

Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia “lenta y suave”¹

María Fernanda Fernández López*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las empresas agrupadas y el Derecho social comunitario. 3. La cooperación entre empresas y el Derecho español del Trabajo: la prevalencia formal de la técnica del abuso de la personalidad. 4. El abuso de la personalidad y el verdadero empleador: dos opiniones contrastadas. 5. Algunas conclusiones provisionales.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de un tema como el propuesto requiere partir de una serie de afirmaciones que son obvias en la doctrina española y comparada²:

- que, a pesar de la aparente dejación de la figura del empresario en la legislación histórica, el ET ha roto con el silencio legal abriendo una definición general de quién sea el empresario (art. 1.2); y reiterando los presupuestos en la delimitación de la clásicamente llamada “presunción de laboralidad” (art. 8.1). Ambos descansan en la idea de que es empresario quien realmente recibe las prestaciones del trabajador.
- que en el tratamiento legal de la figura se da, sin embargo, un paso más, evaluando la trascendencia de la organización de la que el empresario es titular para extraer de

* María Fernanda Fernández López, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

** Nota enviada por la autora: una versión más desarrollada de este mismo artículo de la autora ha sido publicado en el nº 4, año XXV, Febrero de 2009, de la Revista Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica.

1 Como es de sobra sabido, la expresión referida a una jurisprudencia “lenta y suave” está tomada del conocido trabajo de Alonso Olea, M. “La jurisprudencia lenta y suave del Tribunal Constitucional” Revista de Administración Pública, num. 100-102, 1983, págs. 93 y ss.

2 En general, sobre los problemas que aquí se van a examinar, es posible consultar un tratamiento preliminar más amplio en mi trabajo “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar” en VVAA “Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas” Trotta, Madrid, 2004, págs. 21 y ss, al que me permito remitir para mayores detalles de la argumentación en algunos puntos.

ello consecuencias importantes sobre el régimen de la relación laboral en arts. como los 42, 43 ó 44 ET. O la propia ley 14/1994 al tratar la compleja realidad de las empresas de trabajo temporal³.

- precisamente, con el objeto de precisar el alcance del supuesto de hecho de uno de estos preceptos —el art. 44 ET—, la jurisprudencia ha ido elaborando, esforzadamente y a veces en contra de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, una especie de concepto de entidad transmisible para que juegue la subrogación legal que el precepto impone. Un concepto discutido, sin duda, pero que para nuestros Tribunales parece reconducible a la idea de que no basta sólo con la transmisión de la actividad empresarial y sólo de los trabajadores organizados, sino también es precisa la transmisión de un mínimo de medios materiales que sirvan de soporte de la organización transmitida. Será todo lo cuestionable que se quiera, pero no puede negarse que es ahí donde se detiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴. También en las cesiones de trabajadores del art. 43 ET, una larga tradición jurisprudencial y la propia ley en la actualidad (párrafo 2º art. 43 ET⁵) han enunciado una serie de elementos para la detección de lo que no es empresa real que en cierta medida tienen la misma función, y que descansan sobre la suficiencia de los medios para alcanzar una finalidad productiva pre-

determinada. Obsérvese que en ambos casos la ley y los Tribunales se concentran en la aptitud de la organización para desarrollar una actividad productiva; no se profundiza igual (probablemente porque no sea necesario en los concretos supuestos de los arts. 43 y 44 ET) en otros elementos necesarios para el funcionamiento de una empresa; en concreto, en la suficiencia de la autonomía de la propia empresa para fijarse los objetivos productivos y/o económicos. De este modo, sólo con estos preceptos del ET podríamos imaginar como empresa laboral una en la que bastara la organización de los medios materiales y laborales, para desarrollar unas tareas cuya naturaleza y características sean fijadas por una empresa externa, formalmente diferente.

La pregunta que se deduce de todo ello, en el marco de este trabajo, es ¿se está elaborando, a raíz de la interpretación de los arts. 43 y 44 ET un concepto de “empresario laboral” de mínimos, que superponer a los apuntados en los arts. 1.2 y 8.1 ET?, y válido para extenderlo a todos los supuestos en que haga falta un concepto de empresario laboral?. La respuesta que se dé a esta pregunta va a tener una incidencia muy notable sobre la materia que nos ocupa en este trabajo porque, anticipando ideas, es posible —siguiendo las pautas de estos preceptos citados— ceñir la noción de empresario en los casos de empresas complejas a ese empresario que organiza la producción concreta en la empresa, dejando fuera del

3 Desde un contexto más amplio, que se aproxima al tema a través de la personalidad jurídica del empresario, Desdentado Daroca, E., “La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales” Lex Nova, Valladolid 2006, págs. 142 y ss.

4 Por todos, vid Gorelli Hernández, J., “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva”, Grupo Difusión, Madrid 2007, págs. 199 y ss. Una contundente crítica a esta visión reduccionista de lo que es la empresa, también en de la Puebla Pinilla, A., “La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía” Thomson Aranzadi, Pamplona 2005, págs. 102 y ss, que habla de una “reducción” del concepto en esta jurisprudencia, no funcional del todo ni siquiera en la propia interpretación del art. 44 ET.

5 Sobre los criterios jurisprudenciales, recientemente, Soriano Cortés, D., “Las contrataciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” CARL, Mergablum, Sevilla 2007, págs. 144 y ss.

concepto la entidad o entidades que marcan la línea económica en que la empresa va a actuar, sus objetivos productivos, los métodos para alcanzarlos, e incluso aspectos muy significativos para la relación individual, desde la jornada de trabajo, la retribución o el despido o el juego de otras causas de extinción. De la misma forma en que existen muchos conceptos de empresa según el sector del ordenamiento del que se parta ¿éste sería el concepto de “empresa laboral”?

No parece que pueda razonablemente extraerse esta conclusión. La noción de empresario laboral de mínimos que se desprende de los arts. 43 y 44 ET no es un fin en sí misma, y no puede interpretarse al margen de los supuestos de hecho para los que la norma la ha diseñado —que ya se ha dicho que ni siquiera son del todo funcionales en el marco normativo en que vienen concebidos— En efecto, tanto desde la perspectiva del art. 43 ET como del 44 del mismo cuerpo legal, se trata de una definición de mínimos por ser una norma tendencialmente protectora, que busca la aplicabilidad de su supuesto de hecho a la mayor parte de casos posibles dando pistas y criterios cuya finalidad es evitar la defraudación encarnada en organizaciones aparentes que ni siquiera pueden alcanzar su fin productivo.

Fuera de este contexto, es claro que el concepto de empresario laboral general es el contenido en el art. 1.2 ET. Y de este precepto es claro también que se extrae una imagen muy diferente: será empresario, por supuesto, quien ocupe efectivamente el papel asignado a éste por el Derecho del Trabajo, siendo titular de los derechos y obligaciones propios de esta condición, pero sobre todo, aunque parezca tautológico, será empresario el que

realmente lo sea. Y este principio de realidad pasa por encima incluso de las apariencias de inserción contractual para centrarse en un elemento diverso: la efectiva recepción del trabajo desarrollado por el trabajador. Utilizando la prestigiosa teoría de la ajenidad en la utilidad patrimonial, será empresario el que se apropia de la citada utilidad a través del vínculo del contrato de trabajo. Ello impone que se examine cuidadosamente la dinámica de la relación laboral y se extraiga de ello la determinación del polo subjetivo en que concurre este aprovechamiento del trabajo. Claro que ese polo subjetivo cada vez es más complejo en determinadas formas de organizarse y cooperar las empresas que son cada vez más frecuentes y tan conocidas que excusan su cita. Puede incluso ser el resultado de la organización de una pluralidad de instancias empresariales que de alguna manera se apropian de la utilidad del trabajo desde una perspectiva poliédrica, porque aspectos de la misma les son imprescindibles para la respectiva actividad productiva⁶. Este efecto no es cuestionable ni en las contratas, ni en las ETTs, por ejemplo. Y el legislador toma nota de él y extrae consecuencias importantes del mismo. Planteada la cuestión en estos términos, habrá que convenir en que queda lejos el “empresario de mínimos”, circunscrito a los concretos supuestos a los que se refiere la ley. Y centrada la noción de empresario en su verdadera sede, el citado art. 1.2 ET.

Viene todo esto a cuento porque, sorprendentemente, y como tendremos ocasión de ver, esta noción de mínimos tiende a aparecer en la jurisprudencia sobre las transformaciones del empleador y su impacto sobre la relación de trabajo de que hablaremos a continuación.

⁶ Describen este efecto quienes sostienen la existencia de empresarios mediatos o co-empleadores, vid. López Sánchez, MC “El empleador en las organizaciones empresariales complejas” CES, Madrid, 2007, págs. 179 y ss.

En efecto, de todos es sabido que la realidad de las transformaciones en la figura del empresario está ocupando progresivamente más atención en el quehacer de nuestros Jueces y Tribunales. Y en esa línea, es un instrumento clave de la respuesta judicial la extensión a las empresas implicadas de la responsabilidad solidaria –subsidiaria en el caso de las ETTs– para garantizar a los trabajadores afectados la inmunidad de sus créditos laborales o de Seguridad Social, con alteraciones y puntualizaciones según el supuesto de hecho, pues el remedio es distinto según el precepto de entre los antes citados que se vaya a aplicar. Es una natural extensión, en muchos casos, de las soluciones legales en supuestos semejantes, Y es importante señalar que en buena parte de las ocasiones en la extensión citada no existe propósito sancionador alguno. Como el propio legislador, también nuestros Tribunales, cuando declaran la responsabilidad solidaria, se limitan a hacer al trabajador inmune a las vicisitudes de las relaciones internas entre los empresarios implicados. En suma, el DT ha reaccionado sólo en una dirección: hacer irrelevante para el trabajador la perspectiva interna de las empresas. Se trate de contratas, subcontratas o contratos de puesta a disposición, los empresarios quedan enlazados en una responsabilidad que los abarca sin que puedan oponer a ella los pactos que entre sí han concertado, legalmente puestos entre paréntesis por muy lícitos que sean. Corolario lógico de lo que se acaba de decir es que la extensión de responsabilidad no es configurada como sanción en nuestros textos ni en las sentencias que los aplican. No se sanciona, se garantiza por diversos medios las debilidades que para los créditos del trabajador podrían derivarse de la difuminación del verdadero deudor. La respuesta es prudente, pero como es sabido, insuficiente para abarcar los problemas de

diversificación de la figura del empresario, que aparecen a través de varias vías, predominantemente:

- a) Fraccionamiento del proceso productivo por la sistemática externalización a través de contratas y subcontratas con otras empresas diferentes, no siempre relevantes para el Derecho del Trabajo (sólo las “pertenecientes a la propia actividad”), lo que posibilita excluir apartados enteros de esta ligazón entre empresas. Se trata de un fenómeno tan extenso y generalizado que el problema ya no es sólo cuantitativo, sino cualitativo, de evaluación de la razonabilidad y los efectos de las nuevas fórmulas de organización empresarial.
- b) Generación de nuevas modalidades contractuales, franquicia, management, fletamento, etc. Todos ellos tienen en común que cuestionan el propio papel productivo de la empresa que los suscribe, en la medida en que su actividad suele agotarse en la ejecución de políticas empresariales fijadas por otras.
- c) Complejidad desde el punto de vista jurídico: manifestada en la hipertrofia societaria, generada por la creación, prácticamente, de una sociedad para cada negocio o línea de producto. Además, es clara y extendida la interrelación entre sociedades: accionistas compartidos y titularidad más o menos amplia de capital, coincidencia de órganos de gestión, criterios de dirección uniforme para las empresas participadas, etc.

Frente a todas ellas, en sus manifestaciones prácticas, el Derecho del Trabajo se ha encontrado falto de una respuesta que vaya más allá de las extensiones de responsabilidad cuando proceden legalmente. La jurisprudencia ha añadido a estos supuestos uno más, enormemente complejo en su contenido, tanto como simple parece su enunciado: la teoría del

grupo de empresas. Y, como veremos, cuando esta teoría se ha enunciado no suele tener otra consecuencia que la extensión de responsabilidad, al menos en apariencia. Con ello se produce la paradoja de que una regla protectora —extensión de responsabilidad— puede convertirse en un obstáculo para el desarrollo del tratamiento de la cooperación entre empresas porque, al cabo, resuelto el problema en la relación externa, es irrelevante la relación interna entre las empresas; las consecuencias de la forma en que interactúan y de la eventual reducción, en una de ellas, de los poderes que identifican a la figura del empresario en la dinámica del contrato de trabajo y de la necesaria autonomía para ejercerlos —el “empresario de mínimos” de que se ha hablado antes—. Este dato, esencial y muy llamativo en la práctica, no tiene apenas cabida en la cómoda fórmula legal y en la jurisprudencia que la aplica. Pero el ordenamiento laboral es más que el Estatuto de los Trabajadores, y en otras áreas materiales se abre camino una serie de respuestas sensiblemente más ambiciosas, tanto a nivel comunitario —sobre todo— como en relación con el Derecho Español.

2 LAS EMPRESAS AGRUPADAS Y EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

En el Derecho comunitario existe un *feed back* de aproximación a la empresa, tanto desde el punto de vista del Derecho de la competencia, o fiscal, por ejemplo, que ha tendido a propiciar una aproximación extremadamente pragmática a la empresa, sea cual sea su organización. Conscientes de las dificultades que plan-



El espíritu obrero. 1995. José Vicente Martín.
Nueva York USA.

tean las nuevas formas de organización empresarial, la legislación y la jurisprudencia comunitaria fortalecen las consecuencias del efecto útil y tienden a lograr la finalidad perseguida por la norma por encima de los pretendidos obstáculos formales. Cuando le ha llegado el tiempo de hacer lo mismo con la normativa laboral, no resulta extraño que el aparato normativo y jurisprudencial comunitario se haya acercado a la empresa con la misma orientación pragmática⁷. Y eso se ha hecho en varias áreas materiales: prevención de riesgos, sobre todo, pero también otras materias de regulación de la relación individual de trabajo y del derecho colectivo.

⁷ Por todos, sobre esta orientación, Rodríguez Piñero Royo, M., “Transmisión de empresas y derecho europeo” en AAVV “La transmisión de empresas en Europa” Cacucci, Bari, 1999, págs. 1 y ss.

Ya en la Directiva marco 89/391, de 12 de junio⁸ se manifiesta la preocupación por la efectividad de la norma mediante la generación de obligaciones nuevas entre los empresarios que cooperan entre sí “cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas”: cooperación mutua, coordinación, e información entre empresarios y entre éstos y los representantes de los trabajadores es la consecuencia que extrae de esta cooperación el art. 6.4 de la norma, haciendo más extensa la posición contractual de los empresarios que cooperan en aras de la efectividad de la propia normativa sobre prevención. Y no sólo se agota en obligaciones entre empresarios la norma comunitaria. Proyecta también sobre los trabajadores las reglas al respecto, de modo que el art. 10 de la Directiva extiende la obligación de información que en él se plasma, no ya sólo respecto de los trabajadores del empresario “que domina el medio”, sino también obligando al empresario aludido a adoptar medidas adicionales orientadas a asegurar que la información –la misma información– llegue a los trabajadores de las empresas que cooperan con la principal (art. 10.2)⁹. Nuevamente la voluntad de eficacia de las reglas en materia de prevención es la causa del nacimiento de estas obligaciones de información a los trabajadores; obligaciones que pueden ejercitarse a través de la pantalla de las respectivas empresas coordinadas, pero que no puede descartarse que, ante la inacti-

vidad de éstas, exija del empresario principal adoptar medidas de información directa para eludir la pujante responsabilidad que le incumbe en este ámbito.

Sin embargo de que sea importante esta generación de obligaciones de cooperación e información de los empresarios que tienen sus destinatarios en los trabajadores singularizados, el impulso comunitario orientado a hacer jurídicamente relevante desde la perspectiva laboral al fenómeno de la cooperación entre empresas se ha manifestado sobre todo en el plano colectivo, actuando en diversos ámbitos materiales.

En relación con vicisitudes del contrato de trabajo, ello sucede así, por ejemplo, en el art. 8.4 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, sobre derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad¹⁰. Como es sabido, el citado precepto extiende las obligaciones de información sobre la transformación en la estructura de la empresa a los casos en que sea el propio empresario *a quo* el que tomara la decisión, pero también señala que “las obligaciones previstas en el presente artículo serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle”. De lo cual se deduce como consecuencia lógica que “en lo que se refiere a las presuntas infracciones de las obligaciones de información y de consulta previstas en la presente Directiva, no podrá aducirse como

8 Remito en este tema, más detalladamente, a mi trabajo “El empresario como parte...” cit., págs. 49 y ss.

9 “2. El empresario adoptará las medidas adecuadas para que los empresarios de los trabajadores de las empresas y/o establecimientos exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento reciban, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, las informaciones adecuadas relativas a los puntos considerados en las letras a) y b) del apartado 1, destinados a los trabajadores en cuestión”.

10 En general, sobre el tema, Sanguinetti Raymond, W., “El régimen laboral de la sucesión de empresas: puntos críticos tras su reforma”, en *Relaciones Laborales*, num. 21, 2004, págs. 9 y ss. Y Serrano Olivares, R., “La noción de empresa a efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales* 1997-II, págs. 1299 y ss. O Valdés dal Re, F., “Las garantías colectivas en la transmisión de empresas”, *Relaciones Laborales* núms. 11-12, 2002, págs. 199 y ss.

justificación, que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria”.

Parecida orientación presenta la Directiva 98/59, de 20 de julio, de despidos colectivos, cuyo art. 2 extiende las obligaciones generales de información a los representantes de los trabajadores establecidas en sus extensos apartados 1, 2 y 3 también a los casos en que la decisión de despido no haya sido adoptada por la empresa en que el despido se produce, sino por aquella otra empresa que ejerce el control sobre la afectada¹¹. Con el subsiguiente efecto de ilicitud del despido si el empresario se ha abstenido de informar con fundamento, precisamente, en que es esa otra empresa la responsable última de su decisión extintiva, la verdadera adoptante de la misma.

También en el plano colectivo, ahora ya puramente colectivo, sin referencia a área material predeterminada, es de mencionar la solución

de la Directiva 94/45, de 22 de septiembre, sobre Comité de Empresa europeo o un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Una solución que, como se sabe, es común a las empresas y a los grupos de empresas, saltando por encima de las más que evidentes diferencias formales entre uno de los polos –la empresa singular transnacional comunitaria– y el otro –el grupo de empresas de dicho ámbito–. Es la realidad de la dirección común en el caso de las empresas agrupadas la que justifica la extensión de la misma solución que ha de aplicarse a las empresas unitarias. Para alcanzar este fin la Directiva proporciona un material normativo particularmente interesante, subrayado por la jurisprudencia del TJCE, en torno a la noción de empresa que ejerce el control, que se extrae de realidades societarias –la posesión de la mayoría de las acciones o el control efectivo de los órga-

11 ” Artículo 2.- 1. Cuando el empresario 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.

2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y 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.

Los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

3. A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá:

a) proporcionarles toda la información pertinente, y
b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito:

i) los motivos del proyecto de despido;

ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;

iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;

iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;

v) 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;

vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales.

El empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero.

4. Las obligaciones establecidas en los apartados 1, 2 y 3 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 se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración.”.

nos deliberante o ejecutivo de la sociedad¹²— a efectos de determinar la propia existencia y el alcance de la obligación de constituir el órgano de representación o de instituir el procedimiento al que la norma se dirige. En esta línea, la contribución del TJCE ha consistido, particularmente, en la potenciación de las obligaciones de las empresas que controlan, incrementando si es necesario el contenido de obligaciones que genéricamente impone la Directiva. Dos son las sentencias más relevantes en el tema que nos ocupa: la ADS Anker GmbH, de 15 de julio de 2004 (C-349-01) y la Bofrost, de 29 de marzo de 2001 (C-62/99).

En la primera de ellas la relevancia de la doctrina estriba en la interpretación de los arts. 4.1 y 11 de la Directiva citada, en un supuesto verdaderamente complejo de articulación de las empresas agrupadas. Según los hechos básicos declarados en la Sentencia, Anker BV era una sociedad holandesa titular de todas las acciones de ADS Anker y otras empresas del grupo Anker establecidas en diversos Estados europeos. La sociedad matriz de Anker BV, no obstante, estaba situada en Suiza. El Comité de empresa de ADS Anker se dirigió a ésta con el objeto de comenzar las negociaciones dirigidas a originar un CE europeo, para lo cual le solicitaba la informa-

ción contenida en la Directiva, adecuadamente transpuesta en Alemania; en especial, las denominaciones de los órganos de representación de los trabajadores y los nombres de los representantes que podían participar en el proceso de negociación. La respuesta de la empresa fue negativa, alegando que la sociedad matriz del grupo se había negado a transmitir la información solicitada, y que la legislación aplicable no preveía ningún derecho de información que pudiera invocarse contra el resto de empresas del grupo establecidas en otros Estados miembros. Planteada ante el TJCE la cuestión del alcance de la obligación de información orientada a la constitución de un CE europeo, en el marco de empresas agrupadas, el Tribunal, al amparo del principio interpretativo del efecto útil de la norma, sostiene que *“los Estados miembros están obligados a imponer a una empresa establecida en su territorio, que deba ser considerada la dirección central de un grupo de empresas de dimensión comunitaria... o la dirección central presunta... la obligación de facilitar a otra empresa del grupo establecida en otro Estado miembro la información que hayan solicitado a ésta los representantes de sus trabajadores, cuando esta última empresa no disponga de tal información y ésta sea imprescindible para el inicio de las negociaciones con objeto de constituir un comité de empresa europeo”*¹³. Se

12 “Artículo 3.-1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá 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.

2. Se presumirá, 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. (Criterio dominante si hay conflicto de leyes aplicables, párrafo 7)

3. A efectos del apartado 2, 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.

5. No se presumirá que existe influencia dominante únicamente por el hecho de que un mandatario ejerza sus funciones, en virtud de la legislación de un Estado miembro relativa a la liquidación, la quiebra, la insolvencia, la suspensión de pagos, el convenio de acreedores u otro procedimiento análogo”.

13 En el mismo sentido, la STJCE Kühne y Nagel AG&Co de 13 de enero 2004, C-440/00.

trata de una valencia transnacional de la propia obligación de informar que, en los grupos de empresa, lleva a hacer real la obligación de informar a requerimiento de los representantes de los trabajadores de otra empresa agrupada que pesa sobre la empresa principal o, más genéricamente, sobre la empresa que posea la información sobre la que versa esa comunicación a los trabajadores. Dejando de lado en lo posible la dimensión transnacional, es destacable el obligado entrelazamiento de la obligación de informar entre una empresa y unos representantes de los trabajadores que no lo son de sus

trabajadores formales, en aras de la dominación empresarial y de la necesaria irrelevancia de la diversificación formal entre las empresas para la consecución de la finalidad perseguida por la norma.

Siendo importante la doctrina transcrita, en este caso de empresas agrupadas, el material informativo que debe circular es el requerido con carácter general para todas las empresas contempladas por la Directiva, partiendo del presupuesto de que el grupo existe y está obligado a darla, que es lo resuelto en la Sentencia ADS Anker.

La Sentencia Bofrost da un paso más allá, y extiende la propia materia susceptible de ser informada en estos casos de empresas agrupadas al modo previsto en la Directiva, también a datos previos al funcionamiento del propio grupo, para evaluar si en él concurren las características que conducen a aplicar la Directiva. Para comprender mejor el alcance de ese paso, es conveniente tener en cuenta algunos datos del complejo supuesto de hecho de la



Calle de Barcelona, 1918. Rafael Barradas.
Depósito C. Arte Contemporáneo. Genosa (Pechiney).

Sentencia: El grupo Bofrost, al que pertenece el empresario formal al que los representantes de los trabajadores solicitan iniciar el procedimiento para la constitución de un CE europeo, está compuesto por varias sociedades establecidas en Alemania y en otros Estados miembros. En abril de 1997, las empresas del grupo establecidas en Europa celebraron un acuerdo privado con la finalidad de equiparar a las diversas empresas del grupo, para que ninguna dominase. Mediante dicho acuerdo internacional atribuyeron la dirección del grupo en Europa a un “Comité de Dirección”. También crearon un “Comité Consultivo de Socios”, cuyo consentimiento era necesario para la adopción de determinadas decisiones relativas a los negocios de particular importancia. Ante la solicitud de los representantes de los trabajadores, el empresario, mediante escrito de 9 de enero de 1997, rehusó definitivamente comunicarle dicha información. Y los representantes de los trabajadores interpusieron una demanda ante los Tribunales labo-

rales alegando que el propio presidente del Comité Consultivo de Socios ejercía una influencia dominante en el comité de dirección del grupo en Europa y, en la práctica, también en todas las sociedades del grupo establecidas en Europa. En la opinión del “empresario” –tal es la expresión empleada por el TJCE– no era aplicable al caso la norma de transposición de la Directiva citada, pues el presidente del Comité Consultivo de Socios no era socio de ninguna sociedad del grupo. Además, en su calidad de miembro del Comité Consultivo de Socios, tampoco tenía la posibilidad de controlar las empresas alemanas y europeas del grupo. El entramado societario era de alto grado, y generaba dudas fundadas acerca de la concurrencia en el caso de las circunstancias invocadas para aplicar la Directiva. Ante la complejidad jurídica del grupo, el TJCE interpreta el art. 11.1 y 2 de la Directiva en el sentido de que *“impone a una empresa que pertenece a un grupo de empresas la obligación de proporcionar {la información requerida por éstos} a los órganos internos de representación de los trabajadores, aunque no conste que la dirección a la que los trabajadores se dirigen (sic) es la de una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas”*. De ese modo, *“cuando los datos sobre la estructura o la organización de un grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un comité de empresa europeo o de establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores, corresponderá a cualquier empresa de ese grupo proporcionar los datos de que disponga, o que pueda obtener, a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten. También se podrá exigir la entrega de documentos que precisen y aclaren la información imprescindible para el mismo fin, siempre que esta entrega sea necesaria para que los trabajadores afectados o sus representantes puedan acceder a la información que permita apreciar si tienen derecho*

a exigir la apertura de negociaciones”. La información relativa a la propia estructura del agrupamiento empresarial, previa a toda otra información complementaria orientada ya a la constitución concreta del CE europeo, es la materia informativa acrecida, adicional, que se deriva de la propia existencia del grupo y que se proyecta sobre los representantes de los trabajadores de las empresas agrupadas, según la doctrina del TJCE.

Así las cosas, puede sintetizarse en extremo el estado de cosas a que da lugar la legislación y la jurisprudencia descritas haciendo referencia a estos dos puntos clave del razonamiento:

- El primero, la búsqueda constante de la efectividad de los derechos reconocidos a los trabajadores, sea incrementando el círculo de obligados (en despidos colectivos; en traspasos de empresas o en prevención de riesgos, y sobre todo en materia de CE europeo); sea incrementando la propia extensión de la materia a ser informada, que abarcará si es preciso a la propia estructura del agrupamiento empresarial.
- El segundo rasgo consiste en que no puede afirmarse que en las normas descritas las reglas extensivas de las obligaciones informativas sean de naturaleza sancionadora. Como la propia doctrina del TJCE pone de manifiesto, es el principio de *efecto útil* el que sirve de base a esta jurisprudencia, no el intento de reprimir un comportamiento organizativo empresarial que puede ser perfectamente legítimo, como se desprende de la neutralidad con que la propia normativa lo describe.

Por supuesto, en la medida en que es obligada la interiorización de estas reglas y principios en nuestro propio ordenamiento, ha de concluirse que éstos rigen en este momento en el Derecho español, añadiendo su pragmático acercamiento al fenómeno de las empresas agrupadas a las breves normas del ET que se

citaron al principio. En las transmisiones de empresas; en los despidos colectivos, en prevención de riesgos, en la forma de representación de los trabajadores etc., vistos desde la perspectiva comunitaria, la relación de cooperación entre empresas excede de la clásica imposición de responsabilidades de una u otra índole. Al contrario, genera derechos nuevos, o formas nuevas de ejercer derechos ya tradicionales. La propia definición de empresa que ejerce el control en lo laboral ya está incorporada en la Ley 10/97, de 24 de abril, art. 4, y constituye un dato normativo esencial para evaluar la situación global de nuestro ordenamiento en materia de cooperación entre empresas. En todo ese conjunto de reglas la relación inter empresarial impacta y modifica la dinámica ordinaria de las relaciones individuales o colectivas de trabajo afectadas. Pues bien, esta línea de política del derecho tan interesante para abordar los fenómenos de la cooperación entre empresas, sólo con dificultad se va abriendo paso en el marco de nuestro ordenamiento, que tiende a dejar en un relativo aislamiento la orientación comunitaria y permanece anclado en soluciones nacionales, algunas ya añosas y no siempre acertadas.

3. LA COOPERACIÓN ENTRE EMPRESAS Y EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO: LA PREVALENCIA FORMAL DE LA TÉCNICA DEL ABUSO DE LA PERSONALIDAD

En efecto, más allá de los supuestos a los que se refieren los arts. 42, 43 y 44 ET así como

la Ley 14/94 y preceptos concordantes¹⁴, el ordenamiento español queda en cierto modo al margen de esta tendencia a la realidad que se desprende de la evolución comunitaria. En esa orientación pasiva ante la velocidad de los cambios en las relaciones entre empresas se encuentra la excepción de una jurisprudencia abundante que ha tratado de hacer frente a estos problemas a través de la elaboración de una noción laboral de lo que sea el grupo de empresas y sus consecuencias, como ya se apuntó con anterioridad.

En el momento presente, la jurisprudencia del grupo de empresas es percibida por la propia Sala IV del Tribunal Supremo como algo consolidado. Por ello la articulación y la contundencia de sus frecuentes síntesis de doctrina al respecto. En la actualidad permanece como modelo de síntesis la STS 4 de abril de 2002 (6469), que me sirvió ya a estos efectos en un trabajo anterior, y que sigue siendo de obligada cita en resoluciones posteriores. Por su importancia para la argumentación que sigue es conveniente recordar esa síntesis nuclear:

“Esta Sala, desde 1990, viene manteniendo una línea uniforme y clara en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que se han de cumplir para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes en relación con los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen; siendo la consecuencia más destacable a este respecto la que supone la extensión de la responsabilidad solidaria a todas esas empresas que integran el grupo... El contenido de la doctrina que se mantiene en estas sentencias queda perfectamente reflejado en lo que expresa la citada sentencia de 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 1062), en la que se manifiesta: «El

¹⁴ Y para algunos sólo en esos casos, para salvar cuya manifiesta insuficiencia se requiere una intervención legislativa que regule los muchos casos que quedan fuera del círculo “legalizado” (Cfr. López Sánchez, C., “El empleador en las organizaciones empresariales complejas” Consejo Económico y Social, Madrid, 2007 págs. 222 y ss, esp. 227 en relación con la contrata y subcontrata.

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 de esta Sala. Así ya se afirmó que “no es suficiente que concurra 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”. La primera proclamación es pues la licitud de los fenómenos de agrupación empresarial —“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”—, deduciendo de ella como consecuencia necesaria una conclusión que ya no es tan clara: la irrelevancia laboral del grupo mismo. Para que el grupo sea laboralmente relevante son precisos esos “elementos adicionales” que la Sentencia menciona y que enuncia como sigue “1.-Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo... 2.-Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo...3.-Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales...(y) 4.-Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”.

Como bien pusiera de manifiesto la doctrina española desde el principio, el problema de

esta aproximación de nuestros Tribunales al grupo de empresas es, básicamente, que la realidad que a través de ella se hace relevante para el Derecho del trabajo es una realidad propia de un fraude de ley¹⁵. Una realidad extrema, en suma, que dejaba fuera de onda supuestos de agrupación empresarial, aún intensos, en los que no concurría el elemento fraudulento. Por eso no es extraño que en la abundante jurisprudencia que enuncia los requisitos formulados en la Sentencia descrita, el análisis judicial gire realmente sobre la existencia del último de los requisitos mencionados, que claramente entronca con la idea de abuso de derecho: de enmascaramiento de una empresa real tras la formalidad jurídica de la personalidad diferenciada. Es necesaria “la existencia de un funcionamiento integrado de la organización del trabajo,... o la prestación de trabajo indistinta o común entre las empresas del grupo, o... la búsqueda artificiosa de la dispersión o elusión de responsabilidad laboral” (STS 3 noviembre 2005 (RJ \2006\1244)).

El corolario de esta orientación es claro en lo que podría llamarse la jurisprudencia menor. Y así, en la STSJ Aragón de 20 de febrero de 2008 (JUR/2008/166477) se afirma sin ambages lo siguiente: “la mera titularidad entre sí del capital del grupo, e incluso la dirección unitaria y la existencia de servicios comunes de administración y publicidad, **que están probados**, no constituyen indicios bastantes para concluir en la existencia de fraude a los derechos de los trabajadores, por connivencia, u ocultación o desviación del patrimonio de la empresa, como sería necesario para ampliar la responsabilidad a dichas codemandadas”.

En otras palabras, parece, el conjunto de requisitos de que hablaba la STS de 4 de abril de

15 Sobre esta visión y sus problemas, en relación con las franquicias, vid. González Biedma, E., “Aspectos jurídico-laborales de las franquicias”, Revista Española de Derecho del Trabajo num. 97, 1999, págs.. 673 y ss. Por lo demás, no es un problema exclusivo del ordenamiento español; por todos, Q. Urban “Piercing the Veil (percer le voile)”, Droit Social num. 4, 2000, págs.. 385 y ss.

2002 y las muchas concordantes valen en la medida en que son indicios de la existencia de un fraude de ley asociado al abuso de la personalidad. Sólo si se puede obtener este diagnóstico se pueden extraer las consecuencias extensivas de la responsabilidad. En la misma línea se decanta la Audiencia Nacional (SAN 23 mayo 2005 (AS/2005/2400): la transmisión de responsabilidad sólo procede *“en los casos en que tal grupo empresarial o parte del mismo aparezca desde su inicio o se haya convertido en todo un sistema de ocultación y de no transparencia jurídica {una}... verdadera “tapadera jurídica”*” de la realidad empresarial, de modo que el fraude está servido como elemento esencial de la extensión. O la STSJ La Rioja 8 enero 2008 (AS/2008/1147), en la que se descarta que haya grupo de empresas porque una de las empresas potencialmente agrupada no realizó actividad simultánea con la otra, a pesar de que *“al realizar la empresa la misma actividad, o casi idéntica, de compraventa de vehículos... teniendo idénticos proveedores y haciendo uso del mismo logotipo y denominación comercial ‘Newtruck Net’, así como el haber tenido como domicilio el mismo pabellón anteriormente utilizado anteriormente por Multimarca Truck, y participar en la dirección del negocio de New Truck Soluciones SL, quien era titular del capital de Multimarca Truck”*. Todo este conjunto de conexiones evidenciaría, para la Sala, que ha existido un supuesto de sucesión empresarial del art. 44 ET y no un grupo de empresas. Al no haberse invocado en el recurso el citado precepto del ET, la Sala lo desestimó¹⁶.

Así las cosas, es más o menos claro que, aunque la jurisprudencia invoque con frecuencia

el art. 1.2 ET —es decir, haga del problema planteado un supuesto de búsqueda del empresario real—, en realidad la figura que se superpone como modelo interpretativo es el abuso de la personalidad jurídica con efecto defraudatorio para los derechos de los trabajadores, en aplicación parcial de la sanción que para el fraude o abuso de derecho contiene el art. 7 de nuestro Código Civil.

Esa es la técnica realmente utilizada; en último extremo, una proyección a estos casos de la doctrina del abuso de derecho, con una respuesta coherente con la prevista por el Código Civil (art. 7.2): *“...Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*. Detectado el abuso es fácil la conexión con la elaboración teórica sobre el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, que en los diversos ordenamientos en que ha operado y opera es una técnica represiva de abusos y básicamente consistente en vincular la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, neutralizando el juego exonerante de la personalidad¹⁷. Como se ha dicho en relación con el ordenamiento alemán, uno de los supuestos de juego del *Durchgriff* se encuentra *“en la elusión de la ley o del contrato, y en casos particulares de fraudulento o desleal daño de un tercero, hipótesis actuadas siempre mediante el recurso a la persona jurídica”*¹⁸.

16 Justo un caso contrario, en que la Sala tiene casi que rehacer la argumentación de la parte -que había invocado el art. 44 ET-para concluir que se está ante un supuesto del art. 1,2 ET, la STSJ Madrid 14 mayo 2007 (AS/2007/2654).

17 Sobre esta técnica y sus fundamentos, vid. Zorzi, N., *“L’abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionate a confronto”* Cedam, Padua, 2002, en especial págs. 8 y ss.

18 Zorzi, :, *“L’abuso...”* cit., págs. 17-18.

Precisamente porque el abuso de la personalidad es una técnica de superación del fraude cometido a través de ella, el efecto de esta opción jurisprudencial es progresivamente restrictivo a medida que la doctrina se consolida, dando lugar a la requerida “gestión patológica” de las empresas agrupadas de que hablaba la SAN de 23 de mayo de 2005 citada.

4. EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD Y EL VERDADERO EMPLEADOR: DOS OPINIONES CONTRASTADAS

Dicho todo lo anterior, la normalización subyacente en la idea de búsqueda del verdadero empresario que en otras Sentencias se invoca con la remisión al art. 1.2 ET, pierde vigencia casi inmediatamente. La normalidad de la cooperación entre empresas no puede buscarse en supuestos de claro ejercicio abusivo de derechos. Pero lo anterior no obstante, la jurisprudencia se aferra también al art. 1.2 ET como precepto a aplicar a los supuestos de empresas agrupadas.

Por ello las soluciones a las que se llega en nuestros Tribunales no siempre son coherentes o unívocas. Existen contradicciones en temas sensibles que muestran hasta qué punto ese doble fundamento ha funcionado en la práctica ocultando el papel del art. 1.2 ET —que operaría en todo caso de cooperación, apuntando al verdadero empresario— para potenciar los argumentos extraídos de la teoría del abuso de la personalidad. Que esto es así puede comprobarse en los siguientes ejemplos:

a) **La regla general.** En casos de fraude detectados se transmitirá y extenderá la respon-

sabilidad solidaria entre las empresas agrupadas, pero este efecto no se producirá “[siempre que] se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciada en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores” (STS 30 abril 1999 RJ/1999/4660). Siempre que haya un “mínimo laboral de autonomía” de la empresa formal. La idea del “empresario de mínimos” es palmaria en la argumentación de esta Sentencia, de tal modo que la concurrencia de esta figura excluye la posibilidad de fraude y descarta la extensión de responsabilidad. Y esta regla se aplica en varios supuestos, con diferentes resultados pero de forma persistente, conllevando la irrelevancia laboral de los supuestos en que se invoca, en ausencia de fraude, por intensa que sea la cooperación interempresarial y por escasa que sea la capacidad del “empresario de mínimos” para adoptar decisiones clave en la gestión de su empresa.

b) por ejemplo, no se extenderá la responsabilidad cuando el problema de que se trate sólo consista en la **imbricación societaria**. En ese caso, STSJ Valencia 17 enero 2008 (AS\2008\1151) “*lo único que consta es que entre las sociedades demandadas se produce una coincidencia en cuanto a los socios y a los órganos de administración, pero sin que haya confusión patrimonial ni confusión de plantillas, entendida ésta como prestación de servicios indiferenciada para las empresas del grupo por los mismos trabajadores*” —varias titulares de cines—¹⁹. En la misma línea doctrinal se encuentra el razonamiento siguiente: “(aunque) existen unas relaciones mercantiles, jurídicas y de actua-

¹⁹ Deben tenerse en cuenta sin embargo algunas importantes excepciones, STSJ Islas Baleares 26 febrero 2008 (JUR\2008\183292) —crisis de Opening— condena solidaria y conjunta a abonar a los trabajadores reclamantes una serie de cantidades económicas, basada en que “se constatan del relato fáctico las claras relaciones de unidad direccional entre el Grupo (sigue)

ción que obedecen a una política común del grupo empresarial al que pertenecen” —en un caso en que se solicitaba en procedimiento de conflicto colectivo la aplicación del CC de Telemarketing a una empresa, CATSA, integrante del grupo Sogecable, discutidísima antes, pero formalmente distinta y con un 30% de su contratación encomendada a empresas no integradas en el grupo—. El caso es resuelto por la SAN 23 mayo 2005 (AS\2005\2400), denegando la aplicabilidad a la empresa demandante del Convenio del grupo, a pesar de que la propia Sentencia admite la viabilidad de situaciones individuales y colectivas diferentes de su fallo. La propia Sala califica el proceso iniciado por la empresa como una “acción de jactancia”, reconociendo que se trata de un caso límite —el grupo Sogecable tiene un CC propio—. En la misma línea, tampoco se extenderá la responsabilidad a las empresas demandadas por el trabajador aunque la Confederación Gallega de Minusválidos sea socio mayori-



Factory in North London. 1972. Lucian Freud. Colección Privada.

tario de todas las sociedades en las que sucesivamente ha sido contratado el trabajador —todas con objeto distinto, aunque posean en común que se trata de empresas de inserción de minusválidos— y todas tuvieran la misma dirección e incluso en algunos casos

(continuación) Editorisal CEAC SA y el resto de las demandadas, así como entre ellas y la contratante directa, Open English Master SA (en adelante Opening), al ser aquella junto con Menamar Adriático SL la administradora de Grupo CEAC SA. A su vez, esta última mercantil citada, participa en un 100% del capital de la recurrente Grupo Editorial CEAC SA. Asimismo ostenta un 56,24% del capital de Opening, un 86% en el de Aula Internacional de Enseñanza Amiga SA y una fracción igual en Aula de Enseñanza Amiga Master Spain SL”, todas ellas condenadas: “las relaciones de capital y accionariado son datos que no pueden ser obviados y que a través de esta última sociedad citada —Grupo CEAC SA— entroncan a su vez con la empleadora directa, sin que el mero hecho de la inexistencia de una vinculación aparente directa entre la citada empleadora formal y la recurrente, pueda servir de base para eludir las responsabilidades que se le pudieran atribuir”. La STS 24 enero 2006, ref. CENDOJ: 28079140012006100007 ha abordado y sintetizado el paso de este asunto por el TS, reiterando la aplicabilidad al caso de la doctrina sentada en la STS de 26 de enero de 1998, así como “sentencias de 4 y 22 de julio, 3, 13 y 25 de octubre y 4 de noviembre del pasado año (recursos 2061/04, 2538/04, 1070/04 2790/04, 2533/04 y 2383/04 , respectivamente), todas ellas recaídas en recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos también por “Grupo Editorial CEAC, SA”, en asuntos idénticos al presente provenientes de la misma Sala de lo Social de Andalucía, en los que designó como sentencia contradictoria, la misma que ahora, es decir, la de 26 de enero de 1998 . Y en todas ellas se ha estimado la falta de contradicción de las entonces recurridas con nuestra sentencia. A sus argumentos, que damos expresamente por reproducidos”, lo que ha dado al traste con el pronunciamiento del TS. Otra interesante excepción la constituye la STSJ Cataluña 13 junio 2007 (AS\2007\3528), en que la empresa que se trae a responder es titular del 100% menos 4 de las acciones de la otra, aunque posean objetos distintos, porque la empresa condenada ha obtenido un “beneficio implícito” de la actuación de los trabajadores. De todos modos el razonamiento es confuso porque la situación societaria es realmente complicada. Idea ésta del “beneficio implícito” no alejada de las tesis que sostienen la extensión de la responsabilidad sobre la base de una naturaleza de empleador mediato del trabajador de la empresa principal “López Sánchez, MC., “El empleador en las organizaciones empresariales complejas”, cit., págs. 202 y ss.

el mismo administrador único porque no hay confusión de patrimonios, las sociedades no *“interfieren en el trabajo con cada una de ellas, no se ha probado caja única ni abuso de la personalidad”* (STSJ Galicia 22 diciembre 2004 (AS 2006\769). O se producirá el mismo resultado desestimatorio aunque dos de las empresas demandadas participaran al 50% del accionariado de las condenadas; los accionistas de una de ellas aparecieran como trabajadores de la otra; tenían el mismo domicilio a efectos de Seguridad Social; el administrador de las condenadas apareciese *“en la presentación ante la Diputación del impuesto de sociedades”* y una empleada de una de ellas figurase como secretaria en el procedimiento de disolución de una de las empresas condenadas (STSJ País Vasco 20 enero 2003 (RJ\2004\1825). En resumen, de todo lo anterior se desprende que aunque concorra *“la mera presencia de administradores o accionistas comunes, (STS 21 diciembre 2000, STS 26 diciembre 2001); o de una dirección comercial común (STS 30 abril 1999)... o de sociedades participadas entre sí, (STS 20 enero 20043)”*, STS 3 noviembre 2005 (RJ\2006\1244) la extensión de responsabilidad sólo por estos motivos queda desechada. Alguna sentencia aislada alude a otro requisito que, ineludiblemente, conduce al posible abuso de la personalidad: considera existente el grupo en caso de relaciones societarias de dominación –no se argumenta sobre otros elementos de confusión de plantillas, etc., aunque a veces habla de patología laboral– STSJ Galicia 3 junio 2008 (JUR\2008\186632) *“no encontramos entre las tres empresas demandadas una sociedad dominante y otra dominada, pues lo que acontece es que las tres empresas están constituidas por personas físicas (y familiares entre sí) que como socias, al mismo tiempo, ostentan la*

administración societaria, pero ninguna de dichas sociedades es constituida y por ello dominada por alguna de las otras, y la simple coincidencia de los administradores o socios no es suficiente para ver en ello un grupo empresarial”. No hay *“patología alguna”* (y es verdad que se trata de tres empresas distintas, cada una de ellas gestiona una tienda diferente) la trabajadora ha trabajado para una de ellas desde 1970, y se ha demostrado suficientemente que la empresa afectada concretamente tiene pérdidas. La transposición de la normativa comunitaria en la ley 10/97 no ha proporcionado refuerzos analógicos a la noción de empresa dominante y a su potencialidad fuera del marco del régimen del Comité de Empresa Europeo.

c) Tampoco se extenderá la responsabilidad en casos en que concurren algunas categorías de contratos mercantiles que establecen una cooperación reforzada entre las empresas “agrupadas”, cuya contratación excluye precisamente la existencia de un “grupo” relevante a efectos laborales. Por ejemplo, en relación con el **contrato de franquicia**, tampoco, como regla general, aunque se produzca control del franquiciador en algunos aspectos clave del desenvolvimiento de la relación de trabajo, porque se entiende cierto que en el contrato de franquicia los negocios de franquiciador y franquiciado están diferenciados y sobre todo porque el contrato de franquicia está legalmente reconocido incluso a nivel comunitario, de ahí la tendencia a respetar su estructura (STSJ Andalucía 10 noviembre 2000 (AS\2000\4521) –una franquicia de Mc Donald en que el franquiciado aportaba un local arrendado dentro de un verdadero laberinto societario–. Casi con estas mismas palabras STSJ Extremadura 10 enero 2006 (AS 2006\11), en un supuesto de franquicia en

una cadena de fabricación y venta de pan. Sólo excepcionalmente se matiza que la franquicia puede tener distintos grados de intensidad de control del franquiciador sobre el franquiciado, dando lugar a responsabilidad solidaria en las formas más intensas. Entre ellas, la del caso, porque la trabajadora había trabajado sucesivamente para varias franquiciadas en una cadena de peluquerías, en aplicación de cuyas estipulaciones los delegados de zona de la cadena controlaban la imagen de marca y la cualificación de personal, aunque en el contrato de franquicia se reconociese que la contratación, remuneración o despido del personal eran prerrogativa del franquiciado, aunque el franquiciador pudiera proponer al trabajador el prestar servicios en otras empresas de la cadena –STSJ Madrid 21 mayo 2002 (Jur\2002\286089)–. Por supuesto, con la salvedad también de que la franquicia oculte un caso de inexistencia real de la sociedad formalmente contratante: STSJ Islas Baleares 26 febrero 2008 (JUR\2008\183292)

d) Otra modalidad contractual que ha dado lugar a interesante jurisprudencia excluyendo que pueda haber extensión de responsabilidad a las empresas vinculadas es el **contrato de fletamento**, que ha generado un conflicto al parecer abundante. Ese contrato legitima la diferenciación de empresas –Iberia y Aviaco, integrada en el grupo Iberia–, aunque exista una central comercial única, una programación conjunta de vuelos bajo el Código Iberia y un mismo billete, además de por la personalidad diferenciada o la existencia de Consejos de Administración diferentes, porque Aviaco conserva *“la propiedad de 32 aviones, así como la organización operativa de aviones y tripulación en los vuelos que presta a Iberia quien a este respecto se reserva exclusivamente la programación de los mismos”*

(STS en PCC, 30 abril 1999 (RJ 1999\4660). O en Viva Air, en que Iberia era titular del 99% de las acciones y actuaba bajo código Iberia en aras del contrato de fletamento, aunque también bajo Código Viva en vuelos regulares, e, incluso, al disolverse, se firmase un acuerdo de recolocación de pilotos en Iberia pero ex novo, sin reconocer antigüedad ni condiciones de trabajo (SAN 3 enero 2000 (AS\2000\1317). Nuevamente la idea del “empleador de mínimos” está en la base de estas resoluciones, y se expresa en el caso Aviaco, que, pese a la amplia intervención de Iberia en la gestión de la compañía, conserva cuando menos la capacidad de organizar el trabajo. Y punto. Basta con eso para afirmar la autonomía de la compañía a efectos laborales.

e) Y en el concreto sector turismo, ha generado problemas del tipo de los analizados el **contrato de management**, en la gestión de hoteles por cadenas hoteleras en las que la franquicia y este contratos cada vez más son estrategias de crecimiento. Y así, la STSJ Murcia 21 marzo 2006 (Jur\2006\140879), resuelve negando la extensión de la responsabilidad en un caso de contrato de management en la cadena Hyatt, que *“controlaría la gestión del hotel por medio de la designación, sujeta a la aprobación del propietario, del director general del hotel... que sería contratado por el propietario”*, en el caso la trabajadora era Directora de Recursos Humanos, integrante del “Comité Ejecutivo” del hotel, cuyos componentes *“pueden percibir incentivos denominados ‘bonos Hyatt’, son beneficiarios de un plan de jubilación a cargo de Hyatt Internacional y, si ésta lo considera oportuno, puede ofrecerles el traslado a otro Hotel de cualquier lugar del mundo explotado bajo dicha denominación”*, pese a lo cual, el TSJ sostiene que la trabajadora lo es del Hotel y descarta toda vinculación de la cadena hotelera. La misma tesis soste-



Picapedreros. 1960. Pascual Palacios Tárdez.
(Estampa Popular).

nida en la STSJ Baleares de 27 de julio de 1993 (AS/1993/3481), que reconoce que se trata de una práctica cada vez más común, no siempre relevante en lo laboral; en el concreto caso de esta resolución se analizaba el impacto laboral de los pactos de Iberojet con hoteles concretos, en que el manager se reservaba, respecto del personal de los hoteles, la contratación, la formación, la asignación de trabajo, la negociación de salarios, la política de empleo y el sistema de información y control, supuesto en que se descarta la extensión de responsabilidad porque cuando el contrato entre ambas empresas se rescindió los trabajadores siguieron trabajando para el hotel.

f) Finalmente, aunque haya sido ya examinada por mí en otro trabajo, no puede dejar de citarse en esta sede la STSJ Andalucía de 27 de febrero de 1997 (AS/1997/2610), en un caso de **sociedad de cuentas en participación** entre una gran superficie comercial y la

peluquería que operaba en ella, que reservaba a la superficie comercial poderes laboralmente tan significativos como la necesaria aceptación por ésta del personal contratado por la peluquería; la imposición de la necesaria observancia por el personal de la peluquería de *“un régimen de servicio y atención al cliente acorde con la exigencia de la propia actividad a desarrollar y con el que proporciona”* la gran superficie; la prohibición absoluta de recepción de propinas de dicho personal; el horario de prestación del servicio y, finalmente, la fijación como causa de exclusión de la relación entre las partes la consistente en que el personal de la peluquería *“incida en trato distinto al que es habitual por el personal”* de la

superficie comercial.

Ante todo este conjunto de supuestos, se abren, pues, dos vías:

- Si se opta por la teoría del abuso de la personalidad como cobertura jurídica del “grupo de empresas relevante en el marco laboral”, la zona de impacto de la cooperación de empresas en el marco de la relación de trabajo se reduce sensiblemente al menos desde dos puntos de vista: el primero, de ámbito de aplicación, pues si la empresa controlada puede al menos organizar el trabajo es empresa a efectos laborales y no procede la extensión de responsabilidad; el segundo, de determinación de las consecuencias, al vincularse a la defraudación de derechos de los trabajadores, y suele limitarse a la proclamación de la responsabilidad solidaria de las empresas vinculadas.
- Si se opta por la directa aplicación del art. 1.2 ET, y en aras de la misma, por una reconsideración de las formas en que puede

articularse la posición del empresario en el marco de la relación laboral, las posibilidades que se abren son bastante mayores, para detectar un supuesto de hecho relevante para el Derecho del Trabajo, y para extraer consecuencias de esa relevancia no sólo en tema de responsabilidad, sino en otros aspectos del desenvolvimiento de la relación laboral. En efecto, si en un caso determinado se sostiene que existe una sola relación de trabajo entre el polo subjetivo del trabajador y el polo complejo compuesto por varios empresarios agrupados, resulta imposible no evaluar el papel que cada empresario agrupado desenvuelve en la relación laboral, y cómo ésta es condicionada por esa intervención.

Lo cierto es que en nuestra jurisprudencia es todo menos raro ver la afirmación de que en los casos de empresas complejas, al amparo del art. 1.2 ET se asume la existencia de una única relación de trabajo, en que el sujeto empleador viene constituido por las empresas cooperantes; y esto se afirma así incluso en Sentencias que han razonado sobre la base de la existencia de un grupo de empresas.

Se reconoce que **se trata de una única relación de trabajo** “*desde el punto de vista de las relaciones laborales, esa actuación unitaria de todas (las empresas), conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas y que la condición de empresario recaiga en las empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única, con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas ellas*” (STSJ Andalucía 16 enero 2007 (AS\2007\1376). Lo que sucede, y aparece con toda claridad en el razonamiento transcrito de la Sentencia del TSJ Andalucía, es que, afirmada la unicidad de la relación de trabajo, ahí se detiene el análisis, pasando a continuación a aplicar la responsabilidad solidaria en los casos sometidos a la consideración de los Tribunales, por ejemplo:

- despido de trabajador en una franquicia de enseñanza de idiomas declarado improcedente, responsabilidad del 44 ET, STSJ Asturias 3 febrero 2006 (AS\2006\3284). La misma solución se postula para una empresa de Hilaturas fragmentada y descapitalizada —la que despide al trabajador— STSJ Cataluña 21 julio 2006 (AS\2007\1058), que condena conjunta y solidariamente a la empresa y a las personas físicas que estaban detrás del entramado; ó en la STSJ Madrid 21 mayo 2002 (JUR\2002\ 286089), ya citada, en una franquicia de peluquería, condena solidaria por el despido a la empresa y al grupo del que era franquiciada.
- la misma orientación, a través de la condena solidaria en reclamación de cantidad es la que sostiene la STS 20 enero 2003 (RJ 2004\1825).

Pero esta restricción es incoherente con la previa proclamación de que existe una única relación de trabajo. Afirmarlo impone deducir consecuencias adicionales sobre la dinámica de la propia relación.

Pues bien, en nuestra jurisprudencia es perceptible cada vez con mayor decisión cómo se va abriendo paso la conciencia de esta necesidad de seguir profundizando en el análisis más allá de la mera proclamación de la responsabilidad solidaria. No siempre tiene lugar esta profundización de forma explícita, pero su existencia no creo que pueda discutirse en casos como los siguientes:

- En un caso en que se trata de evaluar la antigüedad del trabajador a efectos de indemnización de despido en el contexto de una relación de cooperación entre empresas, la STS 3 noviembre 2005 (RJ\2006\1244): no computa el tiempo trabajado en otras empresas agrupadas porque no consideraba existente un grupo a efectos laborales. Puede plantearse, indirectamente, la siguiente pregunta: ¿qué se

deduciría para el caso de que lo hubiera sido?. El cómputo sucesivo de la antigüedad se impone con naturalidad a este segundo supuesto, además de la consabida responsabilidad solidaria.

- En un caso de grupo laboralmente relevante, declaración de la nulidad del pacto de periodo de prueba sucesivo entre las diversas empresas, atendiendo, parece, a la unidad básica de la prestación en el marco de la franquicia de peluquería Spejo's, STSJ Madrid 21 mayo 2002 (JUR\2002\286089)
- Igualdad salarial con los trabajadores de la empleadora última, y no admisión de la diferencia de trato fundada en la contratación formal por otra sociedad agrupada –Barclays Bank SA respecto a Barclays Bank PLC– STSJ Madrid 29 febrero 2008 (JUR\2008\143944) pues “*si la entidad que se acaba de citar (Barclays Bank PLC) es la auténtica receptora de los servicios de la recurrente y es ella quien marca el régimen de esos servicios, justo será que se le dé el mismo trato que dispensa a los trabajadores de su plantilla*”. Adicionalmente, es importante que la Sentencia reconozca que ha habido movilidad dentro del grupo y que dicha movilidad no ha sido fraudulenta, por eso se descarta la aplicación del art. 43 ET.
- Sin embargo, quizás la consecuencia más importante se haya ido extrayendo en el marco de la evaluación judicial de la concurrencia de las causas de despido objetivo al amparo del art. 52.c) ET. Como es sabido, en la reciente jurisprudencia de nuestros Tribunales es posible establecer una diferenciación en el ámbito que ha de tomarse en consideración para entenderse concurrente alguna de las causas del despido por necesidades objetivas de la empresa. De este modo, si la causa invocada es organizativa, o productiva o técnica, el ámbito de apreciación, en empresas de estructura comple-

ja, será aquélla parcela de la misma en que concurra el funcionamiento deficiente que generará la justificación del despido. Si la causa es económica, en cambio, el ámbito a valorar para entender concurrente la causa será la totalidad de la empresa. De este modo, sostiene el TS, en Sentencia de 13 febrero 2002, RJ 2002\3787) –a la que remite expresamente la STS 21 julio 2003 (RJ 2003\7165)– que “*la sentencia recurrida confunde su discurso al identificar la causa de la extinción como económica cuando, como ya se dijo, es de índole organizativa o de producción y de ahí que no sea aplicable aquí la doctrina expuesta en nuestra sentencia de 14 de mayo de 1998, y no de 24 de mayo de dicho año, como erróneamente se dice en la sentencia recurrida. En aquella oportunidad declaró el Tribunal Supremo que «partiendo del texto del artículo 52.1 c) ET vigente en 1996, año en el que se produce la decisión extintiva empresarial, la solución jurídicamente correcta es la que se contiene en la sentencia recurrida, cuyos argumentos se asumen, por lo que de tener la empresa varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas “ex” artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, la situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto». Queda muy claro que la solución apuntada es la que se corresponde exclusivamente con el supuesto de causas económicas, pero no es extensible a las restantes causas que enumera el precepto*”. La Sentencia que se acaba de citar es claro que se refiere a una empresa de estructura compleja, en la que podrían integrarse supuestos demasiado diversos, como la pluralidad de líneas de negocio, la pluralidad de centros o las empresas agrupadas propiamente dichas. Por eso es preciso que el TS puntualice si esta doctrina es aplicable a las empresas agrupadas. ¿Qué sucede en relación con las empresas agrupadas? ¿deben considerar-

se autónomas, o bien pueden estar sometidas a unidad de dirección e intercomunicación de patrimonio y de plantillas, al estilo de lo que se conoce como “grupo” a efectos de responsabilidad laboral y ser relevante este dato para apreciar la concurrencia de causa económica²⁰. Nuestros Tribunales no introducen en estos casos las cautelas que aplican a la noción de grupo laboral²⁰. Con ello parece que la extensión al ámbito grupo es ineludible, sea o no un grupo relevante en lo laboral.

- Y a ello responde la STS de 23 enero 2007 (RJ 2007\1910), ciertamente que en un caso límite. Los hechos relevantes para su análisis son los siguientes: En los hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueron modificados en la sentencia de suplicación, se acreditó que: a) Gas Málaga, SL y Butasol, SL tienen sistemas informáticos de gestión interconectados y sus oficinas de atención al público se encuentran en el mismo inmueble con números consecutivos; b) coinciden el objeto social de dichas entidades (el de Gas Málaga es la instalación de aparatos de gas, y el de Butasol el suministro, venta e instalación de aparatos de gas) así como «los cargos y poderes» y los «administradores y accionistas» de las mismas; c) las trabajadoras demandantes han prestado servicios «indistintamente» para ambas compañías mercantiles; d) «de acuerdo con lo alegado por Gas Málaga, esta entidad ha registrado pérdidas económicas en 1999 (96.000 euros) y 2000 (84.000 euros)»; y e) «que, como también decían las cartas de despido, con fecha 31 de diciembre de 1999 Repsol Butano, SA ha

resuelto un contrato mercantil de concesión de servicio oficial con Gas Málaga, SL”. Se trataba evidentemente de un grupo relevante en lo laboral incluso desde la doctrina más rigurosa del abuso de la personalidad. Y el TS sostiene que: “Las causas empresariales aducidas por Gas Málaga, SL probablemente serían suficientes para justificar los despidos de las demandantes, si hubiera sido la única entidad empleadora de la misma. Están acreditadas pérdidas cuantiosas en ejercicios sucesivos en su cuenta de pérdidas y ganancias, y, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tales números rojos constituyen el supuesto más típico de «situaciones económicas negativas» que enuncia el art. 52.c. ET al referirse a las «causas económicas» (en sentido estricto) de los despidos objetivos por necesidades de la empresa. La incidencia desfavorable de esta causa económica se ve agravada en el caso por la concurrencia simultánea de una «causa productiva», que es la terminación de un contrato de concesión entre la propia entidad Gas Málaga y Repsol Butano, SA”. Pero, pese a esta afirmación introductoria, se añade lo siguiente, estamos “ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad”. Por ello no es posible centrar el análisis sólo en Gas Málaga, y ha de extenderse a las dos empresas agrupadas, desestimándose el recurso, declarando los despidos improcedentes, y condenando conjunta y solidariamente a ambas empresas a readmitir o indemnizar. Más detalladamente otras sentencias profundizan en

²⁰ Sugiriendo la necesidad de que el grupo de empresas afectado por esta extensión de la causa económica sea un grupo “laboral”, Martín Rivera, L., “El despido objetivo por necesidades de la empresa”, Reus, Madrid 2008., pág. 286. Una posición contraria en Camps Ruiz, LM, “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en Baylos Grau, A-Collado, L (eds), “Grupos de empresas y Derecho del Trabajo” Trotta, Madrid 1994, págs. 114 y ss.

la misma línea”²¹. Importante resulta destacar cómo en este caso el TS no considera necesario comprobar si Gas Málaga conservaba al menos las facultades de gestión de su personal. La idea de empresario de mínimos está lejos de una argumentación en que se valora la realidad de la empresa compleja, y la estrecha imbricación de una de ellas en la toma de decisiones estratégicas de la otra.

La STSJ Galicia de 27 de junio de 2008 (JUR/2008/211676) extrae de forma más acabada la consecuencia que en la Sentencia del TS esta casi implícita: “en estos casos, no basta con tener en cuenta para justificar la medida de despido de los trabajadores la situación económica de la empresa aparentemente empleadora sino que hay que estar a la situación patrimonial global y conjunta del conglomerado empresarial formado por todas las empresas involucradas en el grupo, para determinar si concurre o no una situación económica negativa que avale y justifique la extinción...habida cuenta de que el verdadero empleador de aquellos no es la mercantil en cuya plantilla se integran de manera meramente formal, sino del conjunto del entramado empresarial que configura el grupo” (en la misma línea, STSJ Baleares 26 marzo 2008 (JUR/2008/216946)).

No puede dejarse este tema sin apuntar que incluso la jurisprudencia contencioso-administrativa es más flexible que la social a la hora de evaluar si incide la situación del grupo en la causa económica, y, a la inversa, de qué manera la empresa en crisis puede extinguir contratos aunque el grupo al que pertenece no registre pérdidas. Como regla

general, esta tesis se desarrolla en particular con la causa económica, al igual que en el ámbito social. La tesis se sintetiza muy bien en una resolución en que se analiza un despido en una empresa de telecomunicaciones integrada en un grupo: “ni la simple justificación de una crisis que afecte, en general, a todas las empresas que constituyen una agrupación económica es suficiente para relevar a cada una de las que lo integran de demostrar cómo y en qué medida le afecta el particular motivo tecnológico, económico o productivo en que base su solicitud de regulación de empleo... ni puede considerarse que la integración en un grupo económico de la empresa que en concreto promueve el expediente de regulación de empleo comporte la obligación de demostrar, formal y exhaustivamente, referida a todas y cada una de las empresas que pueden considerarse integrantes del grupo económico, la realidad efectiva de la crisis afectante al grupo”, en el término medio bastará poner a disposición de los representantes de los trabajadores y de la propia Autoridad Laboral “los elementos de juicio necesarios para que hayan podido compulsar la realidad de esa crisis generalizada”²², probablemente con referencia a la documentación consolidada del grupo mismo, en lo contable y en lo fiscal. La referencia a la crisis de un grupo “laboral” no altera estas conclusiones; si hay un grupo, laboral o no, habrá de dilucidarse por la jurisdicción social, a la hora de determinar la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores en los pagos correspondientes²³. Es más, en alguna sentencia de instancia, es la propia política del grupo, la que amenaza con deslocalizaciones y fomenta la competitividad entre sus propias empresas integrantes, una justificación suficiente de la concurrencia

21 STS 31 enero 2008 (RJ\2008\1899), con cita de SSTSS 13 febrero 2002 (RJ\2002\3787); 19 marzo 2002 (RJ\2002\5212) ó 21 julio 2003 (RJ 2003\7165).

22 STS 14 diciembre 2002 (RJ\2003\4144).

23 STS 14 febrero 2001 (RJ\2001\2869).

de causas organizativas y tecnológicas, pues “*el hecho de que la empresa pertenezca a un grupo transnacional hace necesario que ésta implemente los programas de renovación tecnológica y de reorganización técnica, comercial, etc, que le permitan ser parte importante de los planes del grupo transnacional al que pertenece, debiendo en este sentido afrontar el reto de la tendencia mundial a trasladar a América Latina y Asia la producción industrial, y en el caso europeo a los países del Este*”²⁴. Ahora bien, como en la jurisprudencia social, aún en caso de grupo, la concurrencia de causa TOP puede acreditarse sólo en relación con una de las empresas del grupo: “*cuando se alegan causas técnicas, económicas o productivas no es necesario que la causa alegada ‘haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa’, bastando con que se acredite exclusivamente en el espacio en que se ha manifestado la necesidad de suprimir un puesto de trabajo*”²⁵. Como puede comprobarse, la importante consecuencia de la existencia de un grupo como ámbito de evaluación de la realidad de la causa económica del despido ha saltado las barreras competenciales de los diversos órdenes jurisdiccionales.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

En el momento presente, no es posible negar, a la vista de la jurisprudencia española, que se han dado pasos muy decididos en aras de superar la apariencia jurídica. Ahora bien,



Floor Polishers. K. Malevich. 1911-12.
Stedelijk Museum.

dicho esto, ha de añadirse también que caben dudas sobre el alcance de esta superación porque, en el fondo, de toda esta jurisprudencia no se deduce con claridad cuál ha de ser la respuesta a una pregunta principal: lo mismo que en lo mercantil las necesidades económicas han conllevado la legitimidad de la limitación de responsabilidad ¿puede en lo laboral fragmentarse la unidad de hecho de la relación última entre quien da trabajo y quien efectivamente lo recibe con la intromisión de terceros por diverso título jurídico?. Los arts. 1.2 y 8.1 ET parecen descansar sobre el principio contrario, proclamando el respeto a la realidad de las cosas, superando el formalismo, hasta el punto de que, con base en

24 STSJ Madrid 28 abril 2006 (RJ 2006\201239).

25 STSJ Madrid 24 junio 2004 (JUR 2004\279045).

ellos, se haya llegado a propiciar la existencia de una relación especial de trabajo entre el trabajador y el co-empresario, que recibe mediatamente el resultado de trabajo en los distintos supuestos regulados en la ley laboral –contratas, subcontratas, cesión, ETTs–.

Pero en la jurisprudencia laboral existen motivos para entender muy matizada esta visión del principio de realidad. No de forma categórica, pero sí a través de una casuística que se abstiene de formular principios generales. Y en esta doctrina, es claro que, básicamente la respuesta a la anterior pregunta es positiva entre nosotros.

Es posible fraccionar la actividad empresarial al amparo de cualquier negocio lícito, generando la estanciedad de régimen buscada entre las diversas ramas del negocio. Normalmente, la independencia de actividades productivas generará la de las condiciones laborales, aunque los empleadores sean los mismos en los distintos casos

Esta posibilidad se extiende también a los casos en que el fraccionamiento tiene lugar a través del correspondiente hiato en la unidad del proceso productivo desde el punto de vista económico. Por ejemplo, en los casos de externalización la diversidad empresarial es admitida cada vez con menos reticencias en el marco, sobre todo, de la aplicación de los arts. 42 y su opuesto, el 43 ET.

Pero estas posibilidades constituyen una respuesta afirmativa matizada por elementos valorativos, que faltan en otras áreas del Derecho, donde normalmente se tiende a describir la realidad de los negocios, sin limitarla más que en los casos extremos en que se cuestione la propia eficacia del funcionamiento del sistema económico (la competencia, la seguridad en el tráfico, etc). Conscientes de la restricción de derechos de los trabajadores, se le señalan límites: el abuso de derecho o el fraude de ley (esa regla es general normal-

mente vehiculada a través de la superación del velo de la personalidad); pero realmente se ha ido más allá en muchos casos, tendiéndose a reconstruir los derechos del trabajador en la perspectiva de la empresa agrupada en la que presta sus servicios.

La restricción de derechos laborales es inefectiva, e inoponibles a los trabajadores los pactos inter-empresariales de los que deriva, cuando la cooperación entre empresas sea de tal naturaleza que, aún lícita y legítima, condicione en la empresa formal la posibilidad de decidir autónomamente en materias clave del funcionamiento de la relación laboral: la contratación, la determinación de condiciones básicas de servicio –usualmente categoría y salario, aunque no necesariamente, como se ha visto en el caso de la superficie comercial y el contrato de cuentas en participación–, la disciplina, o la extinción. Sólo con estos matices es posible admitir la figura del “empresario de mínimos” que a veces transparenta la jurisprudencia: no para definir a un verdadero empresario laboral sino para señalar el área intangible de la gestión laboral de la empresa por parte de terceros; aunque, por supuesto, sobre la delimitación de esta área se añadirán las competencias y funciones que permitan detectar a una empresa real. Superada esa frontera de la gestión laboral –porque otra empresa toma decisiones al respecto o porque condiciona las decisiones que adopte la empresa formal– la dinámica del empresario complejo debe de ponerse en movimiento y diagnosticarse la fragmentación de la figura unitaria del empleador. Cuando se observe esa fragmentación se abren dos opciones:

Puede haber una única relación de trabajo una con la empresa “dominante”, separando de hecho a la dominada aunque se la condene solidariamente, lo que supondría la comunicación al trabajador de las condiciones de trabajo de la empresa dominante, que es el

marco efectivo de organización y dirección del trabajo. Supone orillar a la empresa formal que sin embargo puede ser real y conservar algunas funciones típicas del empresario laboral. Por ello sólo se declara en verdaderos casos límite en que la empresa formal carece de competencias gestoras clave en lo laboral, próximos al fraude —a la cesión de trabajadores, de hecho—, y con ello volvemos a la doctrina restrictiva y no nos moveremos de ella mientras que se trate de “aparcar” la participación de empresas reales.

Ó puede haber una relación en la que la posición del empleador esté asumida por las empresas implicadas (empleador complejo). Esta técnica obligaría a evaluar el grado de implicación de cada empresa en cada concreta vicisitud de la relación de trabajo, deduciendo de ello cuál sería el régimen jurídico a aplicar y cuáles los pactos o sus consecuencias que resultarían inoponibles a los trabajadores. En relaciones de alta subordinación, el régimen jurídico resultante será el propio de la empresa principal prácticamente en los términos de apartado anterior. En caso de reparto de competencias entre empresas, probablemente el régimen dominante sea el de la empresa formal, pero valorando el hecho de la cooperación con otra sobre todo para apreciar la concurrencia del supuesto de hecho de las normas aplicables (la continuidad de relaciones a efectos del periodo de prueba, la antigüedad real del trabajador, la movilidad dentro del grupo y sus efectos, quién debe proceder a la readmisión efectiva o la existencia o no de crisis económica) o para determinar la propia normativa aplicable (la igualdad salarial con los trabajadores de la empresa princi-

pal, o los planes de pensiones aplicables, como sucediera en el caso Hyatt). Eso es precisamente lo que parece que está haciendo la jurisprudencia española con todas las dificultades y contradicciones que se han visto.

Y este conjunto de respuestas, en realidad, gira en torno a una idea básica: la unidad y la realidad de la organización laboral, cuando ésta sea el resultado de la acción de una pluralidad de sujetos situados en la posición jurídica del empleador que actúan de forma simultánea y coordinada. La posición del empleador puede ser compleja, y cuando así sea, será compleja también la forma en que la naturaleza y la estructura del empleador impactan en la relación de trabajo. Fruto de esa complejidad reconocida será la superación del principio de relatividad de los contratos del art. 1257 CC en su sentido más radical de insensibilidad mutua de las diversas realidades contractuales. De ese modo, existirá eficacia refleja del contrato celebrado entre las distintas empresas, integrando el negocio jurídico —contrato de trabajo— con las reglas deducibles de la existencia de esos contratos ajenos —franquicia, fletamento, sociedad, etc.— en cuanto condicionen el régimen jurídico laboral, porque se produciría una vinculación a esos términos derivada de la propia naturaleza de las relaciones encontradas, según lo previsto en el art. 1257.1 CC²⁶.

Las cláusulas de esos pactos, que formalmente diversifican el riesgo y las competencias del empleador laboral entre las empresas firmantes, no podrán, entonces, ser oponibles a los trabajadores afectados por la relación inter-empresarial²⁷. Porque no son oponibles no es posible, con fundamento en ellos, eludir

26 Vid, detalladamente Gorelli Hernández, J., “La tutela de los trabajadores...” cit., págs. 331 y ss.

27 Por lo demás, la superación del principio de relatividad de los contratos no es desconocida en la jurisprudencia de la Sala I del TS, en algunos casos particularmente, así, en relación con el impacto de la cláusula CIF en las relaciones aseguramiento y transporte, vid. Sentencia de 7 marzo de 2007 (RJ 2007\1825) “*El artículo 1257 del Código Civil (sigue)*”

la responsabilidad. La solidaridad se impone y no como una sanción —o que nos obligaría a entrar en complejas valoraciones de la concurrencia de una culpa que no es necesaria—; tampoco necesariamente como consecuencia de un pronunciamiento legal expreso, sino como la consecuencia natural de una decisión en la que los diversos actores han cooperado eficazmente, a través de vínculos de solidaridad impropia también perfectamente conocidos en el Código Civil (art. 1140). Todo ello como se deduce de la ya abundante jurisprudencia de la solidaridad en lo laboral.

Pero **porque no son oponibles** tampoco será posible invocarlos para que la empresa dominante en aspectos claves del régimen de la relación de trabajo haga abstracción de su realidad para centrar el análisis sólo en la empresa dominada: es lo que sucede por ejemplo, y señaladamente, en la jurisprudencia de las causas económicas del despido. Pero podría extenderse a otros casos, y de hecho se ha extendido, por ejemplo, a la antigüedad del trabajador o la nulidad de un periodo de prueba ineficaz cuando el trabajador lleva ya tiempo prestando de hecho los mismos servicios. En estos casos es claro que la sucesión formal de empleadores generada por las vici-

situdes de la relación entre empresas no alcanza a romper la unidad real de la prestación de servicios, aunque no sea preciso que la sucesión de empleadores haya sido fraudulenta —piénsese en el caso del art. 44 ET, típico de inoponibilidad al trabajador del cambio del empresario ante el dato de la unidad de la organización concreta en que el trabajador presta servicios—. Es claro también, más si cabe, la extensión de estos principios al juego del derecho de la prevención de riesgos o al derecho colectivo. Se trata, por tanto, de subrayar la raíz única de todos estos fenómenos judiciales y normativos.

Claro que *también la existencia de esos pactos puede ser opuesta* por los trabajadores frente a intentos de las empresas cooperadoras de mantener el fraccionamiento del régimen jurídico a pesar de su cooperación. El caso típico de esta posibilidad sería la concurrencia de causa económica de despido y sus efectos, en especial, la posibilidad de recolocación de trabajadores en otras empresas del conglomerado, si es posible y compatible con la situación global de desbalance. La jurisprudencia muestra ejemplos de esta posibilidad de ofrecimiento por una de las empresas de que el trabajador pase a trabajar en ella pese a

(continuación) sanciona el principio de eficacia relativa de la regulación contractual, como derivación de la misma esencia del contrato. Su consecuencia es que éste no produzca efectos directos para el tercero, pues lo convenido por otros... no puede beneficiarle ni perjudicarlo... Sin embargo, ese principio, de remotos precedentes... no excluye una eficacia indirecta del contrato en la esfera jurídica del tercero, entre otras razones, por repercutir en ella la situación creada o modificada por aquél. Ni tampoco impide que, en esos supuestos, pueda el tercero utilizar o servirse del contrato ajeno, frente a las partes que lo perfeccionaron o frente a quienes, como en el caso de la subrogación, ocupan su posición jurídica..." En la misma línea, Sentencia de 8 mayo de 2008 (RJ 2008\2829) "El término contractual unificado internacionalmente CIF —cost, insurance and freight— cumple la función de regular, en la venta internacional con expedición, determinados aspectos de la relación jurídica nacida, entre vendedor y comprador, del contrato de compraventa, como son los relativos a quien debe pagar los portes y la prima del seguro, cuando se produce la entrega de la mercancía por el primero al segundo y cual es el régimen de los riesgos, en particular el llamado *periculum rei*, vinculado a la condición de dueño —*res perit domino*—... Por esa variada repercusión, directa y refleja, de la eficacia de la cláusula, su incorporación al contrato de compraventa puede afectar también a la relación de transporte y a la del seguro, dada la posibilidad de que el porteador o el asegurador se sirvan de ella o la utilicen". En particular, la sentencia de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2481) y la de 26 mayo de 1995 (RJ 1995\4129), referida a la inoponibilidad a terceros de un pacto mantenido en secreto por los contratantes: "pacto secreto que, cual se ha dicho y como establece la Sentencia de 20 mayo 1982 (RJ 1982\2583), no vinculan a los terceros, sino exclusivamente en su caso, a los contratantes, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil; y es que, como también expresa la Sentencia de 5 mayo 1983 (RJ 1983\2668), "el tercero que adquiere una cosa mueble de buena fe (menos aun cuando hay pacto anterior al efecto y disposición que así lo establece) no está afectado por la resolución pactada entre el primero y segundo dueño que la vendió a éste, ni, añadimos ahora, por la condición suspensiva secreta que implica el pacto de reserva de dominio"; o, finalmente, la STS de 4 noviembre de 1994, RJ 1994\8368, entre otras.

su diversidad formal con la empleadora original. Se ha visto en casos de franquicia (Spejos's) y de management (Hyatt) y ha surgido también en un notorio caso de fletamento (Viva Air), aunque sea de origen pactado en un acuerdo colectivo. Entiendo que esta posibilidad no puede descartarse ni restringirse sólo a los casos de fraude o abuso de la personalidad. En los casos en que esta posibilidad exista en términos de generalidad, la misma debe entenderse extensible a todos los casos en que se produzca la posibilidad de desplazamiento interno del trabajador, porque lo exige la naturaleza misma del contrato que une a las partes, y no ampararse en la estricta letra de una ley que ha sido concebida de espaldas a la posibilidad de estos supuestos (si la franquiciadora o la manager puede ofrecer al trabajador que trabaje en otras empresas del grupo por su beneficio, resultará lógico que deba hacerlo cuando beneficie al trabajador y no le ocasione un perjuicio especial. Por lo menos se abre esa posibilidad y no cabe descartarla).

En suma, en el momento presente, legislación y jurisprudencia han ido marcando las pautas que permiten sostener la recepción en nuestro sistema de la figura del empleador complejo, de la cooperación interna al contrato de trabajo como un elemento interpretativo que enriquece el régimen jurídico de la relación de trabajo más allá de la respuesta restringida de la extensión de responsabilidad²⁸. Se trata de



Kircher, Athanasius. *Turris Babel sive Archontologia...* Amstelodami. Ex officina Janssonio-Waesbergiana, 1679.

desarrollar algo más armónicamente sus consecuencias, eludiendo connotaciones sancionadoras que no tienen sentido, sin duda, cuando se ha recurrido a negocios legítimos, y que están fuera de lugar a la hora de determinar el verdadero alcance laboral de dichos negocios. La teoría del levantamiento del velo de la personalidad cumplió y cumple su función todavía, pero no es adecuado tratar de extenderla a casos en que no es necesaria, o de lo contrario se generarán disfunciones y restricciones técnicas que no pocas veces hemos visto que provocan la insatisfacción del propio órgano judicial que la utiliza ante las soluciones a las que le ha llevado.

²⁸ Esta conclusión es, a mi juicio, un factor patente aunque innominado en la jurisprudencia manejada. Y es clara en la dirección en que se mueve la doctrina que más recientemente ha abordado la cuestión, aunque el instrumento técnico varía tanto como la unificación del término “contrata”, para encajar en el art. 42 ET toda la pluralidad de organizaciones empresariales complejas (en Pedrosa González, J., “Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas” (Ed. Bomarzo, Albacete, 2008); el recurso a la técnica de la personificación con un fin semejante de encuadramiento de la empresa compleja, (en Desdentado Daroca, E., “La personificación...” op. pág. cit); la coligación de negocios conectada con relaciones especiales mediatas de trabajo (López Sánchez, MC “El empleador...” cit. Págs. 179 y ss; ó Monereo Pérez, JL “Teoría jurídica de los grupos de empresa” Comares, Granada, 1997).

J. Eleizegui

HIGIENE INDUSTRIAL

Manuales.
II. *Soler.* 2.^{da} PTE

Higiene Industrial,
J. Eleizegui.
Manuales Soler.