ANÁLISIS Y CONTEXTOS

Despido colectivo y grupo de empresas

11 Mayo 2021

(Nº 26)

SERVICIO DE ESTUDIOS UGT

CONTENIDO

- Resumen
- Introducción
- Despido colectivo: principales elementos de su regulación
  - ¿Cuándo estamos ante un despido colectivo?
  - Procedimiento a seguir
  - Indemnización legal
- Los grupos de empresa
  - Grupo de empresas mercantil y grupo de empresas a efectos laborales
  - Elementos o factores que dan lugar al "grupo de empresas a efectos laborales"
- Grupo de empresas y despido colectivo
  - La legitimación para instar un despido colectivo y el ámbito de negociación (centro de trabajo, empresa o grupo de empresas
  - Entrega de información para el correcto desarrollo del periodo de consultas
  - Concurrencia de las causas que justifican el despido colectivo
  - Buena fe negocial
- Conclusiones

Resumen

El fenómeno del Grupo de Empresas y su repercusión en el ámbito laboral es una de las cuestiones de mayor complejidad y actualidad. Tanto se utiliza como fórmula para escapar al cumplimiento de la legislación, ya laboral, ya fiscal, como cuando es una lícita articulación del modelo empresarial.

Nuestra legislación ni define el concepto de grupo de empresas ni es lo suficientemente precisa o detallada respecto a las obligaciones, exigencias y efectos o consecuencias del despido colectivo cuando estamos en presencia de un grupo de empresas. Esta circunstancia ha originado multitud de interrogantes que, a lo largo de los años, ha tenido que ir resolviendo la doctrina de nuestros juzgados y tribunales. La pluralidad de situaciones que aporta el grupo de empresas en ámbitos como la contratación, la responsabilidad ante la Seguridad Social es muy rica, su mezcolanza con otras instituciones como la sucesión y la subcontratación también. Nos centramos en este análisis en la esfera del despido colectivo.

Introducción

Antes de entrar a estudiar las cuestiones e interrogantes más relevantes desde la perspectiva sindical sobre la particular problemática que se produce cuando las personas trabajadoras cuyos contratos se extinguen forman parte de un grupo de empresas, y la amplia jurisprudencia acumulada en esta materia, ejemplos prácticos y recomendaciones que pueden ser de interés, conviene que recordemos, aunque sea de manera muy esquemática, cuáles son los puntos fundamentales del despido colectivo. Esto es, cuándo estamos ante éste, qué procedimiento se debe seguir y cuál es la indemnización legalmente exigida.

Despido colectivo: principales elementos de su regulación

¿Cuándo estamos ante un despido colectivo?

De acuerdo con el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las condiciones esenciales que se deben de dar para poder considerar que estamos ante un despido colectivo son fundamentalmente tres: que la extinción de contratos afecte a un número de trabajadores determinado; que el cómputo de las extinciones se produzca en un periodo de referencia de 90 días y que la extinción de contratos se base en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

a) Número de trabajadores afectados.

- Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.

- El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

- Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

- A más de cinco trabajadores si la actividad empresarial cesa totalmente.

La unidad de referencia para observar si se superan estos umbrales podrá ser la totalidad de la empresa como también el centro de trabajo, siempre y cuando en el mismo trabajen más de 20 trabajadores.[1]

b) Computo de las extinciones.

El período de referencia para realizar el cómputo del número de despidos y determinar la existencia de un despido colectivo (art. 51.1 ET) es de 90 días y el mismo podrá ubicarse completamente antes, completamente después o parcialmente antes y parcialmente después de la fecha del despido que se impugne.[2]

En este punto hay que tener en cuenta que, además de las extinciones derivadas del despido colectivo, se tendrán que computar cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, sin incluir las extinciones que se deriven de la finalización de los contratos temporales (art. 49.1 c) ET).

También es importante tener presente la "cláusula antifraude por goteo", la cual establece que, cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones del despido colectivo, la empresa realice extinciones de contratos en un número inferior a los umbrales referidos, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto. (Artículo 51.1. párrafo 6 ET).

c) Causas objetivas que justifican el despido:

- Causas económicas: se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas.

- Causas técnicas: se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, definición que no sufre cambios con respecto a la regulación anterior.

[1] STS 848/2016, de 17 octubre 2016 y SSTJUE de 30 abril de 2015 (C-80/14, asunto "Wilson") y de 13 mayo de 2015 (C-80/14, asunto "Rabal Cañas").

[2] STJUE de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19 Ver Comentario del SEC Sentencia (Asunto C 300/19) del Tribunal de Justicia, de 11 de noviembre (servicioestudiosugt.com) y STS 4267/2020, de 9 de diciembre de 2020.

- Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.

- Causas de producción: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Si se dan estas tres exigencias, estaremos ante un despido colectivo, que deberá llevarse a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 51 del ET y el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante RD 1483/2012).

Procedimiento a seguir

Tal y como ya avanzábamos unos párrafos más arriba, una actividad de IA de alto riesgo, Este procedimiento consiste fundamentalmente en la obligación de abrir un periodo de consultas con los trabajadores o con los representantes de estos y en el cumplimiento de una serie de exigencias procesales, entre las que destacan:

- La obligación empresarial de comunicar la apertura del periodo de consultas a los trabajadores o sus representantes.

- La obligación de la empresa de acompañar a esta comunicación una memoria donde se expliquen las causas del despido colectivo, así como todos los extremos a los que debe referirse el escrito de comunicación (trabajadores/as afectados, comisión negociadora, etc.).

- La obligación empresarial de aportar toda la información necesaria para acreditar las causas que motivan el despido colectivo (información común e información específica respecto de cada causa alegada).

Concluido el periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado de este, es decir, si ha sido con acuerdo o sin acuerdo. Si hubiera finalizado sin acuerdo, la empresa deberá enviar un escrito a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, en el que exprese o manifieste la decisión final de proceder al despido colectivo y las condiciones en que se llevará a cabo.

Indemnización legal

Aquellos trabajadores cuyos contratos se extingan en virtud de despido colectivo, tendrán derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de 12 mensualidades.

Los grupos de empresa

Grupo de empresas mercantil y grupo de empresas a efectos laborales

La diferenciación entre grupo de empresas mercantil y laboral, también denominada patológica, es fundamental para entender la doctrina del Tribunal Supremo al respecto. La importancia de conocer cómo se definen, delimitan y distinguen estos conceptos va a ser crucial para garantizar la debida protección de los trabajadores ante el despido colectivo, pues dependiendo en qué escenario nos situemos, ante qué grupo de empresas estemos, mercantil o laboral, las obligaciones, consecuencias y responsabilidades en el ámbito laboral de las empresas que conforman el grupo, van a implicar una mayor o una menor protección de los trabajadores afectados por el despido, como consecuencia especialmente de la atribución de responsabilidad solidaria a todas las empresas que conforman o integran el entramado societario.

Así, **con carácter general se puede definir al grupo de empresas** como el *"conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria. Así pues, el mismo se caracteriza por dos elementos: a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]; y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación]."*[3]

Grupo de empresas mercantil

Según el **artículo 42 del Código Comercio**, existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a. Posea la mayoría de los derechos de voto.

b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d. Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que

[3] STS 798/2019, de 21 de noviembre de 2019. Recurso núm. 103/2019.

deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras anteriores.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Grupo de empresas a efectos laborales

La STS 798/2019, de 21 de noviembre de 2019 (Recurso núm. 103/2019[4]), sintetiza de forma muy pedagógica la doctrina vigente del alto tribunal sobre el concepto de "grupo de empresas" como empleador y realiza asimismo, una enumeración de todos aquellos elementos adicionales que deben darse de forma conjunta con aquellos otros que determinan la existencia de un grupo de empresas mercantil, para poder determinar si nos encontramos o no ante un grupo de empresas a efectos laborales y vincular así, el importante efecto de responsabilidad solidaria a las diversas empresas que conforman el grupo.[5]

Según dicha sentencia, la enumeración de los elementos o factores cuya aparición, no acumulativa o simultánea[6], dará lugar al "grupo de empresas a efectos laborales", es la siguiente:

1º el **funcionamiento unitario** de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo;

[4] Con cita explícita a las SSTS de 20 de octubre de 2015, RJ 2015/5210, asunto TRAGSA; 27/05/13 -rco 78/12-, asunto "Aserpal"; ...; 28/01/14 -rco 16/13-, asunto "Jtekt Corporation"; 04/04/14 - rco 132/13-, asunto "Iberia Expréss"; 21/05/14 -rco 182/13-, asunto "Condesa"; 02/06/14 -rcud 546/13-, asunto "Automoción del Oeste";...; 22/09/14 -rco 314/13-, asunto "Super Olé"; ...; - 24/02/15 -rco 124/14-, asunto "Rotoencuadernación"; y 16/07/15 -rco 31/14-, asunto "Iberkake".

[5] Tal y como expresa la STS 20 de octubre 2015, Recurso núm. 172/2014 "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".

[6] No tienen por qué concurrir todos estos elementos de manera simultánea, ni se trata de una enumeración cerrada de factores. Como se expresa en la STS de 20 de marzo de 2013 *"…la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma."*

2º la **confusión patrimonial**;

3º la **unidad de caja**;

4º la **utilización fraudulenta de la personalidad jurídica**, con creación de la empresa "aparente";

5º el **uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria**, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Por otra parte, en muchas ocasiones nos encontramos con la expresión "grupo de empresas patológico" o "grupo patológico de empresa". Expresión que, de acuerdo con la STS de 20 de noviembre de 2015 (Recurso núm. 172/2014), *"ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude". "Empresa de grupo' o 'empresa-grupo', resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros."* [7] En realidad, lo que nos expresa el Tribunal Supremo es que, en la situación de grupos de empresas patológico o laboral, se rompe el velo porque el grupo ha sido utilizado como un instrumento irregular, sobrepasando ampliamente la previsión de la legislación mercantil, y, por ello, merece la ruptura del velo y su trato como una única empresa.

Elementos o factores que dan lugar al "grupo de empresas a efectos laborales"

Como ya habíamos apuntado anteriormente, para considerar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y derivar la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de las empresas del grupo con sus propios trabajadores, no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, sino que hace falta, además, un plus que la Jurisprudencia ha situado en la **conjunción de alguno de los elementos** que, a continuación desarrollamos atendiendo a la doctrina vigente de la Sala del Tribunal Supremo.[8] No es la cotitularidad la que va determinar la existencia de un grupo de empresas laboral sino la concurrencia de los requisitos que a continuación se van a enunciar, bajo la base del predominio de la teoría del fraude (PEREZ CAPITAN, L. *El despido colectivo y las medidas de suspensión*

---

[7] Sentencia 187/2020 del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, de 13 de octubre de 2020: "*El grupo de empresas se considera patológico para el Derecho del Trabajo si una vez levantado el velo de las empresas que lo integran, se encuentran fenómenos de constitución abusiva de sociedades en perjuicio de los trabajadores afectados, de manera que el Juez o Tribunal después de penetrar en la realidad material y no en la adscripción formal del trabajador a una de ellas declara que existe un verdadero grupo ilícito a cuyas empresas extiende la responsabilidad solidaria sobre los derechos del trabajador, correspondiendo a este último, en principio, y con todos los matices del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la carga de la prueba de que dicho grupo existe, o al menos dar indicios sobre su existencia."*

[8] SSTS de 27 de mayo de 2013, 28 de enero de 2014; 4 de abril de 2014; 21 de mayo de 2014; 2 de junio de 2014; 22 de septiembre de 2014; 24 de febrero de 2015; 16 de julio de 2015, 20 de octubre de 2015 y de 21 de noviembre de 2019, entre otras.

y reducción temporal de jornada, 2020, p. 85). Estamos ante requisitos que deben concurrir de forma acumulativa o, al menos de forma, conjunta y significativa:

1º Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo.

No siempre que los trabajadores prestan servicios para diferentes empresas del grupo puede considerarse que estemos ante una prestación indistinta de trabajo. Así por ejemplo, podemos encontrarnos con situaciones de movilidad entre empresas del grupo que respondan *"a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo …, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador"*[9] y también, podemos toparnos con situaciones de prestación simultánea de servicios para todas las empresas del grupo, de tan corta duración que *"en manera alguna tiene relevancia como para sostener que estemos en presencia de una «confusión de plantillas», que a su vez evidencie un «funcionamiento unitario» y que a la par consienta afirmar la existencia de «empresa de grupo»"*[10].

Para considerar acreditada una prestación de servicios simultánea y/o sucesiva para varias de las empresas de un mismo grupo, es necesario que se deduzca la existencia de *"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"*[11].

En definitiva, ***"el dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral no es la unidad del empresario,..., sino la unidad de prestación de servicios realizada por el trabajador"***[12].

A título ejemplificativo, enumeramos a continuación algunos casos en los que los juzgados y tribunales han estimado acreditada la presencia de una prestación de trabajo simultánea y/o sucesiva, en favor de las empresas del grupo:

- Director financiero compartido por todas las empresas del grupo sin distinción de las actividades llevadas a cabo por cada una de las empresas (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 798/2010 y Tribunal Superior de Justicia de Madrid 601/2012, de 25 de junio de 2012, Deman. 21/2012).

- Trabajadores que hicieron aportaciones conjuntas en un régimen de incentivos instaurado en todas las sociedades del grupo, retribuyéndose en función de los beneficios obtenidos en las tres sociedades que componían el grupo de

[9] STS de 26 noviembre 1990, Recurso núm. 645/90 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1165/2005, de 1 junio de 2005.

[10] STS 656/2018, de 20 de junio de 2018.

[11] STS de 20 de octubre de 2015, Recurso núm. Casación 172/2014, con cita a las SSTS 23/01/07 –rec 641/05–; y SG 21/05/14 –rco 182/13, asunto «Condesa».

[12] STS 656/2018, de 20 de junio de 2018.

empresas. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 13/2012, de 23 de mayo de 2012, Deman. 10/2012).

- Los trabajadores de una empresa que reciben a través del mismo teléfono y de los mismos medios de comunicación (fax, etc.) las peticiones de ofertas, y realizan, atienden y mandan los pedidos sin distinción de qué empresa facturaba o bajo qué nombre viniera el pedido. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 415/2012, de 30 de mayo de 2012, Deman 17/2012).

- Las llamadas telefónicas a todas las sociedades del grupo las atendía una empleada, que efectuaba también los apuntes contables de las empresas. Asimismo, los trabajadores al etiquetar las prendas que fabricaban ponían la etiqueta de una u otra empresa, según se les indicaba. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 84/2014, de 29 enero de 2014).

- Durante el periodo de consultas en un despido colectivo se reconoce la antigüedad de los trabajadores en cualquiera de las empresas del grupo. (Sentencia Audiencia Nacional (SAN), de 26 de julio de 2012, Autos 124/2012).

- Las vacaciones en los centros de trabajo se organizaban por acuerdo del facultativo responsable y de los representantes del personal, sin tener en cuenta la empresa en que trabajada cada uno de los trabajadores (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 13/2012, de 23 de mayo de 2012, Deman. 10/2012 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, de 23 de mayo de 2013).

- Fichaje común para todas las empresas del grupo; los trabajadores eran enviados a realizar sus cometidos en una u otra empresa, según las necesidades coyunturales; la dirección del grupo decidía el trasvase contractual de trabajadores entre las empresas del grupo. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 381/2017, de 5 junio de 2017).

- Aunque la trabajadora fuera primero contratada para una de las empresas del grupo, pasando después y por razones desconocidas a ser contratada por otra de las empresas, ha venido siempre realizando las mismas funciones administrativas, así como tareas para el departamento financiero o de marketing, para todas las empresas del grupo. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 457/2017, de 13 julio de 2017).

2º La confusión patrimonial

El patrimonio social de una entidad empresarial comprende los medios económicos y financieros para que una empresa pueda llevar a cabo su actividad económica. Su valor se obtiene sumando el valor de los bienes ya sean muebles o inmuebles, más el valor de los derechos y menos el valor de las obligaciones (deudas) con terceros.[13]

[13] https://economipedia.com/definiciones/patrimonio-social.html

Con carácter general, cuando se habla de confusión patrimonial entre las empresas del mismo grupo, nos referimos al **uso, posesión y participación indistinta de los medios económicos y financieros de todas las empresas del grupo, de tal modo que sea imposible diferenciar entre el patrimonio propio de una y de otras**.

No todo uso o participación indistinta en el patrimonio social de las empresas del grupo va a conllevar la responsabilidad solidaria de todas las empresas, sino que como viene manteniendo nuestro Tribunal Supremo, la confusión patrimonial *"… no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso»; y «ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que "no pueda reconstruirse formalmente la separación"*[14].

La presencia de este elemento de confusión patrimonial, al igual que el resto de los elementos que conllevan la extensión de la responsabilidad a las empresas del grupo, dependerá de las concretas situaciones que se produzcan. Sin embargo, podemos enumerar algunos casos en los que la doctrina judicial ha considerado acreditada dicha confusión patrimonial y, por tanto, la existencia de grupo de empresas a efectos laborales. Por ejemplo:

- Cuando una de las empresas del grupo es la encargada de comprar la mercadería y distribuirla entre los diferentes centros, cobrar todas las facturas y atender todos los gastos de las diferentes empresas del grupo incluyendo, además, el pago de los salarios de todos los trabajadores del Grupo (SAN de 26 de julio de 2012, Deman. 124/12 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de julio de 2009).

- En caso de que exista una *"incorrecta contabilización de sus propios gastos, ingresos y demás conceptos contables por cada una de las sociedades o empresas a valor razonable o precio de mercado, lo que es exigible para determinar correctamente la información contable de cada una y además obligatoria desde el punto de vista de la legislación tributaria". "La vulneración que no sea meramente marginal de (las) normas de valoración de las operaciones vinculadas e intragrupo supone la existencia de confusión patrimonial y, por ello, de grupo de empresas laboral."* (SAN 165/2015, Recurso núm. 30/2014[15]).

---

[14] STS de 26 de enero de 1998, Recurso núm. 2365/1997; STS 20 de octubre de 2015; STS 450/2017 de 30 mayo, Recurso núm. 283/2016, y STS 458/2017, de 31 de mayo, Recurso núm. 2501/2015.

[15] *"…no basta con que, cuando se producen operaciones intragrupo (como puede ser la prestación de servicios de unas empresas a otras) exista alguna facturación de las mismas a cualquier precio, sino que además es exigible que dichas operaciones sean facturadas correctamente, esto es, que la fijación de precios responda a valores normales de mercado. De lo contrario existirá una situación de confusión patrimonial, porque la prestación de servicios o las operaciones entre partes vinculadas o intragrupo realizadas por encima o por debajo de los precios normales de mercado implican una distorsión económica en favor de una de las empresas y en perjuicio de la otra. En la medida en que, además, la fijación de los precios de las operaciones vinculadas o intragrupo pueden ser decididas desde la estructura de dirección del conjunto del grupo, con ello se estaría posibilitando el manejo artificial de la contabilidad de las sociedades implicadas para situar los beneficios o las pérdidas en unas u otras al antojo y conveniencia de la dirección del grupo."* (SAN 165/2015, Recurso núm. 30/2014).

- Que algunas de las empresas del grupo contraten una financiación en la que participen otras empresas del grupo, garantizando con una parte de su patrimonio el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas que contrataron la financiación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 601/12, de 25 de junio de 2012, Deman. 21/2012).

En sentido contrario, la jurisprudencia ha considerado que no concurre confusión patrimonial en los siguientes supuestos:

- Cuando una de las empresas del grupo tenga acciones en otra, aunque esa participación llegue a alcanzar porcentajes ciertamente llamativos como el 99,97% del capital social de la que acordó el despido colectivo; siempre que no concurra ningún elemento adicional que lleve a mantener la existencia de un grupo de empresas con específica responsabilidad laboral. (STS 3461/2014, de 2 de junio de 2014 Recurso núm. 546/2013).

- Cuando las empresas pongan en común concretos servicios comunes o estructuras productivas determinadas, siempre que la repercusión de los ingresos y los gastos de las mismas sean correctamente imputados a la contabilidad de cada una de las sociedades. (SAN 165/2015, Recurso núm. 30/2014).

- Cuando exista una centralización financiera absoluta, instrumentada mediante un contrato de CASHPOOLING, en el que las diferentes compañías del grupo depositan todos sus ingresos, siempre y cuando se acredite que los ingresos y salidas de la cuenta están perfectamente documentados y diferenciados según la sociedad afectada, aunque la autorización para liberar los préstamos corresponda a una sola de las empresas del grupo. (SAN 8/2013, de 20 enero 2014).

3º Unidad de caja.

El elemento de unidad de caja o de caja única, que sirve de indicio para considerar un grupo de empresas laboral, es aquél en virtud del cual los **ingresos y gastos de un grupo de empresas se centralizan en una dirección económica, en una tesorería única**, que gestiona todos los recursos financieros de las empresas del grupo.

Se expresa por parte de la doctrina científica que la unidad de caja supone el grado máximo de confusión patrimonial, en la que *"los medios financieros son compartidos por todas las empresas del grupo y además, comunes, dado que cada una de ellas puede recurrir a esa tesorería para subvenir (sufragar) una necesidad, … produciendo una situación de permeabilidad operativa y contable entre todas ellas"*[16], de forma que las distintas empresas que conforman el grupo, en la práctica, operan con un alto grado de comunicación entre sus patrimonios, lo que puede manifestarse, en la asunción de pagos o deudas entre ellas[17]. Esto es a lo que la doctrina judicial denomina

[16] "La empresa de grupo. Régimen, requisitos y su actualización". Luis Fernando de Castro Mejuto. AFDUC 18, 2014, pp.227-242.

[17] SAN 7/2014, de 20 enero 2014.

"promiscuidad patrimonial" o "promiscuidad en la gestión económica", requisito esencial para acreditar el elemento de la unidad de caja.

Ejemplos característicos de la concurrencia de unidad de caja es cuando se hipotecan inmuebles de algunas empresas para garantizar préstamos concedidos a otras empresas del grupo o cuando existen préstamos entre las distintas empresas del grupo.[18]

4º La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa "aparente".

Este elemento alude al fraude en el manejo de la personalidad jurídica, en supuestos en los que se aprecia la **existencia de una empresa real y otra que sirve de "pantalla" para aquélla**[19]. Estamos ante supuestos en que la empresa en cuyo nombre se lleva a cabo la actividad mercantil actúa como empresa aparente o ficticia, sin sustento real, ocultando al verdadero empresario, con el objetivo de dispersar y/o eludir las responsabilidades laborales, en beneficio del grupo o de la empresa dominante y en perjuicio del trabajador.

Expuesto de forma más sencilla, tal y como se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia País Vasco 798/2010, de 16 de marzo de 2010, Recurso núm. 347/2010, "bajo la apariencia formal de varias empresas, se encubre una única."

Lo esencial, por tanto, para considerar acreditada la existencia de este elemento es que todas las empresas del grupo actúen bajo una dirección unitaria que exceda, de manera fraudulenta, los límites propios de la personalidad jurídica independiente que, en principio, aparenta tener cada empresa de forma individual. Si bien, hay que aclarar que esto no significa que el grupo de empresas no pueda actuar como empresa única, si cada una de ellas cuenta con una personalidad jurídica propia y desarrolla una actividad concreta diferenciada de las demás, con su propia denominación y órganos sociales[20].

A modo de ejemplo, los tribunales han considerado que existe una empresa aparente:

- En el caso que la empresa no dispone sus medios personales y materiales necesarios para conseguir sus objetivos sociales de manera efectiva, llevándola a concurso de acreedores, perdiendo toda su clientela, sin que el grupo de empresa pusiera medios reales para revertir una situación, que se trocó en

[18] *"… tras un minucioso análisis de una serie de operaciones -consistentes en diversas hipotecas cruzadas (se hipotecan fincas de algunas de las empresas para garantizar préstamos concedidos a otras empresas del grupo de seis empresas integrado por el Subgrupo A y el Subgrupo B), así como en diversos préstamos entre dichas empresas- la sentencia recurrida llega a la siguiente conclusión: "Pues bien, y atendido el conjunto de circunstancias que se acaban de exponer, se ha de apreciar la existencia del grupo de empresas, con trascendencia laboral, entre, al menos, las empresas que han intervenido, en relación con las entidades promotoras del ERE, en las operaciones de contenido patrimonial que se acaban de reseñar, es decir, en los préstamos o en las operaciones con garantía hipotecaria ya citados, al denotar, a juicio de la Sala, y junto a aquellas otras notas, la concurrencia de un supuesto de esas características, con trascendencia laboral*." (STS de 20 noviembre 2014. Recurso de Casación núm. 73/2014).

[19] STS 488/2020, de 22 de junio de 2020 con cita a la STS de 20 de junio de 2018, Recurso núm. 168/2017 y STS de 20 de octubre de 2015, Recurso núm. 172/2014.

[20] STS 869/2017, de 10 de noviembre de 2017, UD 3049/2015.

calamitosa al poco tiempo de comenzar su andadura. (SAN 193/2018, de 5 de diciembre de 2018).

- Cuando se firma un contrato de arrendamiento de servicios con una sociedad del grupo distinta a la sociedad que quedaba obligada y vinculada por la obligación de subrogación, haciendo constar en el contrato de arrendamiento que no se considerarían contratos de la arrendadora, cuando en realidad actuaba como empresaria real pues estaba pactando con otra empresa el destino de los trabajadores, pretendiendo con ello eludir los derechos de los trabajadores (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Catalunya 3011/2016, de 13 de mayo de 2016. Recurso núm. 1071/2016).

- Cuando los servicios interesados por los clientes se atendían como únicos, aunque con frecuencia requerían la actividad de más de una de las sociedades y las facturas eran emitidas bajo el nombre común de todas las sociedades del grupo, sin detallar cuál de ellas, de forma concreta, lo hacía. (Sentencia Tribunal Superior de Justicia País Vasco 798/2010, de 16 de marzo de 2010, Recurso núm. 347/2010).

5º El uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Este elemento concurre cuando **la toma de decisiones que se realiza desde la sociedad dominante del grupo y se aplica, de manera vertical, en el resto de sus empresas, se ejerce de manera anormal y abusiva o en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante, causando un perjuicio a los derechos de los trabajadores**.

Lo determinante aquí no es que se dé una dirección unitaria de varias entidades empresariales, dado que la coordinación horizontal o vertical es un elemento que define al grupo de empresas mercantil, lícito y legítimo, o que existan fundadores, administradores o accionistas comunes en distintas sociedades del grupo[21]. Lo preciso es que la dirección unitaria se utilice de forma abusiva, de manera tal que la empresa matriz o dominante prive por completo de dirección a las demás empresas del grupo, sometiendo la independencia o autonomía empresarial a los intereses generales del grupo o a los particulares de la empresa matriz, que no al individual del resto de las empresas. Esta subordinación societaria es la que llevaría a proclamar la existencia de grupo de empresas a efectos laborales y derivar la responsabilidad solidaria laboral para todas las empresas del grupo[22].

Grupo de empresas y despido colectivo

La legitimación para instar un despido colectivo y el ámbito de negociación (centro de trabajo, empresa o grupo de empresas

[21] SSTS de 20 de noviembre de 2014, de 26 diciembre 2001. Recurso UD núm. 139/2001.

[22] STS de 20 octubre 2015, Recurso núm. 172/2014.

➢ ¿Puede un grupo de empresas laboral promover un despido colectivo?

Ni la Directiva 1998/59/CE sobre despidos colectivos ni el art. 51 LET ni el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, dan respuesta expresa a este interrogante. Ha sido la jurisprudencia la que ha reconocido la **legitimación exclusiva del grupo de empresas a efectos laborales para instar el despido colectivo, sólo en el caso de que se funde en causas económicas**, al considerar que es el grupo quien ostenta la condición de "verdadero empresario" o empresario real y único[23].

La SAN de 28 de septiembre de 2012, refrendada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2014 (Recurso núm. 165/2013), es la que proporciona las claves o los argumentos para considerar que el grupo de empresas a efectos laborales sí puede tramitar y efectuar un despido colectivo por causas económicas. Así expresa que:

- Es necesario que *"estemos ante un grupo de empresas a efectos laborales ("esto es, como realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas que integran el grupo", según STS 16-9-10 (RJ 2010, 8441), lo que lo acerca notablemente a la noción de empresario que se maneja tanto en la Directiva como en el Estatuto de los Trabajadores y en el Reglamento de despidos colectivos (…)."*

- Si para valorar la concurrencia de la situación económica negativa como causa para la válida extinción del contrato de trabajo, es necesario tener en cuenta la situación económica y patrimonial de todas las empresas del grupo a efectos laborales, es lógico considerar legitimado al grupo laboral para instar un despido colectivo.

- Es *"esencial tomar en consideración que, afectando la causa alegada al grupo en su conjunto, es más garantista que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelado empresa por empresa …. Y ello porque permite tanto el análisis individualizado de cada empresa como el examen de la situación en su conjunto, evitando, en su caso, posibles situaciones dispares injustificadas."*

- *"Conviene no perder de vista que el art. 87 ET contempla expresamente a los grupos de empresa como ámbito para la negociación colectiva, y teniendo en cuenta el silencio del legislador en el art. 51ET sobre los mismos y que el procedimiento alberga un período de consultas, cabría plantearse la posibilidad de aplicar aquel precepto por analogía….".*

Asimismo, es la STS 366/2019, de 13 de mayo 2019, la que justifica la **exención del grupo de empresas a efectos laborales de promover un despido colectivo si este se basa en**

[23] En el caso del grupo de empresas mercantil la Audiencia Nacional ha imposibilitado que el grupo de empresas mercantil inicie un procedimiento de despido colectivo: "No es posible que el grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo… dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa" (SAN 12 de junio de 2013, Recurso núm. 143/2013).

causas técnicas, organizativas o productivas, estableciendo que: *"… siendo las causas productivas y organizativas las que motivaron que se promoviera el despido colectivo, el ámbito de afectación de este opera sobre aquellas entidades afectadas por dichas causas, del mismo modo que, en el caso de una empresa operaría sobre los centros afectados".*

No puede, por el contrario, un mero grupo de empresas mercantil iniciar un despido colectivo, aunque la medida afecte a diversas empresas del grupo (SSAN de 25 de febrero y, 12 de junio y 8 de julio del 2013), aun cuando para la Sala fuere deseable de *lege ferenda*.

Por el contrario, si en un grupo de empresas laboral o patológico se lleva a cabo un despido colectivo por causas económicas por una de las empresas sin tener en cuenta la realidad grupal, éste deberá ser declarado nulo, por cuanto "*el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente (de forma consciente o inconsciente) su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al desenvolverse el mismo en un marco mucho más reducido que aquel que correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa objetiva invocada. El fraude en la necesaria y correcta identificación del empresario al inicio del proceso ha contaminado, indefectible y necesariamente, el acto extintivo ejercido."*[24]

- Ámbito o unidad de referencia del despido colectivo en un grupo de empresas (centro de trabajo, empresa o grupo de empresas).

A efectos de lo dispuesto en el artículo 51 del ET, nuestra jurisprudencia, al igual que reconoce la legitimación del grupo de empresas a efectos laborales para instar el despido colectivo por causas económicas, reconoce además que el ámbito de referencia y negociación de este no sería la sociedad o empresa individual, sino el grupo de empresas en su conjunto considerado como unidad empresarial. Ello se justifica, como bien expresa la Audiencia Nacional en su Sentencia de 28 de septiembre de 2012, en la finalidad de evitar, por un lado, que la tramitación simultánea de diferentes despidos colectivos proporcione resultados dispares en cada una de las empresas del grupo y, por otro lado, en el objetivo de procurar una mayor protección de los trabajadores afectados por el despido.

De esta manera**, el grupo de empresas laboral o patológico -enfatizamos su condición de grupo de empresas a efectos laborales- será la unidad de referencia** para la valoración de la causa del despido colectivo cuando ésta sea económica[25] ya que las causas técnicas, organizativas o productivas, deben demostrarse por la empresa en dificultades y no por el grupo en su totalidad[26]. Para valorar la concurrencia de la causa

[24] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 13/2012, de 23 de mayo de 2012.

[25] STS de 9 de junio de 1995.

[26] STS de 27 de mayo de 2013. Recurso núm. 78/2012.

técnica, organizativa o de producción, que desarrollaremos más adelante, su ámbito de referencia será el concreto ámbito afectado por dichas causas[27].

Entrega de información para el correcto desarrollo del periodo de consultas

- ¿Qué documentación ha de acompañar la empresa al escrito por el que se comunica la apertura del periodo de consultas?

El art. 51.2 ET establece que la comunicación de la apertura del período de consultas deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, en los términos que establece el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012) en sus artículos 3 a 5.

De conformidad con el Real Decreto 1483/2012, la empresa tiene la obligación de proporcionar toda una serie de información a la representación de los trabajadores, que podemos dividir en dos bloques:

a) Documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo:

- Copia de la comunicación de intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- Memoria explicativa de las causas del despido y de todos los extremos a los que se refiere el escrito de comunicación:
    - La especificación de las causas del despido.
    - Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
    - Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
    - Periodo previsto para la realización de los despidos.
    - Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido.
    - Representación de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de la Comisión.

[27] Apartado 3.3 “Concurrencia de las causas que justifican el despido colectivo”.

- Toda la información necesaria para acreditar las causas que motivan el despido colectivo.

- Solicitud del informe a la representación de los trabajadores a que se refiere el artículo 64.5. a) y b) del ET.

- Plan de recolocación externa, si es el caso.

b) Documentación específica según la causa alegada.

- <u>Causas técnicas, organizativas o de producción</u>

  - Informes técnicos que acrediten la concurrencia de:

    - Causas técnicas derivadas de cambios en los medios e instrumentos de producción.

    - Causas organizativas derivadas de cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.

    - Causas productivas derivadas de cambios en la demanda de productos y servicios que la empresa coloca en el mercado.

- <u>Causas económicas:</u>

  - Memoria explicativa donde se acredite los resultados de la empresa por los que alega la situación económica negativa.

  - Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos: balance de situación, cuenta de resultados, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujo de efectivo, memoria del ejercicio e informe de gestión.

  - La Cuenta de resultados o la Cuenta de pérdidas y ganancias.

  - Informe de auditoría en el caso de que la empresa deba ser auditada.

  - Cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmada por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento.

  - Documentación complementaria:

    - Si se alega previsión de pérdidas:

      - Los criterios utilizados para la estimación de las pérdidas.

      - informe técnico sobre el volumen y carácter permanente o transitorio de las pérdidas, basado en datos objetivos de las cuentas anuales, del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo.

- Plan Económico y financiero.

- Si se alega disminución persistente del nivel de ingresos y ventas:

  - Documentación fiscal o contable que acrediten la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación del inicio del procedimiento.

  - Documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

- En el caso de que la empresa que inste un despido colectivo por causas económicas forme parte de un grupo de empresas:

  - Si la empresa forma parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse:

    - Las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, de los dos últimos ejercicios económicos completos, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

  - Si la empresa forma parte de un grupo de empresas y no tiene obligación de presentar cuentas anuales consolidadas, se deberán aportar:

    - las cuentas anuales del resto de empresas del grupo (auditadas en su caso según obligaciones) que tengan domicilio social en España, que tengan la misma actividad o sector que la empresa solicitante y siempre que haya saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante.

Esta obligación en materia de información que se impone a la empresa que forma parte de un grupo de empresas e insta un despido colectivo por causas económicas, necesita tres aclaraciones:

En primer lugar, no por obvio debemos dejar de señalar que, **si la sociedad dominante u otras del grupo tuvieran su domicilio social en otro país que no fuera España, la empresa que inicie el despido colectivo no está obligada a aportar sus resultados económicos, por lo que su situación económica (positiva o negativa) no será tenida en cuenta para valorar la existencia de la causa económica alegada**.

En segundo lugar, dado que el artículo 4.5 del RD 1483/2012 no precisa si esta obligación de información afecta o no al supuesto en que nos encontremos ante un grupo de empresas mercantil conviene expresar que, como es habitual en esta materia, ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha resuelto este interrogante concluyendo que, "*aunque*

no tengan obligación de consolidar cuentas y tampoco se aprecie la existencia de patología alguna (que lleve a considerar un grupo de empresas a efectos laborales), las empresas que formen parte de un grupo (ya sea mercantil o laboral) y activen un despido colectivo por causa económica han de acompañar las cuentas (en su caso auditadas) de las demás mercantiles del grupo si tienen su domicilio social en España, operan en el mismo sector de actividad y tienen saldos deudores o acreedores con ellas. Solo de ese modo (expresa el Tribunal) puede haber verdadera negociación, cumplirse la finalidad del periodo de consultas y, en su caso, permitirse el control judicial de la causa, constitucionalmente exigido para que la regulación legal sea válida."[28]

Por lo tanto, estemos **ante un grupo mercantil o laboral o patológico, la empresa que forme parte un grupo de empresas e inste un despido colectivo por causas económicas, deberá aportar la documentación que exige el artículo 4.5 del RD 1483/2012**, con el fin de que la representación de los trabajadores pueda conocer la situación económica real de la empresa que adopta la decisión de despido colectivo ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores, o de relaciones económicas diversas entre ellas que tengan reflejo en las cuentas que han de aportarse y que podrían ser relevantes a tales efectos.

Si no lo hiciera así, si la empresa, ya sea en la comunicación de apertura del periodo de consultas o una vez iniciado este a solicitud de la representación de los trabajadores, no proporciona esta información legalmente exigida, pertinente y esencial para que los representantes de los trabajadores puedan conocer la causa del despido y puedan abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, la consecuencia de esta actuación será, con carácter general, la nulidad del despido colectivo, al no haberse llevado a cabo el periodo de consultas en los términos que exige el art. 51.2 ET, tal como así establece el artículo 124 LRJS.[29]

En tercer lugar, debemos recordar dos declaraciones realizadas por el Tribunal Supremo de especial interés en cuanto a la obligación de información y la nulidad del despido colectivo:

- Una, el alto tribunal ha determinado que *"no todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental lleva a la nulidad de la decisión extintiva, sino sólo aquel que sea transcendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada."*[30]. Es decir, **sólo la negativa empresarial de proporcionar una documentación transcendente o esencial para poder llevar a cabo una negociación adecuada en el periodo de consultas llevará aparejada la nulidad del despido**.

[28] SSTS 861/2018, de 25 de septiembre de 2018. Recurso núm. 43/2018; de 19 de julio de 2017. Recurso núm. 14/2017; STS 688/2016 de 20 julio y 1090/2016, de 21 diciembre.

[29] STS 1051/2018, de 12 de diciembre de 2018. Recurso núm. 122/2018; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 493/2020, de 27 de octubre de 2020. Recurso núm. 395/2020; STS 18 de febrero de 2015.

[30] STS de 27 de mayo 2013. Recurso de Casación núm. 78/2012 y STS de 18 de julio de 2014, Recurso núm. 288/2013.

Por este motivo, conviene recordar a la representación de los trabajadores que, en estos casos, pueden solicitar a la empresa que les remita toda la información que consideren pertinente y relevante, aunque dicha información exceda de la legalmente exigida, siempre y cuando en su solicitud justifiquen la trascendencia y utilidad de la información requerida, a efectos de entablar una negociación adecuada durante el periodo de consultas.

- Dos, el Tribunal Supremo también ha establecido que, aunque se declare la nulidad del despido colectivo por incumplimiento o defectuoso cumplimiento del deber empresarial de proporcionar a la representación de los trabajadores la información necesaria y preceptiva para el despido colectivo por causas económicas, la concurrencia de esta causa de nulidad, no se extiende sobre el despido en su conjunto, sino que solo opera por cuanto respecta a la causa económica. Lo que significa que, **si un despido colectivo se ha basado en causas económicas y causas organizativas y productivas, que se declare la nulidad de la causa económica no significa que no se pueda acreditar la existencia de las causas organizativas y productivas**, ajustándose el despido colectivo a derecho.[31]

Concurrencia de las causas que justifican el despido colectivo

Al igual que nos sucedía con el ámbito de referencia respecto la obligación empresarial de aportar una serie de documentación o información a los representantes de los trabajadores, ni el ET ni el RD 1483/2012 establecen si la concurrencia de las causas alegadas debe darse únicamente respecto de la empresa que inicia el procedimiento de despido o si, por el contrario, debe concurrir también en todas las empresas que conforman el grupo.

Lo lógico sería pensar que debe haber una correspondencia perfecta entre el ámbito de la información y el ámbito en que debe concurrir la causa del despido, pero tal y como observaremos, en algunos supuestos no se exige tal relación directa. Por lo tanto, no debemos confundir el ámbito al que debe ajustarse la obligación empresarial de aportar toda una serie de documentación del despido colectivo, con el ámbito en el que debe valorarse y apreciarse la concurrencia de la causa o las causas esgrimidas por la empresa para promover el despido.

Veamos los distintos supuestos que podemos encontrarnos:

a) Grupo de empresa mercantil

- Despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción:

La doctrina jurisprudencial establece que las causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) **no tienen que concurrir ni en todo el grupo ni en todas las empresas que lo integran**, sino que **es la propia empresa que inicia el despido quien deberá acreditar la concurrencia de las causas**. Bien es cierto sin embargo que, para la valoración de las causas objetivas en que se basa el despido, no

[31] STS 861/2018, de 25 de septiembre de 2018. Recurso núm. 43/2018.

deben ser indiferentes los efectos que pudieran derivarse de las relaciones con las demás empresas del grupo mercantil. Lo que, se observa muy bien en la SAN 175/2015 de 26 octubre de 2015, donde en un despido colectivo de un grupo de empresas mercantil fundamentado en la situación económica del grupo y no en la situación económica de la empresa, el tribunal considera que las relaciones organizativas, productivas y comerciales del grupo están tan relacionadas, que la crisis del grupo incide sobre cada una de las empresas integradas en él.[32]

En cualquier caso, puede afirmarse que, con carácter general, la concurrencia de las causas objetivas en un despido colectivo iniciado por una empresa que forma parte de un grupo mercantil debe verificarse en el ámbito de la empresa que inicia el procedimiento y no en el ámbito del grupo de empresas.

b) Grupo de empresas a efectos laborales y/o patológico

- Despido por causas económicas:

La jurisprudencia es muy clara en este supuesto, determinando que **el ámbito donde tiene que valorarse y concurrir la situación económica negativa es el grupo de empresas en su conjunto y no la empresa formalmente empleadora que inicia el despido**, por cuanto son todas las empresas del grupo quienes ostentan la condición de empleador real, que se impone al empresario formal. Por lo tanto, para considerar acreditada la situación económica negativa en estos casos, esta debe acreditarse respecto de las distintas sociedades que conforman el grupo de empresas laboral.[33]

- Despido por causas técnicas, organizativas o de producción

Parece constante el criterio jurisprudencial según el cual, respecto del ámbito de afectación de las causas técnicas, organizativas o productivas, *"cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta*", **el ámbito en el que deben acreditarse dichas causas es el de la empresa afectadas por las mismas**[34].

Se podría interpretar de este criterio jurisprudencial que, asimismo, en el caso que las causas técnicas, organizativas o productivas actúen u operen en el conjunto del grupo de empresas a efectos laborales, el ámbito en el que deben acreditarse dichas causas será el del conjunto de empresas que integran el grupo. Por ejemplo, en el despido colectivo del grupo Ericsson que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo 1051/2018, de 12 diciembre de 2018, se estima la concurrencia de causas organizativas atendiendo a la situación del grupo en su conjunto, quien procedió a reducir los productos ofrecidos al mercado, afectando al resto de empresas.

[32] STS de 25 de septiembre de 2018.

[33] Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia 15/2019, de 28 diciembre de 2019; STS de 23 enero 2007 (aunque resuelva un despido objetivo individual) y SAN de 18 de mayo del 2016.

[34] STS 366 / 2019, de 13 de mayo 2019. Recurso núm. 246/2018.

Por tanto, ante un grupo de empresas laboral, el ámbito para valorar si concurre o no la causa económica es el grupo de empresas en su conjunto y respecto a la concurrencia de las causas técnicas, organizativas y/o productivas su ámbito será aquel donde se produzcan o afecten concretamente dichas causas.

Buena fe negocial

Los artículos 51.2 ET y 7.1 del RD 1483/2012 establecen que "durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a llegar a un acuerdo." Estamos por tanto ante un **deber jurídico de negociar de buena fe, cuyo incumplimiento por cualquiera de las partes (empresa o representación de trabajadores) llevará consigo importantes consecuencias jurídicas, como pudiera ser la declaración de nulidad del despido colectivo**.

"El deber de negociar de buena fe obliga a la empresa a cumplimentar adecuadamente el preceptivo período de consultas, a facilitar a la representación de los trabajadores la información y documentación necesaria, a plantear en abierta y leal negociación la naturaleza, necesidad y justificación de la medida extintiva que pretende adoptar, y a valorar no sólo la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos, sino además la posibilidad de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento".[35]

El incumplimiento empresarial de las anteriores obligaciones ligadas al deber de buena fe conllevará la declaración de nulidad del despido colectivo.

Como hemos expresado anteriormente, el deber de negociar de buena fe también obliga a la representación de los trabajadores. Sin embargo, no lo hace de la misma manera que a la empresa cuyas obligaciones están tasadas legalmente. Así, entiende la jurisprudencia que la representación de los trabajadores actúa de mala fe durante el periodo de consultas, cuando lo hace con dolo o fraude. Por ejemplo, cuando el comité de empresa mantiene una actitud pasiva durante el periodo de consultas en lugar de requerir formalmente a la empresa para que complete la documentación[36] o cuando no realiza contrapropuestas en el periodo de consulta para luego alegar la inamovilidad de la empresa[37].

La jurisprudencia no ha resuelto, con carácter general, cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento por parte de la representación de los trabajadores del deber de buena fe, por lo que habrá que estar al análisis concreto del caso para determinar las específicas consecuencias jurídicas.

[35] "La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe". Raquel Poquet Català. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora colaboradora de la UOC Profesora asociada de la UNIR. IUSLabor 1/2016.

[36] STSJ Madrid 419/2012 de 11 de junio de 2012.

[37] SAN 28 de mayo de 2012.

Visto lo anterior y descendiendo a la materia concreta objeto de este análisis, lo que debemos examinar ahora es, qué sucede con el deber de negociar de buena fe en un despido colectivo en el que se encuentra implicado un grupo de empresas.

Pues bien, las obligaciones de empresa y representación de los trabajadores que derivan del deber de buena fe son las mismas cuando estamos ante un grupo de empresas. Lo que cambia son las específicas circunstancias de las que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, derivan un incumplimiento del deber de buena fe negocial durante el periodo de consultas. Así, podemos encontrarnos:

- Actuaciones empresariales que infringen el deber de buena fe durante el periodo de consultas:

En primer lugar, nos encontramos con el supuesto – bastante habitual, por otra parte – en el que la empresa que promueve el despido colectivo elude o rehúye exponer a la parte social durante el periodo de consultas, la posibilidad de que la misma forme parte de un grupo de empresas, hurtándole a la representación de los trabajadores de los datos relativos al conjunto del grupo empresarial, que se configura como el verdadero y real empleador con el que debería sostenerse la negociación durante el periodo de consultas.

Al respecto, ya ha expuesto el Tribunal Supremo que es la empresa que insta la adopción de ese tipo de medidas la que debe exponer esa situación a la parte social, por ser la que tiene conocimiento de los vínculos internos que pudieren existir con otras sociedades. Expresando, además, que "*Si finalmente se evidencia la realidad de un grupo laboral, la ocultación por la empresa de ese tipo de información supone una actuación que constituye grave trasgresión de la buena fe, y cuya sanción comporta la declaración de nulidad de la medida que habría sido adoptada sin que el periodo de consultas hubiere versado sobre la verdadera y real situación económica del grupo empresarial en su conjunto que se configura como el verdadero empleador de los trabajadores*."[38]

En segundo lugar, también son frecuentes los casos en los que la empresa que forma parte de un grupo de empresas se niega a suministrar a la representación de los trabajadores información relevante y trascendente, para abordar el periodo de consultas con los elementos necesarios para poder alcanzar un acuerdo.

Como ya expusimos en el apartado 3.2. la consecuencia de esta actuación será, con carácter general, la nulidad del despido colectivo, al no haberse llevado a cabo el periodo de consultas en los términos que exige el art. 51.2 ET.

En tercer lugar, nos encontramos con el caso en que el grupo de empresas se presenta como tal justo en el momento en que se inicia el procedimiento de despido colectivo, sin haber comunicado ni exteriorizado previamente su existencia, por el hecho de que la causa para proceder al despido sólo existe a nivel de grupo.

[38] STSS 843/2018, de 18 de septiembre de 2018 o 458/2017, de 20 de junio 2017, Recurso núm. 15/2017.

En estos casos, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han considerado que esta actuación transgrede el deber de transparencia y buena fe negocial que impone el art. 51.2 ET, conllevando la nulidad del despido colectivo.[39]

Por último, respecto a los casos de incumplimiento del deber de buena fe por parte de la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas cuando está presente un grupo de empresas, conviene señalar las siguientes situaciones:

- Actuaciones de los representantes de los trabajadores que pueden infringir el deber de buena fe durante el periodo de consultas.

Primero, según el Tribunal Supremo[40] puede constituir una grave infracción del deber de buena fe, la ocultación maliciosa o dolosa de los elementos de los que pudiera disponer la representación de los trabajadores sobre la existencia del grupo laboral de empresas, sin reclamar ni tan siquiera ningún tipo de información o documentación sobre otras empresas con las que pudiere estar relacionada, simulando tratar con quien saben perfectamente que no es el empleador real, para después invocar sorpresivamente esa circunstancia en el proceso judicial una vez que intencionadamente dejaron al margen de la negociación a las demás sociedades a las que posteriormente le atribuyen la pertenencia al grupo laboral.

Segundo, y conectado con lo anterior, la Audiencia Nacional venía manteniendo el criterio seguido por ejemplo, en SAN 7 de noviembre 2017 (Recurso núm. 244/2016), respecto al cual, la falta o ausencia de alegación, por parte de la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas, de la existencia de grupo de empresas a efectos laborales o la falta de reclamación de la documentación oportuna, con la intención de poder invocar en la demanda de impugnación del despido colectivo el incumplimiento empresarial de aportar la documentación de las demás empresas del grupo, suponía una infracción del deber de buena fe.

Sin embargo, ha de destacarse que este criterio ha sido convenientemente rechazado y corregido por el Tribunal Supremo en Sentencia 843/2018, de 18 de septiembre de 2018 (Recurso núm. 69/2017), considerando el alto tribunal que "*nada impide que en la demanda se invoque la existencia de un grupo laboral de empresas, cuando los representantes de los trabajadores han tenido conocimiento por vez primera de los datos sospechosos al respecto una vez analizada con más detenimiento la información y documentación recabada durante el periodo de consultas*."

Argumenta en este sentido que "*El alcance de la buena fe no llega hasta el extremo de imponer, en ese contexto, la irreversible denuncia de la posible existencia de un grupo laboral durante el periodo de consultas, en tanto que cabe la posibilidad de que esa sola invocación resulte un elemento gravemente distorsionador que pudiere incluso redundar en detrimento del proceso de negociación,*" siendo "*perfectamente legítimo que su estrategia negociadora pase por no sacar a colación esos frágiles indicios, si consideran*

[39] SSAN de 12 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014 y SSTS de 18 de marzo y 25 de junio de 2014.

[40] STS 843/2018, de 18 de septiembre de 2018 (Recurso núm. 69/2017).

que con ello se perjudica o complica el éxito de sus pretensiones durante el periodo de consultas."

Acaba concluyendo que, cuando la empresa no proporciona información ni entrega documentación que apunte hacia la hipotética existencia de un grupo laboral, no es exigible a la representación de los trabajadores que, en cumplimiento de ese deber de buena fe, tengan que alegar que efectivamente concurre tal circunstancia como requisito necesario para poder plantearla posteriormente en una eventual demanda judicial.

En cualquier caso, y aunque aquel criterio que venía manteniendo la Audiencia Nacional haya sido rechazado por el Tribunal Supremo, sería conveniente que los representantes de los trabajadores en supuestos de despido colectivo en que pudiera estar implicado un grupo de empresas, alegaran en el periodo de consultas la posible existencia del grupo de empresas y solicitaran la información y documentación pertinente para acreditar esta circunstancia, así como la documentación sobre el grupo que sea precisa para tener los elementos de juicio necesarios para valorar las causas del despido y mantener una negociación adecuada y efectiva durante el periodo de consultas.

Esta actuación facilitará poder invocar en una potencial demanda judicial la existencia de grupo empresarial, la insuficiencia de la documentación o la modificación del relato de hechos probados en casación.

Conclusiones

La ausencia de una regulación precisa y la abundante y cambiante jurisprudencia existente sobre esta materia, a veces poco clara y contradictoria entre sí, dificultan el análisis sobre las implicaciones que conlleva en el despido colectivo la pertenencia a un grupo de empresas.

Mientras no exista una regulación específica sobre los grupos de empresa, que empiece por su propia definición, se hace necesaria la referencia general a los elementos fundamentales del despido colectivo y los grupos de empresas, a la actual doctrina y a la jurisprudencia existente sobre la materia.

En todo caso, como se ha explicado en documentos anteriores, son necesarias reformas que permitan un mayor control del despido colectivo, más en un ámbito tan global como el de grupo de empresa.

La subordinación del despido colectivo a causas graves, proporcionales a la gravedad de la medida propuesta, el control por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Autoridad Laboral de este tipo de ajustes extremos, la introducción de soluciones alternativas obligatorias sí son posibles. Junto a ello, soluciones a la particularidad de los grupos de empresas, como la introducción de la legitimación del grupo mercantil y la extensión de las garantías del supuesto patológico a aquél, o la solución de cuestiones como el cómputo de las extinciones en los grupos patológicos o la articulación de la negociación esas situaciones.

Todos ellos son aspectos ya puestos de relieve anteriormente que deben reconducir al despido colectivo a su ámbito de última medida y no al de alternativa en el menú normativo que se ofrece hoy al empresario.

Esta colección nace con la voluntad, bien de aportar soluciones o herramientas útiles para el mundo del trabajo, o bien de efectuar un análisis de no excesiva enjundia, pero si con el rigor y claridad que precisa el objeto de estudio. *Análisis y Contextos* pretende atender las necesidades de muy diversa índole –jurídica, económica, social, etc.– que pueden surgir en el ámbito del mundo social, siempre desde una perspectiva práctica a fin de servir a la mayoría

UGT