

<sup>127</sup> Como indica la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, 28 de abril de 2009, siguiendo la doctrina contenida en las SSTS, Sala de lo Social, de 21 de febrero y 31 de marzo de 1995, que «el despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta entonces, que le unía al trabajador despedido, de modo que el despido no está referido exclusivamente al que tenga un origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador».

<sup>128</sup> Indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2007, que «en el régimen actual de los despido colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse: 1) de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa, 2) por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador y 3) por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario para el trabajador. Esta conclusión es obvia en los primeros supuestos, pues la voluntad del trabajador no interviene de ninguna forma en el cese. Pero tampoco hay voluntariedad en el tercer supuesto, porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos. Puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa que determina el cese»; Precisan las SSTSJ, Sala de lo Social, de la Comunidad Valenciana de 24 de marzo de 2004, de Andalucía de 20 de septiembre de 2006, y de Cataluña de 6 de febrero de 2004, de 15 de marzo de 2005 y de 25 de marzo de 2007, que la decisión y elección «en orden a decidir quiénes de los trabajadores de plantilla pueden verse afectados por un despido colectivo, corresponde al empresario (...), la cual se enmarca dentro de las facultades directivas y organizativas que le concede el artículo 20 del ET».

constituye su manifestación extrema y más grave, porque afecta a una pluralidad de trabajadores simultánea o sucesivamente en un espacio muy corto de tiempo (bien que sea cuestionable la admisibilidad de despidos individuales por «goteo» o «listas de enganche»<sup>129</sup>). Incluso puede afectar a toda la plantilla de la empresa, llegando a constituir un «despido en masa» de trabajadores<sup>130</sup>. En todos esos supuestos la necesidad de proteger a esos trabajadores es precisamente lo más importante, por más que no sean desdeñables las posibles consecuencias generales indeseables, de todo orden, que son susceptibles de originar<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2009, que no parece poner objeciones «al "goteo" de despidos disciplinarios improcedentes pactados con los trabajadores afectados muy posiblemente en las oficinas de la propia empresa, y formalmente reconocidos como improcedentes en el trámite de conciliación administrativa previa, práctica (...) pactada con el Comité de Empresa, (acordándose) entre ambos (la empresa y aquel comité) un proceso de regularización de plantilla por el cual (...) trabajadores tendrían que ser baja de la empresa, pero con la condición de que se haría voluntariamente, es decir, que los despidos serían pactados con los trabajadores que quisieran causar baja en la empresa, con el pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente, terminando el plazo previsto para este tipo de actuación en (...), proceso de extinciones contractuales (que) se ha ido haciendo progresivamente, de manera que todavía hay personas que trabajan en la empresa y no han causado baja, lo que significa que continúa abierto como "lista de enganche"».

<sup>130</sup> Al tenor del artículo 51 del ET, (titulado «despido colectivo»), «Se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores. Se entenderá que concurren las causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas. Para el cómputo del número de extinciones de contratos (...), se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador (...), siempre que su número sea, al menos, de cinco. Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir (las exigencias relativas al despido colectivo), la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto (para el despido por causas objetivas) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto»; Establece el artículo 1 de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos que «se entenderán por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: i) para un periodo de 30 días: –al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores–, al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo; ii) o bien, para un periodo de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados; (...). A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5».

<sup>131</sup> Según la jurisprudencia, SSTS, –Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2000 y de 26 de octubre de 2006–, «al trabajador excedente en una empresa que extingue la relación de trabajo con todos sus empleados no le puede ser reconocida aquella indemnización (por despido colectivo) porque la finalidad de la indemnización del despido prevista en el artículo 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo

Los despidos colectivos suponen y exigen «necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción»<sup>132</sup>.

Aun cuando se extingan los contratos de la totalidad de los trabajadores, «no se (tratará) de un despido colectivo si los trabajadores que componen la plantilla no exceden de cinco, y (no obsta a tal afirmación el) que la extinción de los contratos de trabajo de éstos por causas objetivas (haya sido) el único medio de dar fin a una explotación ruinosa que no es viable mantener en el mercado, existiendo conexión funcional entre la causa económica y el cierre de la explotación, pues ésta amortigua o acota el alcance de aquélla»<sup>133</sup>.

El despido colectivo ha de afectar a una pluralidad determinada de trabajadores, de un «centro de trabajo», o a todos ellos (siempre que sean más de cinco). La delimitación de «centro de trabajo», refiere una noción particularmente amplia, pudiendo constituirlo concretamente, en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas. Teniendo en cuenta las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos son susceptibles de provocar en un contexto local y en un medio social determinados, no puede exigirse que la entidad en cuestión esté dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo»<sup>134</sup>.

En esa línea, la jurisprudencia comunitaria ha insistido en que, a efectos de la definición del concepto de «centro de trabajo», no resulta esencial que dicha unidad disponga o no de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos, así como en que tampoco es

menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso «expectante», en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente»; Aquella indemnización, según STC 6/1984, de 24 de mayo, (recogida, entre otras, por la STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo social, de 22 de septiembre de 2008), constituye «una «indemnización *ex lege*», concebida «como una cantidad que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios», que cumple una «función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios».

<sup>132</sup> STS, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2008 y STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2008.

<sup>133</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 8 de marzo y 25 de noviembre de 1999, y SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de junio y 25 de noviembre de 2008.

<sup>134</sup> SSTJUE de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal, asunto C-55/02, de 7 de septiembre de 2006, Georgios Agorastoudis, Ioannis Pannou, Kostandinos Kotsabougoukakis, Georgios Akritopoulos y otros, y Goodyear Hellas ABEE, asuntos acumulados C-187/05 a C-190/05, y de 15 de febrero de 2007, Athinaïki Chartopoiïa AE y L. Panagiotidis y otros, asunto C-270/05.

preciso que exista una separación geográfica entre ella y otros centros, unidades o instalaciones de la empresa.

En el despido colectivo es obligado que se lleve a cabo la tramitación del «procedimiento de regulación de empleo» que prescribe el artículo 51 del ET, y que se dicte por la autoridad laboral la pertinente resolución autorizando las extinciones de los contratos<sup>135</sup>. Precepto cuyo carácter imperativo conlleva la «indisponibilidad de la indemnización del artículo 51.8, pero admitiendo su modificación o compensación por otras formas de obtener beneficio equivalente, aprobados por pacto colectivo u opción individual»<sup>136</sup>.

Ha de destacarse que, según afirma la jurisprudencia, «el objeto del expediente de despido colectivo, ceñido a constatar las causas económicas, técnicas, organizativas o reproducción que lo motivan y las medidas que por tal razón hayan de adoptarse para atenuar sus consecuencias y posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, así como su ámbito y alcance, necesariamente plural, determinan y justifican que los trabajadores ostenten en él la condición de interesados a través de sus representantes legales, y explica que todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a aquéllos se practiquen con éstos»<sup>137</sup>.

No obstante, cuando independientemente de los intereses colectivos se ven afectados de forma individual y directa los derechos e intereses de determinados y concretos trabajadores, resulta que «aquellas previsiones normativas, ni impiden que cada trabajador individualmente afectado pueda impugnar la resolución administrativa que autoriza el despido», porque la intervención de los representantes legales de los trabajadores no actúa tanto en el plano de la defensa de los trabajadores afectados, como en el del control de la concurrencia de las causas que justifican la propuesta del empresario<sup>138</sup>.

Ha de repararse en que «la decisión del empresario de cesar a cada trabajador a consecuencia de un despido colectivo no se lleva a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se ha debatido y negociado, o se ha estudiado con el adecuado detenimiento la concurrencia o no de causas que justifiquen la extinción de los contratos; y también después, o bien de haber llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el que se acepta la existencia de esas causas, acuerdo que pone fin al periodo de consultas y que exige que sea corroborado por la correspondiente resolución de la Autoridad Laboral, o bien, si tal acuerdo no se logra, después de que dicha Autoridad estime que concurren las causas citadas y, en consecuencia, lo declare así en la resolución que ponga fin al expediente de regulación de empleo y en ella autorice la extinción de los correspondientes contratos de trabajo»<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2008; *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo», en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid 1995; DESDENTADO DAROCA, E., «La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento», *Relaciones Laborales*, T.I., 1996, págs. 546 y ss.; PÉREZ CAPITÁN, L., *Expediente de Regulación de Empleo. Análisis práctico y jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009.

<sup>136</sup> STCT de 22 de octubre de 1985, y STS de 12 de septiembre de 1989.

<sup>137</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 21 de octubre de 2008.

<sup>138</sup> Véase nota 137.

<sup>139</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2006.

Todo esto, indica reiteradamente la jurisprudencia <sup>140</sup>, pone de relieve que las causas generadoras del despido colectivo han tenido que ser objeto de análisis, examen y tratamiento, y han tenido que ser consideradas existentes y recogidas en los acuerdos con los representantes de los trabajadores y/o en las resoluciones de la Autoridad Laboral a que se ha hecho mención, y todo ello antes de que las decisiones extintivas del empresario hayan tenido lugar.

Por ello, «al tener que estar las causas del despido colectivo expresadas y consignadas en la resolución administrativa que lo autoriza, bastará con que el trabajador afectado conozca esta resolución, para tener noticia de cuáles son las mismas, con lo que no es necesario que la empresa entregue al trabajador un escrito en el que reproduzca las causas del despido, y así el artículo 51 del ET, que regula con detalle todos los trámites que se han de cumplir en los despidos colectivos, no exige ni establece que el empresario entregue al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido» <sup>141</sup>, pues «los ceses derivados de un despido colectivo no tienen otras causas que las que expresa la resolución administrativa que lo autoriza; no siendo posible ni válido fundar aquellos ceses en razones o motivos ajenos o distintos de los que esa resolución administrativa consigna» <sup>142</sup>.

En una perspectiva histórica y relacional del artículo 51 del ET, resulta que «el primer elemento es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incida de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa –situación económica negativa, que no debe ser irreversible necesariamente, pudiendo ser superable– o en su eficiencia, carencia o necesidad de una más adecuada organización de los recursos» <sup>143</sup>. La ley «ha distinguido diversas esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir esta causa o factor desencadenante, cuales son los resultados de explotación –causas económicas en sentido estricto–, los medios o instrumentos de producción –causas técnicas–, los sistemas y métodos de trabajo –causas organizativas– y los productos o servicios que se pretenden colocar en el mercado –causas productivas–. Pues bien, incumbe al empresario probar la realidad de las causas y su concreta incidencia» <sup>144</sup>.

## V. MODIFICACIONES QUE OPERAN EN LAS CAUSAS DE DESPIDO COLECTIVO, CONSECUENTES CON LA NATURALEZA DEL «EMPRESARIO-GRUPO DE EMPRESAS»

La causalidad económica se imbrica esencialmente en el despido colectivo, más allá de la concreta causa aducida. De tal manera que «se exige la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incida de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa («situación económica negativa») o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de «una más adecuada organización

<sup>140</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2006.

<sup>141</sup> Véase nota anterior.

<sup>142</sup> STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2005.

<sup>143</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 8 de julio de 1999.

<sup>144</sup> STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 1997.

de los recursos»<sup>145</sup>, pudiéndose distinguir «cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos». A saber, «la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»), la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»), la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»), y la esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido restringido)<sup>146</sup>.

El empresario debe acreditar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, «lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad en el trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, entre otros»<sup>147</sup>.

No se requiere mayor rigor probatorio, no siendo preciso «demostrar la existencia de una situación de falta de viabilidad de la empresa por motivos económicos o que la medida técnica introducida, además de exigir la supresión de puestos de trabajo, comporta una adaptación del proceso productivo a los cambios impuestos por la renovación o modernización tecnológica, consistentes en la sustitución de unos medios obsoletos», siendo suficiente con «justificar la situación económica negativa de la empresa y la idoneidad del despido colectivo para contribuir a superarla; o la conveniencia de una reorganización de los recursos que lleve consigo el despido para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma».

En efecto, los expedientes contemplados en el artículo 51 del ET no tienen como objetivo regular la situación laboral de una empresa en situación de quiebra, sino precisamente evitar que dicha situación se produzca, salvando el mayor número de puestos de trabajo posible y efectuando un oportuno control por parte de los trabajadores y autoridad laboral de las condiciones en que van a quedar las personas que pierdan su empleo. Desde esta perspectiva, la autoridad laboral puede, a la vista de la evolución económica de una empresa, autorizar la suspensión o extinción de contratos de trabajo, cuando aparezca un estado de desequilibrio en la estructura económica y financiera de la empresa, en evitación de daños que supongan pérdidas mayores de empleo por los trastornos económicos derivados de la acumulación de resultados deficitarios, o, dicho en otros términos, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, cabe apreciar razones para autorizar la regulación de empleo contemplada en el artículo 51 del ET cuando se está ante una crisis económica objetiva y real<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2002.

<sup>146</sup> STS, Sala de lo Social, de 14 de junio de 1996.

<sup>147</sup> Véase nota 145.

<sup>148</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2001.

Así «por causa económica, concepto jurídico indirectamente determinable, hay que entender la que actúa sobre el resultado de la gestión empresarial en su conjunto, sobre la relación de ingresos y costes, de beneficios y pérdidas, es decir, sobre el equilibrio de la empresa. La determinación de este equilibrio se vincula a los ingresos obtenidos por la empresa por la venta de sus productos o bienes producidos y, en consecuencia, tiene en cuenta la cantidad producida, la cantidad vendida, los ingresos generados por la venta de esa producción (en su distinta consideración económica: ingresos totales, medios y marginales) y los costes. En la determinación de los ingresos hay que relacionar la cantidad producida con la cantidad vendida y ésta con el precio que depende de la demanda del mercado y el nivel de oferta total existente. Todos estos elementos en la medida que repercuten en el equilibrio de producción de la empresa y en el nivel óptimo de utilización del factor trabajo se integran en las causas económicas y, desde una concepción flexible, para que proceda la regulación no es preciso una situación económica prácticamente crítica, sino que basta una mala evolución de los beneficios y que la medida contribuya a superar esta situación»<sup>149</sup>.

Cuando el despido colectivo es promovido por un «empresario-grupo de empresas», las razones que ha aconsejado una «concepción flexible» desde la perspectiva del empresario no plural acaban tornándose, razonablemente, en incremento del rigor para aquel empresario plural<sup>150</sup>. La construcción del concepto de «empresario-grupo de empresas», desde el derecho mercantil contable, y más concretamente desde el deber de consolidar cuentas, no puede dejar de tener trascendencia e influir en la causalidad que permite y justifica un despido colectivo. Si por una parte se define al «empresario-grupo de empresas» como aquel conjunto de entidades empresariales que ejerce una empresa económica y cuyos elementos (empresas) cumplen la propiedad de ser empresarios y estar sometidos a una dirección unitaria, y, por otra parte, se constata que los estados financieros consolidados son los estados financieros de un grupo, tratado como «una sola entidad económica», esto es, son los estados financieros del «empresario-grupo de empresas», la causalidad económica, radicada íntimamente en todas y cada una de las concretas causas de despido colectivo admitidas por la ley, ha de verse fundamentalmente alterada.

Efectivamente, aquellas circunstancias, consideradas conjuntamente, determinan que la aludida causalidad económica haya de relacionarse con ese «estado de situación financiera al final del ejercicio» (balance), el «estado de resultado global del ejercicio» «estado de cambios en el patrimonio neto del ejercicio», «estado de flujos de efectivo del ejercicio», y «notas»<sup>151</sup> (memoria), consolidados<sup>152</sup>. A la misma conclusión ha de llegarse si se advierte que la personalidad jurídica propia de cada empresa/empresario miembro o componente del conjunto «empresario-grupo de empresas»,

<sup>149</sup> STS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2001.

<sup>150</sup> Extremo en el que puede traerse a colación toda la doctrina jurisprudencial sobre el «despido objetivo», pudiéndose ver una síntesis de la misma en las SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de febrero, 2 y 25 de junio de 2009.

<sup>151</sup> Estados financieros establecidos por la NIC 1, según redacción dada por el Reglamento (CE) n.º 174/2008 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008. Especialmente ha de repararse en que el «estado de resultado global del ejercicio», ahora se compone bien de un «estado de resultado global», bien de dos estados, un estado que muestre los componentes del resultado (cuenta de resultados separada) y un segundo estado que comience y muestre los componentes de otro resultado global (estado de resultados global).

<sup>152</sup> *Vid.* STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2005.

como núcleo de imputación de derechos y obligaciones se evapora cuando, quienes la rigen de hecho, actúan en forma que desconoce esa misma imputación, pues la misma ha de hacerse y de referirla a todo el patrimonio consolidado, con repercusión en las relaciones laborales formalmente adscritas a cada una de las empresas/empresarios que consolidan. Incluso si se aplica la técnica del levantamiento del velo se llegaría a la misma consecuencia, siempre que entendamos que mediante la aplicación de aquella «técnica jurídica» se llega y afirma la personalidad, al menos *in pectore*, del «empresario-grupo de empresas».

Debe además tenerse en cuenta que, según nuestro ordenamiento jurídico laboral (en una relativa discrepancia con la normativa comunitaria, bien que justificada por nuestra doctrina legal), «el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de cómputo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica»<sup>153</sup>.

A otro resultado se llegaría si se recurre al cómodo expediente de la responsabilidad solidaria de los componentes del «empresario-grupo de empresas», tan utilizado por nuestra jurisprudencia. No puede olvidarse que proclamada la solidaridad pasiva, en ese supuesto el grupo, en sí mismo

<sup>153</sup> STS, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 2009, precisando aquella sentencia que la STJCE de 7 de diciembre de 1995 (asunto 449/1993), al interpretar el artículo 1.º de la Directiva 75/129/CEE del Consejo de 17 de febrero de 1975, establece la noción comunitaria de centro de trabajo, por el que habrá de entenderse «según las circunstancias, la unidad a la que los trabajadores afectados por el despido están vinculados en el ejercicio de sus funciones». Según aquella resolución del Tribunal Supremo estamos ante una noción únicamente válida en el derecho comunitario, cuya traducción en cada versión lingüística nacional incorpora nociones diferentes (de «centro de trabajo en sentido estricto», pero también la noción de «empresa» o de «unidad local»), y de ahí deduce que la noción debe interpretarse «según las circunstancias», por lo que, afirma, semejante concepción comunitaria admite un tratamiento flexible. La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, procedió a la modificación de la directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, revisada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio. El objetivo de la Directiva, según paladinamente proclama su preámbulo, era «la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos», por la vía del progreso, a fin de «reforzar la protección de los trabajadores» y de superar las diferencias existentes a este respecto entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros, dada su «incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior», afirma la aludida resolución del Tribunal Supremo, añadiendo que en coherencia con el objetivo de la directiva de «reforzar la protección de los trabajadores», el artículo 5 de la misma (establecía), que «no (afectaba) a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores». Es decir, que la Directiva tenía «el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores», destacando que según la STJCE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/2005), «de los artículos 1.1 y 5 de la directiva 98/59 se desprende que (tuvo) por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, y que los Estados miembros (podían) adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores. La posterior STJCE de 15 de febrero de 2007 (asunto C-270/2005), según la meritada sentencia del Tribunal Supremo, abunda en lo anterior, afirmando que «conforme a su segundo considerando, el objetivo de la Directiva 98/59 (era) reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad». Concluyendo, «pues bien, esto es, precisamente, lo que lleva a cabo nuestra norma nacional, que establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria)».

considerado, desaparece, manteniéndose impertérrita la personalidad diferenciada e independiente de cada una de las empresas que, en una perspectiva meramente económica, componen y configuran el «empresario-grupo de empresas», aludiéndose entonces simplemente a un determinado y preciso régimen o sistema de responsabilidad, vicaria o garantista de la deuda de otro. Eludiéndose la existencia de un empresario relevante jurídicamente, como «empresario-grupo de empresas». Los responsables solidarios únicamente ocupan una posición pasiva, pero en ningún caso una posición activa, sin que se les pueda imputar, ni por ello puedan intervenir y hacer inmediatamente copartícipes de las decisiones económicas, técnicas, organizativas o de producción, pues aquellas son tomadas «por otra» entidad dotada de personalidad, el «empresario-grupo de empresas». Lo cual, permítase-me la alusión, constituye un error ontológico.

Las modulaciones sobre las causas de despido colectivo que naturalmente provoca la circunstancia de que el despido colectivo se pretenda por un «empresario-grupo de empresas» han sido reconocidas explícitamente por nuestra jurisprudencia, la cual tiene declarado que, acreditada la existencia del grupo («empresario-grupo de empresas»), «puesto que el artículo 51.1 del ET requiere una situación económica negativa de la empresa, no (es) suficiente la situación económica negativa de una de las sociedades que conforman dicha unidad empresarial (el grupo/ "empresario-grupo de empresas")»<sup>154</sup>.

## **VI. CONSECUENCIAS SOBRE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES Y LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS, DERIVADAS DE LA ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN DE DESPEDIR POR UN «EMPRESARIO-GRUPO DE EMPRESAS» (INTERVENCIÓN CRUCIAL EN LA DECISIÓN, O TOMA DE LA MISMA POR LA EMPRESA DOMINANTE O MATRIZ)**

Ha de partirse de que, al tenor de la normativa aplicable nacional y comunitaria, el empresario que, teniendo motivos suficientes para ello, se proponga llevar a cabo despidos colectivos «deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo» y «estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente»<sup>155</sup>, dice la norma comunitaria. «Deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo», que «se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores», establece nuestra legislación laboral<sup>156</sup>, la cual precisa, además, que «la comunicación de la apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral».

<sup>154</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993, SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de abril de 1997, y de la Comunidad Valenciana, de 8 de julio de 1999.

<sup>155</sup> Artículos 2.1 y 3.1 de la Directiva 98/59/CE.

<sup>156</sup> Artículo 51.2 del ET.

## 1. Aspectos generales.

Los representantes de los trabajadores en la empresa, sean unitarios (delegados de personal y comités de empresa) o sindicales (delegados y secciones sindicales) tienen atribuidos por el ordenamiento jurídico, comunitario y nacional, importantes y extensos derechos de información y consulta, de vigilancia y control, y de negociación colectiva, en multitud de normas, cuya operatividad es real y esencial tanto para el buen funcionamiento del sistema económico <sup>157</sup> y, dentro del mismo, imprescindible para el desenvolvimiento de las relaciones laborales.

Aquellos derechos de información y consulta comprenden facultades activas y pasivas, y se ven contrapesados por un «deber de sigilo profesional» <sup>158</sup>, que garantiza la reserva de los datos comunicados por el empresario con expresa advertencia de «confidencialidad», impidiendo su transmisión a los demás trabajadores, debiendo utilizarlos aquellos representantes solamente para su actividad representativa <sup>159</sup>.

Son derechos que, tradicionalmente, han sido reconocidos en nuestro ordenamiento al margen de la intervención (participación implicativa) de los trabajadores en la gobernanza de la empresa (participación en los órganos administrativos y de control de la sociedad-empresa <sup>160</sup>), concibiéndose como unos derechos de los trabajadores («información, consulta y participación» <sup>161</sup>) en la empresa que, en

<sup>157</sup> A título de ejemplo pueden citarse, en el ámbito nacional, la Ley 4/2009, de 1 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, «de participación institucional de los Agentes Sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma», artículos 1.1, 2.1 a) y 4.1 a) y c), y 5, y en el ámbito comunitario la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican diferentes Directivas, de fecha 30 de abril de 2009, COM(2009) 207 final, artículo 29.3, en relación el artículo 19.1.

<sup>158</sup> Artículo 65.2 y 3 del ET, según redacción dada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre artículo único.Seis y artículo 8 de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

<sup>159</sup> El derecho de información y consulta de los trabajadores tiene un amplio desarrollo comunitario. Así, pueden citarse la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al 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, la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, pero posiblemente la norma comunitaria más importante en la materia sea la Directiva 2002/14/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, que obedece a la necesidad de adoptar, sin duda por razones de funcionamiento del mercado único comunitario, una acción comunitaria en materia de información y consulta de los trabajadores en las empresas de la Comunidad.

<sup>160</sup> Los derechos informativos de los trabajadores, incluso cuando su implicación en la sociedad-empresa no se lleve a efecto mediante la participación en los órganos de administración o de control societarios, sino a través de procedimientos de información y consulta, no por ello pierden su singular amplitud, sino que incluso se amplían. Así, en relación con los deberes y derechos de reunión, el órgano de representación de los trabajadores, según el artículo 17.2 y 3 de la Ley 31/2006: a) «Tendrá derecho a mantener al menos una reunión anual con el órgano competente de la SE, sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente en relación con la evolución y las perspectivas en las actividades de la SE»; b) «Tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la SE más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias, para recibir la citada información y ser consultado sobre ella».

<sup>161</sup> Artículo 4.1 g), del ET, en la redacción dada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, artículo único.uno.

cuanto participativos, han de ejercitarse a través de representantes y órganos, predeterminados legalmente (los delegados de personal, los comités de empresa, los delegados y las secciones sindicales.) La implantación de aquellos derechos <sup>162</sup> se constituyó como una exigencia más del desarrollo del sistema de economía de mercado <sup>163</sup>.

Los representantes laborales, estrictu sensu, de los trabajadores son los destinatarios de la información que debe proporcionar el empresario, y que afecta directa e inmediatamente a los trabajadores, siendo principalmente receptores de aquella información (derecho de información pasiva, pero no meros y simples «buzones»), que pueden y deben trasladar a sus representados mediante medios legalmente predeterminados, establecidos por/en la empresa <sup>164</sup>. Los representantes de los trabajadores ejercen una labor de informar a sus representados en todos los temas y cuestiones en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en sus relaciones laborales (individuales y colectivas)<sup>165</sup>. Labor informativa que se puede concretar convencionalmente.

En unas ocasiones la información a procurar por el empresario consiste en datos que sólo indirectamente afectan a los trabajadores. Esto es, puede consistir en un mero o simple traslado de cifras, pero en otras ocasiones puede constituir información sustancial, que opera en el tradicional sistema de relaciones industriales como requisito previo o presupuesto de diversas manifestaciones de los derechos individuales y participativos <sup>166</sup>, y encuentran amparo tanto constitucional <sup>167</sup> como en Cartas y Declaraciones internacionales.

La Directiva 2002/14/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, regula el ejercicio de aquellos derechos en los Estados miembros de la Unión Europea, estableciendo singulares caute- las respecto de su transmisión, tanto de los representantes de los trabajadores a sus representados como del empresario a los representantes de los trabajadores, permitiendo que el empresario deje de informar o consultar a los representantes de los trabajadores cuando aquella información pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo.

<sup>162</sup> Así como los de vigilancia y control, y de negociación colectiva.

<sup>163</sup> Sobre el modelo de relaciones laborales en la Constitución y la participación en la empresa de los trabajadores, DE LA VILLA, L. E., «Acción obrera y sindical en la empresa Española» en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE, L. C. y GARCÍA-PERROTE, I., coordinadores), Publicaciones CEF, Madrid 2006, págs. 1.135 y ss; *Vid. GALBTAITH, J.K., op cit.* (Historia de la Economía), págs. 110-111, También en *op. cit.* (La economía del fraude inocente), págs. 18-25 y 38-41.

<sup>164</sup> Asambleas o reuniones, artículos 64 del ET y 8.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto en adelante LOLS), tablón de anuncios obligatorio en empresa del que han de disponer aquellos representantes, artículos 81 del ET y 8.2 de la LOLS y, a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir, mediante la utilización del correo electrónico o e-mail de la empresa, aunque esté destinado a la actividad de empresa y se conciba como de propiedad empresarial, indica la STC 28/2005, de 7 de noviembre, fundamentos jurídicos 5 a 8.

<sup>165</sup> *Vid.* artículos 64.7 e) y 9 del ET.

<sup>166</sup> Artículo 64.1, 2, 4, 5 y 6 ET. Además del derecho a tales informaciones también se les reconocen derechos de información en materias singulares, en otros preceptos laborales (así, en el art. 29.4 ET).

<sup>167</sup> Así, el artículo 129.2 de la Constitución de 1978 comienza indicando que «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa».

En todo caso, ni los representantes de los trabajadores ni los expertos que les asistan pueden revelar a terceros la información que se les haya comunicado con «carácter confidencial expresamente» por el empresario. Los derechos informativos de los trabajadores encuentran fundamento en el «diálogo social», en el «fomento de las relaciones de confianza mutua en la empresa», a fin de favorecer la participación de los trabajadores en su marcha y futuro de la empresa, incrementando su disponibilidad para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo <sup>168</sup>. Singular importancia se ha venido dando a la información y consulta a los representantes de los trabajadores sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, especialmente cuando pueda estar amenazado <sup>169</sup> en la empresa, o en cualquier centro de trabajo, por despidos colectivos.

La información y la consulta con la suficiente antelación, precisa aquella norma comunitaria, «constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo». La estrategia para el mantenimiento y mejora del empleo se basa en los conceptos de «anticipación», «prevención» y «empleabilidad», que han de ser incorporados como elementos clave en todas las políticas de empresa.

Destaca la norma comunitaria el inconveniente de que las regulaciones jurídicas nacionales existentes en materia de información y consulta de los trabajadores estén excesivamente orientadas hacia su facilitación y tratamiento a posteriori, cuando exigencias de desarrollo armonioso del mercado y de que todos los ciudadanos se beneficien del desarrollo económico imponen que aquellos derechos informativos y consultivos se satisfagan a priori del advenimiento de los correlativos acontecimientos.

Derechos de información y consulta de los trabajadores se amplían y fortalecen cuando de procesos de reestructuraciones o «modificaciones estructurales de las empresas» <sup>170</sup> se trata, en las que el recurso a «despidos colectivos» es habitual, cuando no económicamente imprescindible. Fenómenos a los que resulta especialmente proclive el «empresario-grupo de empresas». En aquellos procesos la legislación mercantil, sin perjuicio, y además de lo establecido en la legislación laboral <sup>171</sup>,

<sup>168</sup> Además de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación y fortalecer la competitividad de ésta.

<sup>169</sup> Especialmente en lo referente a formación y cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, de los despidos colectivos, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores que pudieran resultar afectados.

<sup>170</sup> Siguiendo el contenido del preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pueden definirse como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. También se incluye entre ellas «el traslado internacional del domicilio social aunque no siempre presente las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales».

<sup>171</sup> Según la disposición adicional primera apartado 1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, (titulada «derechos laborales derivados de modificaciones estructurales»), «lo previsto

impone a los gestores (administradores) de empresas/sociedades capitalistas el deber de evaluar las consecuencias que de los mismos se derivarán para los trabajadores <sup>172</sup>, así como unos deberes informativos a sus representantes extraordinariamente amplios <sup>173</sup>, procurándose su equiparación con los socios o accionistas (los «propietarios del capital»).

La legislación mercantil comunitaria, en una primera etapa, representada por la Directiva 78/855/CEE, relativa a las fusiones de sociedades, no efectúa referencia alguna a derechos informativos de los trabajadores, a través de sus representantes legales o sindicales, equivalentes o equiparables a los de los accionistas o partícipes, de tal manera que aquellos derechos se consideraban suficientemente atendidos mediante la normativa comunitaria referente a la protección de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas, de establecimientos o de partes de establecimientos (a la sazón regulados por la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977 <sup>174</sup>). Con el transcurso del tiempo, ya en época reciente, se inicia una segunda etapa, produciéndose un cambio de perspectiva en la que irrumpen los derechos informativos y de consulta de los trabajadores <sup>175</sup>, su participación en la empresa/sociedad <sup>176</sup>, incluyéndose, naturalmente, la protección de sus derechos e intereses <sup>177</sup>.

En el ámbito de la legislación laboral comunitaria ha de destacarse que ya la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989, estableció que, con carácter general, la información, la consulta y la participación de los trabajadores debían llevarse a cabo en el momento oportuno, «en particular cuando se produjeran reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores». Pero hubo de esperar a la

en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral».

<sup>172</sup> Al tenor del artículo 33 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, «los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia (...) a (...) las implicaciones de la fusión para (...) los trabajadores»; la misma previsión sustancialmente se establece en el artículo 96 de la misma ley para los supuestos de traslados.

<sup>173</sup> Vid. artículos 39, 73, 88 y 96 de Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Especialmente relevante es el régimen de los derechos informativos y de consulta de los trabajadores en las fusiones transfronterizas comunitarias, regulado en los artículos 60.2, 61, 65, y 67, de aquella ley.

<sup>174</sup> Sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al 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, que establece, en su artículo 12, lo siguiente: «La protección de los derechos de los trabajadores de cada una de las sociedades que se fusionen se organizará de conformidad con la Directiva 77/187/CEE».

<sup>175</sup> En la Directiva 2005/56 expresamente se indica que ha de ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta general que se ha de convocar para aprobar el proyecto de fusión, el informe destinado a los socios, que han de elaborar los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen, en el que han de explicarse y justificarse los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza, las implicaciones de dicha fusión para los socios, los acreedores, y los trabajadores. Incluso se previene que la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen podrá condicionar la realización de la fusión transfronteriza a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

<sup>176</sup> Vid. Directiva 2005/56, considerandos 12, 13 y 14.

<sup>177</sup> Sin embargo el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, únicamente previene en su exposición de motivos, considerando 45, que aquella norma «no implica menoscabo alguno de los derechos colectivos de los trabajadores, tal como se reconocen en las empresas afectadas, en particular por lo que se refiere a cualquier obligación de informar o consultar a los representantes reconocidos en virtud del derecho comunitario y la normativa nacional».

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo <sup>178</sup>, para que se estableciera una regulación laboral coherente en la materia, espoléada por la evolución económica, y las modificaciones de la estructura de las empresas que aquélla determinaba.

Los derechos de información y consulta de los trabajadores revisten, al tenor de su regulación jurídica, tanto de nuestro ordenamiento nacional como comunitario e internacional unas singulares características, siendo sobresaliente su carácter y naturaleza colectiva, y que se puede concretar en los siguientes términos:

- Los derechos de información y consulta están destinados a los representantes de los trabajadores, y no a los trabajadores a título individual, pero esa circunstancia no impide que a estos últimos se les pueda reconocer el derecho a ejercitar individualmente acciones para exigir el cumplimiento por el empresario de los deberes de información y consulta <sup>179</sup>.
- Los derechos de información y consulta, son de naturaleza colectiva, circunstancia que se desprende, especialmente, de una interpretación teleológica de aquella normativa nacional y comunitaria <sup>180</sup>.

<sup>178</sup> Materia inicialmente regulada por la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al 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. Norma comunitaria que fue modificada de forma sustancial por la Directiva 98/59/CE. La Directiva 2001/23, que deroga a ambas directivas (art. 12), es no obstante y sustancialmente una codificación de aquéllas, siendo adoptada porque subsistían diferencias en los Estados miembros en lo referente al alcance de la protección de los trabajadores en ese ámbito y convenía reducirlas.

<sup>179</sup> Destaca la STJUE de 16 de julio de 2009, Mono Car Styling SA, en liquidación, y Dervis Odemis y otros, asunto C-112/08, que, además, precisa lo siguiente: «Así, el décimo considerando y el artículo 2, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 98/59 hacen referencia a los expertos a los que los representantes de los trabajadores pueden recurrir debido a la complejidad técnica de los asuntos sobre los que se les pueda informar y consultar. Asimismo, el artículo 1, apartado 1, de dicha directiva, que contiene las definiciones a efectos de la aplicación de la misma, define el concepto de «representantes de los trabajadores», pero no el de los trabajadores. Del mismo modo, el artículo 2 de la directiva describe las obligaciones del empresario y el derecho de información y de consulta sólo con respecto a los representantes de los trabajadores. Igualmente, el artículo 3 de esta misma directiva establece la obligación de que se notifique a la autoridad pública competente cualquier proyecto de despido colectivo con toda la información útil referente a dicho proyecto y a las consultas a los representantes de los trabajadores, que deberán recibir del empresario una copia de dicha notificación y que podrán dirigir sus eventuales observaciones a dicha autoridad, pero no se conceden tales posibilidades a los trabajadores»; Indica el Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 43, de su escrito de conclusiones presentado el 21 de enero de 2009, en el asunto antes referido, que «la directiva no establece ni reconoce, por sí misma, derechos de carácter individual ni colectivo. Prevé que los Estados miembros deben reconocer, en caso de despido colectivo, algunas garantías de tipo procedimental». Afirmando en su conclusión 92 que «si tal derecho puede ser legítimamente, a la luz del CEDH y de los derechos fundamentales en general, un derecho colectivo, resulta totalmente admisible que también su tutela tenga carácter colectivo, a través de la eventual acción de los representantes de los trabajadores. En efecto, (...) puede considerarse esencial, a este respecto, un principio de simetría entre la titularidad del derecho sustantivo y la posibilidad de ejercitar una acción para solicitar su tutela. En virtud de ese principio, si un derecho es de carácter colectivo, también su tutela puede ser colectiva», proponiendo al Tribunal de Justicia que responda a la pertinente cuestión prejudicial en los siguientes términos: Que «el principio de tutela judicial efectiva no se opone a una normativa que, en caso de despido colectivo, reconozca el derecho de información y consulta como derecho colectivo y, en consecuencia, sólo permita ejercitar acciones, en el supuesto de que se vulnere dicho derecho, a los representantes de los trabajadores y no a los trabajadores individualmente considerados», pero que «no obstante, cuando el derecho de información y consulta se establezca en el ordenamiento nacional como derecho individual, el principio de tutela judicial efectiva se opone a una norma que sólo permita invocar ese derecho a los representantes de los trabajadores o que supedita la impugnación individual a una objeción previa formulada por los representantes de los trabajadores».

<sup>180</sup> Precisa la STJUE de 16 de julio de 2009, Mono Car Styling SA, en liquidación, y Dervis Odemis y otros, asunto C-112/08, que añade, «en la medida en que con la información y la consulta previstas en dicha directiva se pretende, en particular,

- Los derechos de información y consulta están concebidos en beneficio de los trabajadores como colectivo <sup>181</sup>.

## 2. Alteraciones en las finalidades del «periodo de consultas» y en la estructuración del «plan social».

Las «extinciones colectivas de los contratos de trabajo no deseadas por los trabajadores y, en consecuencia, sin su consentimiento», o despidos colectivos, no se dejan a la voluntad libérrima del empresario/empleador, como si de un despido disciplinario se tratase, dada su trascendencia social y económica general, además de individual para los trabajadores afectados. Como en los supuestos generales, también cuando el despido colectivo se pretende por un «empresario-grupo de empresas», se limitan las causas por las que se puede acudir a tan traumático sistema resolutorio de las relaciones laborales, se requiere la autorización de la autoridad pública competente para que ese empresario/empleador pueda proceder a los despidos, y se somete al rígido procedimiento administrativo (del que es colofón la resolución administrativa autoritativa/denegatoria, antes aludida) de despido colectivo («expediente de regulación de empleo»). La circunstancia poliempresarial y consolidada de semejante empresario no resulta indiferente, e influye de manera determinante en todos los aspectos, tanto sustantivos como procedimentales, del despido colectivo.

La negociación («consultas», en tanto que fenómeno de negociación colectiva) entre el empresario/empleador («empresario-grupo de empresas») que decide despedir (aun cuando la decisión la ejecute una determinada «empresa» del grupo) a una pluralidad relevante de trabajadores por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (despido colectivo), así como la determinación de quiénes han de ser «consultados», en cuanto que representantes de los trabajadores <sup>182</sup>, constituyen aspectos nucleares del procedimiento de despido colectivo sobre los que se proyecta la peculiar naturaleza del «empresario-grupo de empresas».

que sea posible, por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente, los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida directiva».

<sup>181</sup> Señala la STJUE de 16 de julio de 2009, Mono Car Styling SA, en liquidación, y Dervis Odemis y otros, asunto C-112/08.

<sup>182</sup> Indica la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero de 1999, que «no resulta prohibida la negociación colectiva sobre un derecho que tiene una vertiente individual, como la jubilación forzosa, cuya validez ha sido también reconocida por el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencias 58/1985, de 30 de abril y 95/1985, de 29 de julio, siempre que se cumplan determinadas condiciones (SSTS, Sala Cuarta, de 23 de julio de 1993 y 7 de noviembre de 1994). Y, por otra, que el artículo 51.8 del ET, al fijar la indemnización en el supuesto de ser autorizada la extinción de los contratos de trabajo (20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades) es de derecho necesario e indisponible, aunque indisponible *in peius*, porque es válido el establecimiento de indemnizaciones superiores, como han declarado, entre otras muchas, las sentencias de dicha Sala (Cuarta) de 19 de junio de 1986, 21 de enero de 1988, 12 de septiembre de 1989 y 26 de febrero de 1997. De acuerdo con esta doctrina, el pacto más favorable para el trabajador se impone a la indemnización que con carácter mínimo contiene el artículo 51.8 del citado Estatuto. Este precepto no configura, por tanto, una norma de derecho necesario absoluto, esto es, una norma imperativa absoluta, sustraída a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable. Se ha reconocido así la validez del pacto de mejora, más beneficioso que la norma legal; y que es lícito que se restrinja o reduzca la percepción del posible exceso indemnizatorio pactado a las condiciones que se estipulen, siempre que se respete el mínimo legalmente garantizado que constituye un límite a la autonomía de la voluntad».

La finalidad del periodo de negociación o «consultas» es múltiple <sup>183</sup>. Según nuestra legislación laboral <sup>184</sup>, deberá versar sobre las causas motivadoras del «expediente de regulación de empleo» (procedimiento de despido colectivo), la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, y la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. Al tenor de la legislación comunitaria <sup>185</sup>, las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, y las posibilidades de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Aquellas finalidades están, como es natural, íntimamente vinculadas, dependiendo las medidas a adoptar en cada caso, en definitiva, de la causa que ha llevado a tan drástica decisión empresarial de despedir colectivamente. Evitar o reducir los efectos de la pertinente causa dependerá de si las prestaciones de servicios de los trabajadores pueden realizarse en otros establecimientos del «empresario-grupo de empresas», asumiendo, a la postre, lo que es un despido colectivo, los perfiles propios de despidos por causas objetivas. Semejante transformación se opera automáticamente por el hecho de afirmarse la existencia, y consiguiente personalidad, del «empresario-grupo de empresas».

Esto es, producida aquella transmutación, el punto neurálgico y condicionante del despido colectivo, que es el estado latente de «crisis económica» del empresario/empleador, sufre una importante alteración consecuente a la especificidad estructural del «empresario-grupo de empresas», que se vinculará a la concreta causa aducida para justificarlo <sup>186</sup>. Así, respecto de las causas económicas, la mudanza consistirá en que su finalidad habrá de referirla fundamentalmente a contribuir decisivamente a la superación de situaciones materialmente negativas que actúen sobre el equilibrio de ingresos y gastos consolidados, y que se identifiquen como una situación perniciosa global, económicamente hablando <sup>187</sup>. En relación con las causas técnicas, la conversión automática consistirá en limitarlas a las que puedan producir y efectivamente produzcan alteraciones o modificación de concretos procesos de producción, desarrollados en un determinado centro de trabajo o en la introducción de nuevos centros de trabajo, no susceptibles de sustitución alguna, que conlleven una necesaria e inevitable reestructuración productiva. En relación con causas organizativas, la transmutación se referirá a que solamente serán admisibles las que contemple el grupo entero, no en su plural composición, sino en su unidad y unitariedad, no bastando simples reajustes de la organización productiva, aun cuando se fundamenten en una previa inversión empresarial para la renovación de los bienes de equipo, y finalmente respecto de las causas de producción, aquella transformación automática tendrá como consecuencia que minimizará los efectos originados en dificultades que el entorno pueda ocasionar a la capacidad productiva de toda la estructura empresarial, plural y compleja, y que raramente impondrán una transformación o reducción de la producción no compensable o absorbible <sup>188</sup>.

<sup>183</sup> Vid. NORES TORRES, L.E., *El desarrollo del periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*, CES, Madrid 2000, págs. 160 y ss.

<sup>184</sup> Artículo 51.4 del ET.

<sup>185</sup> Artículo 2.2 de la Directiva 98/59.

<sup>186</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2008.

<sup>187</sup> Véase nota anterior.

<sup>188</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2009.

El generalmente conocido como «plan social», resultado del indicado proceso «negociador» o de «consultas», ha de calificarse como un «acuerdo o pacto colectivo de empresa»<sup>189</sup>, sin que la intervención de «empresario-grupo de empresas» decidiendo acudir a la medida de despido colectivo atente en absoluto contra tal calificación. Constituye un conjunto de «medidas sociales de acompañamiento», acordadas entre el empleador/empresario y los representantes de los trabajadores, con la finalidad de atenuar o reducir las consecuencias del despido colectivo, cuyo contenido solamente está predeterminado por la finalidad que con ellas se pretende conseguir. Pero no sólo eso, pues aquellas medidas también han de ser aptas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial que ordena la norma<sup>190</sup>, medidas que deben separarse conceptualmente de las tendentes a atenuar las consecuencias y efectos del despido colectivo sobre los trabajadores afectados. No obstante, puede concluirse que «la exigencia del plan se conecta con la búsqueda de un equilibrio entre los principios de continuidad y viabilidad de la empresa y los de estabilidad en el empleo y protección del trabajador»<sup>191</sup>, todo lo cual es más factible, y por ello más exigible, en un «empresario-grupo de empresas» que en otras organizaciones empresariales no plurales.

El «plan social», según la normativa española, ha de acompañar a la «solicitud de iniciación» del procedimiento de «regulación de empleo» (despido colectivo), en las empresas con más de cincuenta trabajadores<sup>192</sup>, debiendo considerarse que en el supuesto de un «empresario-grupo de empresas», desde el punto de vista formal y en cuanto al número de empleados, éstos deberán referirse a la totalidad de las plantillas de las empresas que componen el «empresario-grupo de empresas», y que la proposición de medidas de esa naturaleza por aquel empresario han de considerarse exigibles, en todo caso. No obstante, la presencia del «empresario-grupo de empresas» no salva la tacha de «insuficiencia», atribuida a su regulación legal<sup>193</sup>.

De entre las medidas naturalmente propicias para ser incluidas en el «plan social» en el supuesto de un «empresario-grupo de empresas», sobresalen las de integración o recolocación<sup>194</sup> de los

<sup>189</sup> En este sentido se pronuncia BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, pág. 179.

<sup>190</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 215.

<sup>191</sup> BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 128; También VIDA, J., MONEREO, J.L., y MOLINA, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Comares, Granada 2005, pág. 568.

<sup>192</sup> Artículo 51.4 del ET y 6.1 c) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, con una cierta discrepancia. Pero que no impone la normativa comunitaria. Lo cual no significa que no puedan acompañarlo las empresas de menos de cincuenta trabajadores. Se ha distinguido entre el «plan» y las medidas adoptadas para atenuar o reducir los efectos del despido colectivo, indicando BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 126, que «aunque la finalidad puede ser la misma, jurídicamente nos encontramos ante dos cuestiones diferentes: de un lado, el contenido mínimo de las consultas, exigido por la normativa comunitaria y aplicable a cualquier empresa; y, de otro, la necesidad de acompañar a la solicitud un plan de acompañamiento social, no exigido por la directiva comunitaria y aplicable, únicamente, a las empresas de cincuenta o más trabajadores, sin perjuicio de que éste pueda corresponderse, en ocasiones, con el contenido del acuerdo que pudiera alcanzarse durante las consultas», tachando además la regulación legal, en págs. 129-131, de «inconcreta» e «indeterminada»; Vid. SERRANO GARCÍA, J.M.<sup>a</sup>, *El Plan Social en los Despidos Colectivos*, Lex Nova, Valladolid 2002, especialmente págs. 206 s.; DEL REY GUANTIER, S., «Los despidos colectivos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma [arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores]», *Relaciones Laborales*, nums. 17-18, 1994, págs. 201 y ss. NAVARRO NIETO, F., *Los Despidos colectivos*, Civitas, Madrid 1996, especialmente págs. 172 y ss.

<sup>193</sup> BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 127; También GOERLICH, J.M., «Los despidos colectivos» en *Comentarios a las Leyes Laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, AA.VV. (BORRAJO, E., dir.) Edersa, Madrid 1994, pág. 146.

<sup>194</sup> Vid. SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2003, y de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2009.

afectados en otros puestos de trabajo, en la misma empresa o en otras que compongan la estructura de aquel empresario plural, habiéndose destacado que «se podría operar como si de una empresa única se tratase»<sup>195</sup>, de tal manera que las recolocaciones en ningún caso se deberán considerar como «externas» cuando se produzcan en el seno de esa compleja estructura empresarial del «empresario-grupo de empresas». Lo mismo puede decirse de otras posibles medidas como la redistribución de la jornada entre los trabajadores empleados, supuesto en que habrán de tenerse en cuenta todas las empresas componentes del «empresario-grupo de empresas», así como en los supuestos en que se convengan excedencias voluntarias con compromisos de recolocación.

La circunstancia de que el despido colectivo se proponga por un «empresario-grupo de empresas» no minimiza, sino que incrementa la importancia y trascendencia del plan dentro del procedimiento de despido colectivo, potenciándose su condición de requisito ineludible procedimental inicial, tanto desde un punto de vista formal como sustantivo o material<sup>196</sup>, acentuándose la exigibilidad de medidas de acompañamiento eficientes tanto porque la dimensión ordinaria del empleador posibilita su realización y cumplimiento, como porque las consecuencias socioeconómicas de tales despidos colectivos suelen ser especialmente relevantes.

### 3. Modulaciones del procedimiento de despido colectivo («expediente de regulación de empleo»), y efectos sobre la extinción de los contratos de trabajo.

El despido colectivo requiere ineludiblemente de autorización de la autoridad pública competente<sup>197</sup>, acto administrativo<sup>198</sup>, resultado del desarrollo de un determinado procedimiento, en el que

<sup>195</sup> BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 131.

<sup>196</sup> Porque la misma «sólo establece el objetivo de las medidas a adoptar y un elenco de algunas, obviando claramente una delimitación precisa del contenido del plan y, lo que resulta más llamativo, no incluyendo ninguna indicación sobre su régimen jurídico y sobre las posibles consecuencias de su incumplimiento formal y material», precisa BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, págs. 134-135, añadiendo que «no cabe duda de que el plan constituye un material imprescindible para abordar con seriedad el periodo de consultas ya que debiendo versar éste entre otras cuestiones sobre la posibilidad de evitar o reducir los efectos del expediente, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados por el plan aportado por la empresa y entregado a los representantes de los trabajadores fija la postura empresarial sobre tales aspectos de las consultas y constituye elemento de trabajo imprescindible para los interlocutores de las consultas».

<sup>197</sup> Precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2002, lo siguiente: «Como señala el artículo 51.5 del ET, sólo puede eludir la Autoridad Laboral el dictado de la resolución autorizando la solicitud empresarial para la extinción de contratos de trabajo en expediente colectivo, cuando aprecie, de oficio o a instancia de parte, la existencia de «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho» en la consecución del acuerdo, en cuyo caso lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la Autoridad Judicial. Es ésta una previsión que completa el artículo 146 b), de la LPL, que dice que procede el proceso judicial de oficio como consecuencia del acuerdo de la Autoridad Laboral competente, cuando ésta aprecie dolo, coacción, o abuso de derecho, en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51.5 del ET. Por tanto, el único camino posible por parte de la Autoridad Laboral para evitar la aprobación de un expediente de regulación de empleo por concurrencia de fraude es instar de oficio demanda ante el Juzgado de lo Social. Y sin que a ello pueda obstar una posible excepción de que el apartado "e" del artículo 146 de la LPL, a diferencia del artículo 51.5 del ET, no haga referencia expresa al "fraude", como causa habilitante de la tramitación y resolución de la demanda de oficio, porque, a pesar de la deficiente técnica (que no puede negarse que concurre) debe señalarse que el fraude no es sino la manifestación del posible vicio determinante de éste, que relacionan, en la lista cerrada, ambos preceptos, y concretamente el dolo, la coacción o el abuso de derecho. Es decir, ya el dolo, ya la coacción, ya el abuso de derecho, directamente o como causantes, o no, de error en la manifestación del consentimiento de una de las partes, es lo que determina el fraude y habilita la declaración de nulidad»; aquellos vicios son desarrollados y explicados por la STS, Sala de lo Social, de 15 de julio de 1994.

<sup>198</sup> Que ha de ser motivado y congruente, *Vid.* RIVERO, J. y DEL VAL A., «Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales», *Actualidad Laboral*, núm. 26, 1997, págs. 618 ss.; NAVARRO NIETO, F., *Los despidos colec-*

se llevan a cabo unas denominadas «consultas», entre el empresario y los representantes de los trabajadores, «con vistas a llegar a un acuerdo» sobre los despidos colectivos que se van a realizar, y también para tratar de atenuar las consecuencias del despido colectivo, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. Esas «consultas» no pueden sino considerarse, en esencia, un medio para realizar una negociación <sup>199</sup>. Mediante aquel acto administrativo «se produce de facto la remoción del impedimento legal que, bajo la sanción de nulidad, no permite al empresario efectuar despidos colectivos, con independencia de la existencia de causa» <sup>200</sup>.

Así se deduce de la regulación contenida en la Directiva 98/59 y en nuestra legislación. Como precisa esta última, «es obligado que se lleve a cabo la tramitación del «procedimiento de regulación de empleo» que prescriben los números 2 y siguientes del artículo 51 del Estatuto y el Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, y que se dicte por la Autoridad Laboral la pertinente resolución autorizando las extinciones de los contratos con arreglo a los números 5 y 6 de ese artículo» <sup>201</sup>.

*tivos*, Civitas, Madrid 1996, págs. 222 y ss., GÓMEZ OREA, M., «Despidos colectivos y principio de congruencia», en «Los despidos por causas económicas y empresariales», AA.VV., (CRUZ, J. coord.), Tecnos, Madrid 1996, págs. 198 y ss.

<sup>199</sup> Como precisa el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en las conclusiones 51 y 52, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08; *Vid.* GÓMEZ CABALLERO, P., «El valor del acuerdo de regulación de empleo del artículo 51.5 ET y el derecho a contratar», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1992, pág. 480 ss. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., «Expedientes de regulación de empleo», Editorial Trotta, Madrid 1993, especialmente págs. 148 y ss. PRADOS REYES, F.J., «Despidos colectivos», en *La Reforma Laboral de 1994* (ALARCÓN CARACUEL, R., coord.), Marcial Pons, Madrid 1994, especialmente págs. 243 y ss.

<sup>200</sup> BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 259, que añade, «en efecto, nuestro ordenamiento jurídico condiciona la validez de las extinciones colectivas no sólo a la concurrencia de la causa, sino a la constatación de su existencia por la autoridad laboral a través del oportuno expediente de regulación de empleo que pone fin a un procedimiento administrativo que constituye requisito procedimental intrínseco de este tipo de extinciones contractuales».

<sup>201</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2007; no obstante, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor han sido extremadamente indulgentes, con dudoso acierto, respecto de la exigencia de la tramitación del denominado «expediente de regulación de empleo». Así, indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2007, lo siguiente: «Sobre la falta de tramitación del expediente de regulación de empleo, no se ignora que la cesación total de la actividad fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y que conlleve la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla, determina la existencia de un despido colectivo (siempre que el número de afectados sea superior a cinco) que (sobrelleva) la solicitud de autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario. Ahora bien, resulta necesario hacer varias precisiones: la primera, que (...) del cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero del artículo 51.1 ET se excluyen las previstas en el párrafo "c" del artículo 49.1 del ET, es decir, las extinciones de contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio determinado (así dispone el párrafo cuarto del artículo 51.1 del ET), (...); la segunda, que el artículo 51.2 del ET, cuando contempla la solicitud de autorización para la extinción de contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo, se refiere previamente al "empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo", modalidad de despido que permite se beneficie de la extinción con las indemnizaciones previstas en el artículo 51.8 del ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades), inferiores a las previstas para el despido ordinario (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades); Según la STSJ de Baleares, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2004, «es cierto, (...), que, para efectuar un despido colectivo, el artículo 51.2 de la ET obliga al empresario a recabar la previa autorización administrativa conforme al procedimiento de regulación de empleo, y que el artículo 124 de la LPL sanciona con la nulidad del acuerdo empresarial la inexistencia de dicha autorización. Ahora bien, esta normativa rige, sin duda, cuando el empresario se propone lograr la consecuencia económica que la ley asigna a la extinción colectiva de contratos de trabajos, consistente, según el artículo 51.8 del ET, en una indemnización a cada trabajador de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades. Cuando, como dice el artículo 51.2 "tenga la intención de efectuar un despido colectivo". No puede regir, en cambio, en el caso de que el empresario opte por prescindir de las ventajas que le proporciona la figura del despido colectivo y prefiera alternativas jurídicas que lleven aparejadas para el trabajador un tratamiento

Al extremo es importante la existencia de aquel procedimiento administrativo, ya que el mismo es determinante de la atribución de competencia jurisdiccional<sup>202</sup>, así como de la nulidad<sup>203</sup> de los despidos efectuados por el empresario de haber prescindido absolutamente del mismo. Cuestión diferente es que se cometan irregularidades en su tramitación que habrán de valorarse, en cada caso, para poder llegar a determinar si los despidos efectuados al amparo de la resolución administrativa recaída son nulos.

El procedimiento de despido colectivo viene exigido por la legislación comunitaria, según la cual por una parte el empresario estará obligado a notificar, por escrito, cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente, y por otra parte, cuando tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Debiendo tener aquellas consultas el contenido mínimo ya indicado, estando obligado el empresario a facilitar a los representantes de los trabajadores en tiempo hábil, a fin de permitirles formular propuestas constructivas, «toda la información» pertinente, y comunicarles, en cualquier caso, por escrito, determinados y precisos extremos<sup>204</sup>. Aquella legislación también obliga al empresario a transmitir a la autoridad pública competente una copia de esa comunicación escrita. Nuestro ordenamiento jurídico regula aquel procedimiento del artículo 51 del Estatuto y el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, coincidiendo sustancialmente con el mandato comunitario.

La postulación de aquel procedimiento por un «empresario-grupo de empresas» no produce una derogación o alteración sustancial de su contenido, pero sí requiere de singulares interpretaciones que se deducen de semejante intervención. El fundamento de las mismas se halla en la disonancia que representa el que sea el «empresario-grupo de empresas» quien adopta la decisión de despedir

rotunda e inequívocamente más beneficioso. Así sucede si la misma comunicación extintiva califica de improcedente la decisión y pone a disposición del interesado la superior indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicios hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades que establece el artículo 56.2 del ET»; Las SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 6 y 10 de marzo de 2003, precisan que «la posibilidad de acogerse a la modalidad del despido colectivo con la indemnización reducida que dispone el artículo 51.8 del ET es facultad que el legislador atribuye a las empresas y precisamente en su beneficio, sin que el trabajador pueda denunciar el hecho de que aquéllas acudan al despido ordinario en situaciones que les permitiesen acogerse a aquella modalidad extintiva, siendo así que el despido ordinario es más beneficioso para los empleados al comportar, en el caso de ser improcedente, una indemnización de más del doble que la prevista para los ceses colectivos».

<sup>202</sup> Indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2008 que «cuando se ha producido la extinción de una relación laboral por parte de una empresa en supuestos de despido colectivo en los que se ha utilizado previamente el procedimiento administrativo previsto en el artículo 51 del ET y en los artículos 5 y ss. del Reglamento de tales procedimientos, aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, (...) en tales supuestos la competencia para conocer de la decisión empresarial es de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no porque el problema deje de tener la naturaleza social que tiene cualquier decisión empresarial cuando decide la extinción de una relación laboral, sino porque en tanto en cuanto ha existido un pronunciamiento expreso de la autoridad laboral autorizando la extinción de un concreto contrato por causas económicas (tecnológicas, organizativas o reproducción) cualquier impugnación del acto empresarial de ejecución de aquella resolución supone, si no formalmente, si materialmente la impugnación de la decisión administrativa en que aquella extinción se acordó».

<sup>203</sup> STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 1992.

<sup>204</sup> Los motivos del proyecto de despido, el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido, y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las establecidas por las legislaciones o prácticas nacionales.

colectivamente, en cuanto que empresario real y efectivo de los trabajadores de todas y cada una de las empresas integradas en su estructura, pero que carece de personalidad jurídica independiente, en cuanto que no le está atribuida formal y explícitamente por el ordenamiento jurídico al margen de la personalidad de sus componentes. Éstos, a su vez, y en cuanto que empresarios dotados de personalidad jurídica (ordinariamente plena), aparecen como contraparte o empleadores en los contratos de trabajo concluidos con aquellos trabajadores que figuran en sus plantillas laborales, y consiguientemente en todas las incidencias relativas a los derechos colectivos e individuales laborales derivados de aquellos contratos y, naturalmente, en la extinción por despido de los contratos de trabajo, siendo por ello los que ejecutan la decisión (del «empresario-grupo de empresas») de despedir colectivamente respecto de «sus» trabajadores.

Por ello, con carácter preliminar, ha de resolverse la cuestión de quiénes son parte en el procedimiento de despido colectivo (o «expediente de regulación de empleo»), tanto por parte del empresario como de los trabajadores. Aquella problemática debe solventarse, en lo que hace a la representación de los trabajadores, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 94/45/CE<sup>205</sup> y la Ley 10/1997, de 24 de abril, por más que parezca ser otra la posición de la jurisprudencia comunitaria. En cuanto a la consideración de la parte empresarial, ha de sustanciarse conforme a los criterios antes establecidos para definir y delimitar al «empresario-grupo de empresas»<sup>206</sup>.

Precisamente porque nos hallamos ante un empresario/empleador singular, el «empresario-grupo de empresas», ha de acudir a su concepto, noción o definición y considerar ésta relevante a todos los efectos, sin que interfiera en ello que un concreto ordenamiento jurídico, le reconozca o no personalidad jurídica propia (cuestión siempre relativa, en cuanto que discrecional si no arbitraria) y diferenciada de las empresas componentes de su estructura. No pareciendo afortunada la posición de la jurisprudencia comunitaria que, con una desmesurada vinculación al tenor literal de la norma (comunitaria), indica que «ninguna disposición de (la) Directiva 98/59/CE puede interpretarse en el sentido de que pueda crear tal obligación (de consulta en los despidos colectivos) para la sociedad matriz», de tal modo que, continúa afirmando, «incumbe siempre a la filial, como empresario, llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores que puedan verse afectados por los despidos colectivos previstos y, en su caso, soportar ella misma las consecuencias del incumplimiento de la obliga-

<sup>205</sup> Del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

<sup>206</sup> Según la Directiva 94/45/CE se entiende por «empresa que ejerce el control, la empresa que pueda ejercer una influencia dominante en otra empresa ("empresa controlada")», por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos». Presumiéndose, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) Posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, o, b) Disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa, o, c) Pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa (...), los derechos de voto y de nombramiento que ostente la empresa que ejerce el control incluirán los derechos de cualquier otra empresa controlada y los de toda persona u órgano que actúe en nombre propio pero por cuenta de la empresa que ejerce el control o de cualquier otra empresa controlada (...), una empresa no se considerará "empresa que ejerce el control" respecto de otra empresa de la que posea participaciones cuando se trate de una de las sociedades contempladas en las letras a) o c) del apartado 5 del artículo 3 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas» (art. 3 de la Directiva 94/45/CE). Con sustancial identidad se define y delimita la «sociedad que ejerce el control» en el artículo 4 de la Ley 10/1997. Bien que esa definición y delimitación de un «grupo de empresas» tenga la única finalidad de delimitar en qué supuestos es obligatoria la constitución del comité de empresa europeo o establecer el procedimiento de consultas pertinente.

ción de llevar a cabo consultas, si no se le ha informado inmediata y correctamente de una decisión de su sociedad matriz que haga necesarios tales despidos», porque según el cuestionable parecer del Tribunal de Justicia comunitario, «en el contexto de un grupo de empresas (...) una decisión de la sociedad matriz cuya consecuencia directa sea obligar a una de sus filiales a extinguir los contratos de los trabajadores afectados por los despidos colectivos sólo puede adoptarse (por) dicha filial, ya que lo contrario expondría a ésta, como empresario, a las consecuencias del (cumplimiento o incumplimiento del) procedimiento (de despido colectivo)»<sup>207</sup>.

Desconoce en semejante perorata el Alto Tribunal comunitario tanto la relatividad de la personalidad jurídica como la unitariedad del patrimonio (consolidado) del «empresario-grupo de empresas». No pareciendo acertado el razonamiento que ofrece para fundamentar su extravagante posición, el cual se reconduce sustancialmente a que:

a) Por una parte, la normativa comunitaria (art. 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE), al prever expresamente que sólo un/el empresario está obligado a realizar consultas en tiempo hábil con los representantes de los trabajadores, resulta que «identifica únicamente al empresario (formal, con el que cada trabajador tiene suscrito su respectivo contrato de trabajo) como responsable de proporcionar toda la información pertinente a los representantes de los trabajadores».

b) Por otra parte, aquella misma normativa<sup>208</sup>:

- «No prevé en ninguna forma una obligación a cargo de la sociedad matriz».
- «Sólo indica que las obligaciones de información y de consulta establecidas por la Directiva 98/59/CE se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él».
- «En lo que atañe a la obligación de consulta, (establece) que el cumplimiento de ésta incumbe únicamente al empresario, incluso cuando la sociedad matriz, que ejerce el control de éste, toma la decisión que conduce a los despidos colectivos».

No es de recibo semejante argumentación, por más que pretenda matizarla el indicado órgano jurisdiccional comunitario, indicando lo siguiente:

A pesar de que aquella normativa «no prevé expresamente ninguna obligación a cargo de la sociedad matriz en materia de información, de consulta y de notificación, no deja de ser cierto que, si la sociedad matriz toma la decisión que conduce a los despidos colectivos, esa última está obligada a facilitar la información necesaria al empresario interesado, sobre quien ejerce el control, para que ese último esté en condiciones de cumplir debidamente todas las obligaciones de información, de consulta y de notificación previstas por la Directiva 98/59/CE».

<sup>207</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>208</sup> Indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en sus conclusiones 38, 39, 40 y 42, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

Consecuentemente con aquella argumentación general, y continuando con el denunciado excesivo apego a la letra de la ley, el Alto Tribunal comunitario concluye lo siguiente <sup>209</sup>:

«Esa obligación de la sociedad matriz consistente en facilitar la información necesaria sólo es por tanto eficaz en las relaciones empresario-sociedad matriz, (y) no abarca la obligación de consulta propiamente dicha». Esto es, que «el cumplimiento de esa obligación de consulta incumbe al empresario (en cuanto que contraparte de cada trabajador en los contratos de trabajo de quienes componen su plantilla) con independencia del hecho de que los despidos colectivos sean proyectados o previstos por el empresario o por la sociedad matriz» <sup>210</sup>.

Respecto a la representación de los trabajadores, ha de considerarse interlocutor óptimo al comité de empresa conjunto, «europeo» en las «empresas-grupos de empresas» de dimensión comunitaria, pues aplicando analógicamente su régimen, éste debe ser informado y consultado en materia de despidos colectivos. Esto es, aquel comité debe ser parte en el procedimiento de despido colectivo («expediente de regulación de empleo») cuando, por causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción», atinentes al «empresario-grupo de empresas», la empresa que «ejerce el control» (empresa/sociedad dominante, cabecera o matriz) decida que ha de procederse a una reducción de costos laborales mediante despidos colectivos, en todas o alguna(s) de las empresas controladas (filiales o dependientes).

Es cierto que ni la normativa española ni la comunitaria previenen expresamente que semejante representación de los trabajadores sea parte en los procedimientos de despido colectivo, sino solamente que sea informada sobre la existencia de los mismos, lo cual, no puede negarse, es consecuente (consecuencia patológica) de la falta de atribución expresa de personalidad jurídica al «empresario-grupo de empresas» <sup>211</sup>, pero no es menos cierto que la misma normativa admite que puedan atribuírsele tales competencias <sup>212</sup>. Alternativamente, como criterio subóptimo, podría acudir a la constitución de comités intercentros, cuya constitución y funciones están remitidas al ámbito convencional (art. 6.3 ET), bien que con respeto siempre de la proporcionalidad resultante de las elecciones a miembros del(los) comité(s) de empresa.

Lo que es inadecuado es considerar competentes a los representantes de los trabajadores, o representación social, en el ámbito de la(s) concreta(s) empresa(s) dependiente(s) o controlada(s), al haberse decidido el despido colectivo por el «empresario-grupo de empresas» <sup>213</sup>, y eso sin perjuicio

<sup>209</sup> Incluso puede afirmarse que aquella interpretación en una perspectiva positivista radical no es irreprochable, al resultar sólo ajustada que a la literalidad de norma concreta, con olvido del resto del ordenamiento jurídico.

<sup>210</sup> Indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en sus conclusiones 40, in fine, y 78, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

<sup>211</sup> Según el artículo 18.3 de la Ley 10/1997, «el comité de empresa europeo deberá ser informado con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente en los casos de traslados de empresas, de cierres de centros de trabajo o empresas o de despidos colectivos. Además, tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con la dirección central, o con cualquier otro nivel de dirección de la empresa o grupo más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias, al objeto de recibir la citada información y de ser consultado sobre ella. Esta reunión o reuniones serán, en su caso, adicionales a la reunión anual».

<sup>212</sup> Artículos 12.1 d) de la Ley 10/1997 y 6.2 c) de la Directiva 94/45/CE.

<sup>213</sup> Cuando no exista comité intercentros, precisa BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 186, que «la utilización del plural por parte del artículo 51.4 del ET resuelve el problema: será la mayoría de los Comités de empresa y, en su caso delegados de personal, los que habrán de ponerse de acuerdo».

de que aquéllos pudieran tener toda la información necesaria, pues la defensa a ultranza de los intereses de sus representados, los trabajadores de la empresa controlada en la que se lleve a efecto el despido colectivo, podría ir en perjuicio de los demás trabajadores del «empresario-grupo de empresas», cuyos intereses, en todo caso, resultarían afectados.

La determinación del momento en que se han de iniciar las negociaciones o «consultas», cuando la decisión de despedir colectivamente ha sido ideada, concebida o adoptada por un «empresario-grupo de empresas» (mediante la intervención directa o indirecta de la empresa/sociedad que ostente la condición de dominante) y el despido colectivo se lleva a cabo en alguna de las empresas/sociedades dependientes no es fácil, debiendo dilucidarse «si el momento del nacimiento de esta obligación es aquel en el que se aprecie qué decisiones estratégicas o cambios referidos a la actividad empresarial harán necesarios despidos colectivos, o el momento en que se tenga la intención de adoptar tales decisiones o cambios de los que quepa prever qué harán necesarios tales despidos»<sup>214</sup>.

Ha de repararse en que, en todo caso, «las obligaciones de consulta y notificación que recaen sobre el empresario nacen con anterioridad a una decisión de éste de extinguir los contratos de trabajo»<sup>215</sup>, porque en tal momento «aún existe la posibilidad de evitar o, al menos, reducir los despidos colectivos o de atenuar sus consecuencias»<sup>216</sup>. Esto es, dada la finalidad que se atribuye legalmente a las «consultas» (en esencia un medio para realizar una negociación), «se prevé que el empresario las inicie en tiempo hábil, es decir, en un momento en el que, en razón de su función, la consulta ofrece a los representantes de los trabajadores la posibilidad de participar de forma eficaz en esa negociación»<sup>217</sup>.

Dado que la obligación del empresario de consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores se origina «cuando tenga la intención de efectuar despidos colectivos», resulta que el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas está vinculado a que el empresario tenga la intención de realizar despidos colectivos, al «proyecto» de despido colectivo, siendo pues la existencia de tal intención, su actualidad o propósito objetivo y serio, el factor que genera aquellas obligaciones. La normativa aplicable, tanto española como comunitaria, utiliza una expresión, «tener la intención», que «por sí misma no es apta para determinar el momento preciso en el que nace la obligación de consulta. Por ello, para concretar ese momento es preciso un esfuerzo interpretativo»<sup>218</sup>,

<sup>214</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>215</sup> STJUE de 27 de enero de 2005, Junk, asunto C-188/03.

<sup>216</sup> Véase nota 214.

<sup>217</sup> Indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la concusión 53, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

<sup>218</sup> Destaca el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la concusión 46, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08, el cual, precisa que «en las versiones lingüísticas de la Directiva 98/59/CE distintas de la francesa, el verbo *envisager* se expresa mediante términos como "tener la intención" (versión española), *beabsichtigen* (versión alemana), *contemplate* (versión inglesa) y *prevedere* (versión italiana)». En sus conclusiones 70-74, alude a las divergencias existentes en la propia Directiva 98/59/CE, aludiendo, por una parte, a las divergencias que se advierten entre los apartados 1 y 4 de (su) artículo 2, pues el apartado 1 se refiere al supuesto de que el empresario «tenga la intención» de efectuar despidos colectivos, en tanto que el apartado 4 menciona una «decisión» relativa a los despidos colectivos,

y lo primero que se advierte es que con la utilización de aquella expresión parece quererse indicar que el deber de «consultar» (negociar) «naciera de la existencia de una intención del empresario de efectuar un despido colectivo»<sup>219</sup>.

Efectivamente, según la precisión normativa la obligación de llevar a cabo las «consultas» previstas legalmente parece originarse cuando el empresario tenga la intención de efectuar un despido colectivo o elabore un proyecto de despido colectivo<sup>220</sup>, lo cual requiere de aclaraciones cuando el despido colectivo se decide por o en el seno de un «empresario-grupo de empresas», lo cual además resulta de la máxima actualidad porque nos encontramos en un «contexto económico marcado por la existencia de un número creciente de grupos de empresas»<sup>221</sup>.

Para la eficacia de la negociación misma (las «consultas») y para que la participación de los representantes de los trabajadores sea útil a las finalidades pretendidas, «es necesario que (las consultas) tenga(n) lugar en un momento en el que la negociación pueda tener un objeto suficientemente determinado (y) ese momento sólo puede coincidir con (aquel) en el que es posible apreciar que existe una intención del empresario de efectuar un despido colectivo, o cuando menos que el empresario prevé ya la posibilidad de realizarlo como consecuencia de las medidas proyectadas. Únicamente en ese momento es posible considerar que el empresario está obligado a realizar consultas. Antes de ese momento no pueden materializarse ni una participación real de los representantes de los trabajadores en la toma de una decisión relativa al empleo de éstos, ni alternativas reales; por consiguiente, no sería útil una consulta»<sup>222</sup>.

aludiendo también a los diferentes tiempos utilizados en los verbos referidos a la «decisión» en algunas versiones lingüísticas del apartado 4 (por ejemplo el uso del imperfecto en alemán (*getroffen wurde*), del presente continuo en inglés (*is being taken*), del presente en francés (*émane*) y del pretérito perfecto en finés (*on päättänyt*). Indicando que para solventar esas «divergencias en la formulación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 98/59/CE, (...) se debe tener en cuenta en primer lugar la interpretación sistemática de la Directiva 98/59/CE y en segundo lugar el objetivo del artículo 2, apartado 4, de la misma. En lo que atañe a la interpretación sistemática de la Directiva 98/59/CE, es preciso observar que la regla principal relativa al inicio de la obligación de consulta se establece en el artículo 2, apartado 1, de dicha directiva; (y que) el apartado 4 de ese artículo 2 sólo tiene una función auxiliar en relación con dicho apartado 1. En efecto, ese apartado 4 tiene como objetivo confirmar el alcance de la obligación de consulta del empresario prevista en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE cuando ese empresario es una filial de una empresa. Por esa razón, la diferencia en el lenguaje que resulta de la disposición auxiliar de dicho apartado 4 no puede modificar el significado de la regla principal. Al contrario, la disposición auxiliar debe entenderse a la luz de la regla principal. Por tanto el término "decisión" utilizado en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 98/59/CE debe entenderse en el sentido amplio, a la luz del artículo 2, apartado 1, de dicha directiva que (...) al utilizar la expresión "tener la intención" hace referencia a un momento en el que se proyecta o se prevé realizar despidos colectivos, y que precede a la adopción de la decisión de despido. Por consiguiente (...) el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 98/59/CE no debe ser interpretado de forma tal que la obligación de consulta nace cuando la sociedad matriz ha adoptado una decisión de despido colectivo, sino que por el contrario nace en el momento en que, bien el empresario, bien la empresa que le controla tiene la intención, es decir, proyecta o prevé, de realizar despidos colectivos».

<sup>219</sup> Según indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 49, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

<sup>220</sup> SSTJUE de 12 de febrero de 1985, Dansk Metalarbejderforbund y Specialarbejderforbundet i Danmark, asunto 284/83, y de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>221</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>222</sup> Afirma el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 54, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

Cuando se produce un despido colectivo en una de las empresas componentes de un «empresario-grupo de empresas», la ambigüedad o imprecisión de la normativa aplicable no puede considerarse un obstáculo insalvable<sup>223</sup>. Siendo así que esa empresa es dependiente o está controlada por la dominante o matriz, la realización, de manera efectiva, de la negociación requiere que «la adopción, dentro de un grupo de empresas, de decisiones estratégicas o de cambios de actividades que obliguen al empresario a examinar o a proyectar despidos colectivos (genere) para dicho empresario la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores»<sup>224</sup>, pues «una consulta que se iniciase cuando ya se haya adoptado una decisión que haga necesarios tales despidos colectivos no podría referirse eficazmente al examen de posibles alternativas para intentar evitar éstos»<sup>225</sup>.

Esto es, «el procedimiento de consulta debe iniciarse por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos», y que ha de referirse, en relación con un «empresario-grupo de empresas», al momento en que adopta aquella decisión la sociedad dominante, matriz o que ejerce el control. Por ello no puede considerarse afortunado afirmar, como lo hace la jurisprudencia comunitaria, pues

<sup>223</sup> Como ya precisara el Tribunal de Justicia comunitario en su sentencia de 12 de febrero de 1955, *Dansk Metalarbejderforbund and Specialarbejderforbundet i Danmark v H. Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S, in liquidation*, asunto 284/83, en la cual tras destacar que la extinción de los contratos de trabajo a continuación del anuncio por el empresario de que se encontraba en situación de suspensión de pagos no debía considerarse incluida en el ámbito de la Directiva 75/129, precisó que, en todo caso, aquella norma comunitaria no determinaba las circunstancias ni el momento en las cuales el empresario debía iniciar el procedimiento de despido colectivo, y que lo razonable era considerar que semejante deber únicamente comenzaba cuando el empresario había de hecho considerado seriamente la posibilidad de acudir al despido colectivo, o había adoptado las decisiones que conducirían inevitablemente al mismo; *Vid.* STJUE de 15 de febrero de 2007, *Athinaiki Chartopoita*, asunto C-270/05.

<sup>224</sup> Señala el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 46, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08; el cual precisa, en la conclusión 57, que la adopción, por el empresario, de «medidas que harán necesario un despido colectivo de trabajadores, se asemeja al caso en el que el empresario debería tal vez prever despidos colectivos, pero aún no tiene la intención de realizarlos. Teniendo en cuenta (la propia jurisprudencia comunitaria), y el significado que debe darse a la expresión "tener la intención" (resulta que) la Directiva 98/59/CE no puede aplicarse aún a dicha situación. En efecto, (...) la expresión "hacer necesario" (...) hace referencia a una fase prematura en la que el empresario aún no ha proyectado o previsto despidos colectivos. Siendo así, (...) debería entenderse (...) que la obligación de consulta nacería en el caso de que el empresario tenga la intención de tomar medidas de las que quepa prever que harán necesario un despido colectivo de trabajadores, describe una situación todavía más remota (...). En tal situación no sólo el empresario no ha proyectado o previsto aún despidos colectivos, sino que la realización de ese hecho constituye aún una mera probabilidad».

<sup>225</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy*, asunto C-44/08, que precisa lo siguiente: «Un nacimiento prematuro de la obligación de llevar a cabo consultas podría conducir a resultados contrarios al objetivo de la Directiva 98/59, tales como la restricción de la flexibilidad de las empresas para su reestructuración, aumentando las cargas administrativas y la provocación inútil de inquietud a los trabajadores respecto a la seguridad de su empleo. (...) la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son, a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número, así como atenuar sus consecuencias. Ahora bien, cuando una decisión que puede provocar despidos colectivos únicamente está en estudio y, por tanto, los despidos colectivos son sólo una probabilidad y no se conocen los factores pertinentes para las consultas, no pueden conseguirse los citados objetivos. En cambio, el hecho de vincular el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas establecida en el artículo 2 de la Directiva 98/59 a la adopción de una decisión estratégica o empresarial que haga necesarios despidos colectivos puede privar parcialmente de eficacia a esta obligación. En efecto, como resulta del apartado 2, párrafo primero, del citado artículo 2, las consultas deben tener por objeto, en particular, la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos previstos».

conlleva una cierta dislocación, que «incumbe siempre a la filial, como empresario, llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores que puedan verse afectados por los despidos colectivos previstos y, en su caso, soportar ella misma las consecuencias del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo consultas si no se le ha informado inmediata y correctamente de una decisión de su sociedad matriz que haga necesarios tales despidos»<sup>226</sup>.

Porque es el «empresario-grupo de empresas» el único, que no sólo principal, responsable del cumplimiento de las obligaciones de información y consulta a las que se está aludiendo, aun cuando la ejecución de su decisión de proceder a un despido colectivo, naturalmente no se lleve a efecto por quien la adopta (la empresa/sociedad dominante o que ejerce el control), porque no puede llevar a efecto, sino por la sociedad dependiente o controlada, que sí puede llevarla a efecto y sí ejecuta (porque estará obligada a ello, legal y estatutariamente) la decisión de despedir colectivamente.

No obstan a la conclusión referida en el párrafo anterior las siguientes afirmaciones de la jurisprudencia comunitaria, no irreprochables y obtenidas a la luz de regulaciones jurídico-positivas, según las cuales:

- «El único destinatario de las obligaciones en materia de información, consulta y notificación es el empresario, es decir, una persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despedidos».
- «Una empresa que controla al empresario, aun cuando pueda adoptar decisiones vinculantes para éste, no tiene la condición de empresario»<sup>227</sup>.

La responsabilidad del «empresario-grupo de empresas» es «automática consecuencia derivada del hecho de proyectar un despido colectivo», bien entendido que «ese efecto sólo surge si existe una intención o un proyecto de efectuar un despido colectivo por parte del empresario, (por lo que, consecuentemente) se debe considerar que ese hecho, a saber, el de proyectar esos despidos, sólo se produce cuando puede dar lugar a una consulta apta para materializarse a través de una negociación con un objeto suficientemente determinado»<sup>228</sup>. En una posición matizadamente diferente se afirma que «la obligación de consulta (no) nace cuando la sociedad matriz ha adoptado una decisión de despido colectivo, sino que por el contrario nace en el momento en que, bien el empresario, bien la empresa que le controla tiene la intención, es decir, proyecta o prevé, de realizar despidos colectivos»<sup>229</sup>.

Aquella automaticidad en el surgimiento de la obligación del «empresario-grupo de empresas» de iniciar las negociaciones con los representantes de los trabajadores no se invalida por la circunstancia de que el cumplimiento de tal deber u obligación haya de instrumentarse, en su caso necesari-

<sup>226</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>227</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>228</sup> Concluye el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la concusión 55, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

<sup>229</sup> Indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la concusión 74, de las presentadas el 22 de abril de 2009.

riamente, mediando la sociedad dependiente en donde vayan a producir los despidos (colectivos), ni por la consideración utilitaria de que para una participación eficaz de los representantes de los trabajadores es necesario que se produzca «en un momento en el que la negociación pueda tener un objeto suficientemente determinado; (que) ese momento sólo puede coincidir con el momento en el que es posible apreciar que existe una intención del empresario de efectuar un despido colectivo, o cuando menos que el empresario prevé ya la posibilidad de realizarlo como consecuencia de las medidas proyectadas»<sup>230</sup>.

En una posición singular, que no parece de recibo, se sitúa la jurisprudencia comunitaria, cuando afirma que «las consultas con los representantes de los trabajadores sólo pueden iniciarse si se conoce la empresa en la que pueden realizarse los despidos colectivos. En efecto, cuando la sociedad matriz de un grupo de empresas adopte decisiones que puedan tener repercusiones sobre el empleo de los trabajadores dentro de este grupo, a la filial cuyos trabajadores pueden verse afectados por los despidos colectivos le corresponde, en su condición de empresario, realizar consultas con los representantes de los trabajadores. Por tanto, no es posible iniciar tales consultas en tanto no se haya identificado a la citada filial»<sup>231</sup>.

La aparente razonabilidad de la posición de la jurisprudencia comunitaria, según la cual, en el supuesto de un «empresario-grupo de empresas», su obligación de iniciar el periodo de «consultas» (negociación) con los representantes de los trabajadores, en un despido colectivo, «no nace hasta que la sociedad matriz que ejerce el control haya determinado la filial en la que se proyectan los despidos colectivos», debe cuestionarse porque su fundamento no es irrefutable.

Efectivamente, según aquella jurisprudencia «sólo esa filial, como empresario, puede iniciar las consultas cuyo objetivo es lograr un acuerdo con los representantes de los trabajadores», porque «esa finalidad de la obligación de consulta, (...) trata de garantizar la participación real de los representantes de los trabajadores en la toma de decisión que afecta al empleo de éstos», lo cual «no podría lograrse si la obligación de consulta naciera cuando la sociedad matriz no ha determinado aún la filial que será afectada por los despidos colectivos proyectados. En ese caso todas las filiales de un grupo de empresas estarían obligadas a iniciar al mismo tiempo las consultas en una situación en la que nadie sabe aún cuál podría ser su objeto ni si las consultas son realmente necesarias». En absoluto eso es cierto, pues precisamente la eficacia de la negociación o «consultas» con los representantes de los trabajadores puede radicar en determinar en qué empresas, centros de trabajo o servicios del «empresarios-grupo de empresas» pueden o deben efectuarse los despidos colectivos y, si ello fuere necesario, con el menor daño posible a los trabajadores y al sistema económico general.

Por las mismas razones ha de dudarse de la conclusión a que llega aquella jurisprudencia, según la cual, «por consiguiente la participación efectiva de los representantes de los trabajadores sería

<sup>230</sup> Según indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 54, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08, que añade, porque «únicamente en ese momento es posible considerar que el empresario está obligado a realizar consultas. Antes de ese momento no pueden materializarse ni una participación real de los representantes de los trabajadores en la toma de una decisión relativa al empleo de éstos, ni alternativas reales; por consiguiente, no sería útil una consulta».

<sup>231</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Eryitysalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

imposible en tal supuesto (lo que implica que) la obligación de consulta nace (...) cuando, bien el empresario (empleador directo), bien la empresa que le controla (empresa matriz o dominante), proyecta o prevé efectuar despidos colectivos. En el caso de ser la sociedad matriz quien lo prevé, la obligación de consulta sólo nace cuando dicha sociedad ha determinado la filial que será afectada por esos despidos»<sup>232</sup>.

En otro orden de consideraciones procede afirmar que, el «empresario-grupo de empresas» ha de facilitar la información pertinente a los representantes de los trabajadores «durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil», a fin de permitirles «formular propuestas constructivas», de tal manera que esa información puede comunicarse durante las consultas, y no (sólo, única y) necesariamente en el momento del inicio de éstas, afirmándose que «la lógica de esta disposición es que el empresario facilite a los trabajadores la información pertinente a lo largo de todo el proceso de consulta. Es indispensable cierta flexibilidad, dado que, por una parte, dicha información puede llegar a estar disponible en diferentes momentos del proceso de consulta, lo que implica que el empresario tenga la posibilidad y la obligación de completarla durante dicho proceso. Por otra parte, el objetivo de esta obligación del empresario es permitir a los representantes de los trabajadores participar en el proceso de consulta lo más completa y efectivamente posible, y, para ello, debe proporcionar hasta el último momento de la consulta cualquier nueva información pertinente»; por ello, «el inicio de las consultas no puede depender de que el empresario pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información»<sup>233</sup> necesaria.

La extinción de los contratos de trabajo o despidos de los trabajadores únicamente puede efectuarse con posterioridad a la clausura del procedimiento de consultas, a saber, después de que el «empresario-grupo de empresas» haya respetado las obligaciones que legalmente le son impuestas; por ello, el procedimiento de consulta debe haber finalizado antes de que se adopte cualquier decisión de despido colectivo, y efectivamente se extingan los contratos de trabajo. Pero cuestionable es la afirmación de la jurisprudencia comunitaria, según la cual «una decisión de la sociedad matriz cuya consecuencia directa sea obligar a una de sus filiales a extinguir los contratos de los trabajadores afectados por los despidos colectivos sólo puede adoptarse una vez finalizado el procedimiento de consulta dentro de dicha filial, ya que lo contrario expondría a ésta, como empresario, a las consecuencias del incumplimiento de este procedimiento»<sup>234</sup>.

Este último acto resolutorio, por razones de seguridad jurídica, es acusadamente formal, por lo que, en principio, parece razonable que sólo pueda materializarse por el empresario/empleador directo (con el que los trabajadores afectados por el despido colectivo o «expediente de regulación de empleo», concluyeron sus contratos de trabajo y mantienen formalmente sus respectivas relaciones laborales), aun cuando la decisión de despido colectivo que ha de realizar la empresa/sociedad filial, dependiente o controlada, haya sido tomada por la empresa/sociedad dominante o matriz.

<sup>232</sup> Destaca el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en las conclusiones 79-83, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08.

<sup>233</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.

<sup>234</sup> Véase nota anterior.

Efectivamente, la extinción de los contratos de trabajo sólo puede producirse una vez finalizado el procedimiento de consulta previsto legalmente <sup>235</sup> y si se hubieren autorizado mediante la oportuna resolución administrativa de la autoridad laboral competente. Esto es, en el caso de un «empresario-grupo de empresas», el procedimiento de consultas debe haberse concluido bien por el «empresario-grupo de empresas», si se reconoce su capacidad al respecto, bien por la sociedad dominante, matriz o que ejerce el control (en cuyo caso ha de considerarse que personifica al «empresario-grupo de empresas»), si se admite su competencia, o bien por la empresa dependiente, filial o controlada (supuesto en el que ha de estimarse medio de instrumentalización de la personalidad del «empresario-grupo de empresas») afectada por el despido colectivo (siguiendo instrucciones directas del «empresario-grupo de empresas», directamente o a través de la sociedad dominante o matriz) y que será la que, a la postre, extinga formal y materialmente los contratos de los trabajadores afectados por dicho despido <sup>236</sup>.

<sup>235</sup> Siguiendo al Abogado General Sr. Sr. Paolo Mengozzi, en sus conclusiones 89-93, de las presentadas el 22 de abril de 2009, en el asunto C-44/08

<sup>236</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan Eryityisalojen Keskusliitto AEK ry y otros, y Fujitsu Siemens Computers Oy, asunto C-44/08.