

José María López Jiménez
Director

EL CONTROL SOCIETARIO EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Un enfoque práctico y multidisciplinar

C. Cadenas de Gea
J. D. Cárdenas Gálvez
J. M. Casasola Díaz
A. J. López Expósito
J. M. López Jiménez

J. S. Medina Serramitjana
A. Narváez Luque
M. Pareja Sánchez
R. Perea Ortega
R. Vidal Delgado



[BOSCH]

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer



ACCESO ONLINE
A FORMULARIOS:
<http://digital.wke.es>

[BOSCH]

José María López Jiménez
Director

EL CONTROL SOCIETARIO EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Un enfoque práctico y multidisciplinar

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2017, **De los autores**

Para la presente edición:
© 2017, **Wolters Kluwer España, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo, 2017

ISBN: 978-84-9090-200-4 (papel)
ISBN: 978-84-9090-201-1 (digital)
Depósito legal: M-6864-2017

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

“Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra”.

José María López Jiménez
Director

Catalina CADENAS DE GEA
Juan de Dios CÁRDENAS GÁLVEZ
José María CASASOLA DÍAZ
Antonio J. LÓPEZ EXPÓSITO
José María LÓPEZ JIMÉNEZ
Juan Sebastián MEDINA SERRAMITJANA
Antonio NARVÁEZ LUQUE
Marina PAREJA SÁNCHEZ
Rafael PEREA ORTEGA
Rafael VIDAL DELGADO

Así, y por lo que se refiere a la excepción que antes se apuntaba, la opción del Tribunal Supremo por considerar un concepto único de grupo de empresas y abrigar la teoría del fraude, en detrimento de la teoría de la cotitularidad, entiendo que podría afectar a los razonamientos que, hasta ese momento, se venían utilizando para diferenciar el grupo de empresas a efectos laborales de la cesión ilegal de trabajadores prevista en el art. 43 ET.

No son pocos los precedentes judiciales que han descartado la existencia de la cesión ilegal, con las consecuencias que anuda a la misma el mencionado art. 43 ET, en aquellos supuestos en los que la empresa principal y la contratista forman parte de un mismo grupo empresarial, y ello sobre la base de que, en tales casos, los intercambios personales en el seno del grupo no tienen finalidad interpositoria —recorremos que la cesión ilegal es considerada como un fenómeno de interposición de un empleador formal, que no real—, sino que obedecen —se dice— a «un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica»; lo que no obsta para que tal circulación de trabajadores haya de tener trascendentes efectos respecto de sus derechos, concluyendo que sólo en los supuestos en los que se advierta un ánimo fraudulento en la configuración del grupo, cabrá reconocer la existencia de un supuesto de prestamismo laboral ilícito⁵.

De este modo, si la Jurisprudencia venía a considerar, en principio, la existencia de una circulación lícita de trabajadores dentro del grupo, en contraposición a la cesión ilegal de trabajadores, si bien reconociendo a éstos las garantías recogidas en el art. 43 ET, y añadiendo que sólo cabría aplicar esta figura —en toda su dimensión⁶— en aquellos supuestos en los que se apreciara la existencia de fraude, y tal y como hemos visto anteriormente, la tesis actual de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera al fraude como un requisito constitutivo del grupo laboral, parece que la conclusión debería ir encaminada al fin de la distinción antes apuntada y, por tanto, la asimilación total de ambos conceptos⁷.

2.2. Requisitos del grupo de empresas a efectos laborales

Sentada la distinción entre el grupo de empresas a efectos laborales del resto de manifestaciones del grupo de empresas existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico, y la necesidad de acudir a la concurrencia de factores o elementos adicionales para apreciar la existencia del grupo laboral, es momento de examinar cuáles son dichos

5. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008).

6. Anótese que, junto con los efectos previstos en el art. 43 ET, la cesión ilegal de trabajadores es calificada como infracción laboral muy grave por el art. 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

7. No parece entenderlo así la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 7 de octubre de 2015 (Rec. 1329/2015), pues, siendo posterior a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013, sigue manteniendo la distinción entre grupo y cesión ilegal.

factores, atendiendo al estado actual de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013.

2.2.1. Participación en el capital social

Si bien resulta claro que la existencia del grupo de empresas a efectos laborales requiere de algo más que la simple situación de control prevista en el art. 42 CCo, cabría plantearse el interrogante relativo a si puede apreciarse tal grupo laboral en el supuesto en que existan los factores adicionales a los que nos referiremos a continuación pero, sin embargo, no se dé la situación de participación en el capital social y/o de control a que hace referencia el mencionado precepto. Dicho de otro modo, habría que preguntarse si esta situación de control es una circunstancia, por sí misma, insuficiente para la declaración del grupo laboral pero, en todo caso, de necesaria concurrencia junto a las demás para obtener tal declaración.

Vaya por delante que, por la propia identidad y características de estos factores adicionales, resultará extremadamente difícil identificar supuestos en los que aquéllos vayan a concurrir sin que exista una previa situación de control social, esencialmente porque el grupo patológico viene a ser, en la práctica, una derivación del grupo mercantil en la que desaparece la inicial independencia de las sociedades en el tráfico jurídico ante la concurrencia de diversos factores que permiten extender la responsabilidad a las sociedades que componen el grupo.

Sin embargo, a pesar de dicha dificultad, hemos de señalar que la doctrina judicial ha admitido la posibilidad de declarar el grupo laboral, a pesar de no existir la mencionada situación de control social.

Consecuentemente, las situaciones de control, participación en el capital social, etc. a las que hace referencia el art. 42 CCo no serán imprescindibles para obtener una declaración de grupo laboral de empresas⁸, si bien, como se ha dicho, en la práctica resultará extremadamente complejo apreciar la existencia de los factores adicionales a los que nos referiremos a continuación en un contexto ajeno al grupo mercantil.

2.2.2. Factores adicionales que motivan la declaración de grupo de empresas a efectos laborales

Como se indicó anteriormente, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 dio un nuevo planteamiento a la problemática del grupo laboral, por la vía del entendimiento del concepto único del grupo —con diversas manifestaciones en las distintas ramas de nuestro Ordenamiento Jurídico—, así

8. En sentido de contrario se pronuncia VIDAL, P. en «La "jibarización" empresarial y la empresa descabezada: comentario a las SSAN, sala de lo social, de 20 enero de 2014», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 880/2014

como mediante la reelaboración —ya se dijo, más sistemática que de fondo— de los factores adicionales cuya concurrencia motivan la extensión de la responsabilidad laboral entre las sociedades que lo componen.

Con todo, en el estado actual en el que se encuentra esta cuestión, existen tres factores que tradicionalmente habían sido considerados como indiciarios del grupo laboral y que, de forma expresa, la sentencia de 27 de mayo de 2013 excluye del catálogo de factores adicionales relevantes: el control, la dirección unitaria —con las excepciones que más adelante veremos— y la apariencia externa.

Aunque, históricamente, han sido incluidos en la lista de indicios típicos de los grupos, la doctrina había considerado que su presencia en ella era absolutamente criticable si se partía un criterio general de legitimidad del grupo. De hecho, resoluciones anteriores del mismo Tribunal⁹ ya venían excluyendo que la sola existencia de vínculos accionariales, la presencia de administradores comunes o una dirección común fueran bastante para apreciar el carácter laboral del grupo.

Asimismo, la sentencia de 27 de mayo de 2013 razona que «la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas».

Si bien es cierto que para algún sector de la doctrina científica¹⁰ la eliminación de la dirección unitaria —no abusiva— supone el único mérito destacable de la reelaboración de factores adicionales llevada a cabo por la tan mencionada sentencia, entiendo que la irrelevancia de la dirección unitaria en orden a declarar la responsabilidad solidaria, en materia laboral, de las sociedades que componen el grupo, ya era una cuestión asumida por la mayoría de las resoluciones judiciales que examinaban esta problemática.

Por lo que se refiere a la apariencia externa, la sentencia de 27 de mayo de 2013 afirma que la misma «es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél», por lo que no puede ser considerado «elemento adicional del que derivar la existencia de "unidad empresarial" ni justificar una posible "responsabilidad laboral" de todos los miembros integrantes del mismo»¹¹.

9. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2012 (Rec. 352/2012).

10. GOERLICH PESET, J. M^a., *op. cit.*

11. Sobre la apariencia externa común en el grupo y su irrelevancia para declarar el grupo laboral, es interesante el análisis que realiza la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2014 (Rec. 83/2014) al resolver el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias de 16 de septiembre de 2013, que declaraba ajustado a derecho el despido colectivo promovido por la compañía aérea Binter Canarias.

Por todo lo anterior, los factores adicionales cuya concurrencia ha de observarse y analizarse para declarar la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales son los siguientes:

- Confusión y trasvase de plantilla.

La confusión de plantilla significa una prestación de servicios indiferenciada para las distintas empresas del grupo, de forma que, o bien constituya una situación pura y simple de prestamismo laboral ilícito o bien, aunque pudiera tratarse de servicios lícitos no constitutivos de prestamismo, se lleve a cabo sin contabilizar adecuadamente dichas prestaciones como gastos e ingresos de cada una de ellas, porque en este segundo caso lo que se estaría produciendo es una confusión patrimonial.

Por lo que respecta al trasvase de plantilla, íntimamente ligado al concepto anterior de confusión, su existencia está vinculada con las sucesivas altas y bajas de trabajadores en las diferentes empresas que componen el grupo, sin que exista una mínima justificación que haga razonable dicha práctica y/o que garantice los legítimos derechos y expectativas de los trabajadores.

Así, podrá sostenerse que el trasvase no es indiciario del grupo laboral cuando la diferente adscripción y contratación del empleado a una y otra empresa, de forma sucesiva, vaya acompañada de un efectivo cambio en el contenido de su prestación de servicios —de forma que pase a realizar las tareas propias de la sociedad que lo contrata y el puesto al que lo adscribe—, conservando la antigüedad, suscribiendo una excedencia/suspensión del contrato de trabajo que le permita retornar a su posición anterior, etc.

Por el contrario, podrá concluirse que existe trasvase de plantilla, con incidencia de una eventual declaración de grupo laboral, cuando la contratación en diferentes empresas persiga concatenar contratos de duración determinada —soslayando los límites recogidos en el art. 15.5 ET— o busque interrupciones de actividad que pudieran afectar a la indemnización a percibir por el trabajador en supuestos de extinción del contrato de trabajo.

Finalmente, es igualmente destacable que la confusión y el trasvase de plantilla determinarán la existencia de grupo de empresas laboral cuando sean generalizadas o afecten a un grupo significativo de trabajadores, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, porque si solamente afecta a unos pocos trabajadores concretos y específicos lo que existirá es una solidaridad en la relación laboral de dichos concretos trabajadores, pero no grupo laboral en el sentido que aquí estamos analizando.

- Unidad de caja.

La unidad de caja (también denominada «caja única») es determinante de la existencia de grupo laboral cuando implica promiscuidad en el uso de fondos de las sociedades integrantes del grupo, sin llevar una adecuada contabilización separada de

dicho uso y sin cargar costes e intereses en función de los saldos acreedores y deudores de cada empresa con arreglo a su valor razonable.

En este sentido, y en orden a confirmar la existencia o no de «caja única», será necesario (a) examinar la información consignada en las cuentas anuales de cada una de las sociedades integrantes del grupo —o, en su caso, de las cuentas anuales consolidadas, si existe tal obligación— acerca de las operaciones con partes vinculadas y (b) verificar que dichas operaciones se han realizado a valores de mercado, para lo cual será necesario acudir a la normativa interna que, en materia de precios de transferencia, puedan tener implantada las sociedades cuya vinculación es objeto de análisis.

Así, para descartar la existencia de «caja única», deberá verificarse que las operaciones entre las empresas del grupo se han realizado con arreglo al valor razonable, de acuerdo con las reglas de valoración recogidas en el art. 21 del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que regula el Plan General de Contabilidad. Del mismo modo, el art. 18 de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, establece que las operaciones entre empresas vinculadas deberán valorarse con arreglo a su valor de mercado, entendiéndose como tal aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

A tal efecto, se señala que las reglas de valoración de las operaciones —que deberán estar documentadas— son las siguientes: (a) método del precio comparable, (b) método del coste incrementado, (c) método del precio de reventa, (d) método de la distribución del resultado y (e) método del margen neto del conjunto de operaciones, aplicándose los dos últimos cuando los primeros resulten inadecuados atendiendo a la complejidad o a la información inherente a las operaciones.

Por último, debe indicarse que, en los últimos años, y en lo que se refiere a la unidad de caja, ha despertado interés el efecto que, sobre la declaración de grupo laboral, pudiera tener la existencia de un sistema de gestión centralizada de tesorería de los llamados «cash pooling».

El tratamiento no ha sido uniforme, despertando una notable inseguridad jurídica, pues si bien diferentes resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹² han considerado que dicha sistema «no es determinante por sí mismo de la existencia de grupo laboral si no implica confusión patrimonial, aunque se trate de una caja única, si los ingresos y salidas de la cuenta están documentados y diferenciados por empresas, así como los saldos, y las condiciones de remuneración y costes se ajustan al valor razonable de mercado, no existiendo cláusulas que pongan bajo la discreción de la cabeza del grupo la disponibilidad arbitraria de los fondos o su remuneración», es

12. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014).

igualmente cierto que otras resoluciones del mismo Tribunal¹³ han estimado la existencia de un uso abusivo de la personalidad jurídica con base, entre otras circunstancias, en la presencia de dicho sistema.

En mi opinión, la tesis correcta debería ser la primera, pues, pudiendo identificarse estos sistemas de «cash pooling» como un modo de financiación, a corto plazo, entre empresas de un mismo grupo empresarial, su correcta instrumentación a través de un contrato, a cambio de una remuneración satisfecha por aquella empresa que se beneficia de la mencionada financiación, no debería ser más que una derivada lógica de la pertenencia a un mismo grupo de sociedades, sin consecuencias en la esfera laboral.

- Confusión patrimonial.

Por confusión patrimonial no ha de entenderse, obviamente, la pertenencia del capital social, la existencia de servicios comunes o el uso de determinadas estructuras productivas por las diferentes empresas del grupo, sino la ausencia de formalización de la cesión de uso y/o la falta de contabilización de las operaciones intragrupo con arreglo a su valor razonable, tal y como exige la normativa contable. Así, desde esta perspectiva, ni siquiera existe confusión patrimonial por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación ni su titularidad.

Por tanto, a pesar de que habitualmente pretende identificarse la existencia del grupo laboral con el hecho de que, en un mismo edificio –o, incluso, en un mismo centro de trabajo¹⁴– puedan prestar servicios empleados de varias empresas¹⁵, ello, *per se*, no debería ser indicativo del grupo que ahora analizamos si va acompañado de la adecuada diferenciación en los servicios prestados en dicho centro¹⁶ –pues de otro modo, habría confusión de plantilla– y de la correcta cesión del uso entre quien ostente la condición de titular del inmueble y aquellas sociedades que igualmente desarrollen una actividad dentro del mismo, siendo recomendable, al menos en opi-

13. Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2015 (Rec. 231/2014).

14. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 2 de octubre de 2014 (Rec. 129/14) realiza una acertada distinción, a los efectos de identificar la existencia de un grupo laboral, entre edificio y centro de trabajo, reconociendo la natural posibilidad de que un mismo edificio puedan encontrarse diferentes centros de trabajo, atendiendo a la definición que de centro de trabajo ofrece el art. 1.5 ET.

15. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de fecha 13 de noviembre de 2014 (Rec. 993/2014) asimila la confusión patrimonial al hecho de compartir centro de trabajo. Esta posición, sin embargo, entiendo que queda superada por otras resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

16. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 (Proc. 330/2013) lo establece sin fisuras al afirmar: «También hemos visto como la jurisprudencia permite que el grupo tenga centros de trabajo comunes, sin que ello signifique que el mismo sea patológico a efectos laborales y la concurrencia de diversos trabajadores del grupo en dicho centro, tampoco supone la irregularidad laboral del grupo, mientras no se acredite que prestan servicios en forma indiferenciada».

er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
er • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer
ers Kluwer • Wolters Kluwer • Wolters Kluwer

La presente obra se aproxima a la materia mediante un enfoque multidisciplinar y eminentemente práctico, procurando dar una respuesta totalizadora al fenómeno de los grupos de sociedades. Se parte desde lo más global –el análisis de las multinacionales y de los grupos internacionales– para adentrarse en las problemáticas que plantean estos grupos en los ámbitos societario-mercantil, concursal, fiscal-contable, laboral y penal. La obra se cierra con una adenda –que tiene por objeto el análisis jurisprudencial societario-mercantil– y con diversos formularios procesales.

Se da la paradoja de que no existe en nuestro país un marco legal y conceptual bien delimitado, sino que, al contrario, cada parcela del Derecho ha debido improvisar criterios para dar respuesta concreta a asuntos que no admiten demora. En todo caso, se ha de reconocer la preeminencia de la normativa mercantil y contable, contenida en sus aspectos básicos, especialmente, en el Código de Comercio, que parece ejercer una atracción conceptual sobre el resto de sectores del Ordenamiento Jurídico, cada uno de los cuales ha asumido, eliminado, modificado o añadido lo que le ha convenido de dicha regulación conforme a sus propios principios informadores y fines.

Esta monografía trata, en definitiva, de hilvanar el marco normativo de referencia en el que se encuadran los grupos societarios para, a continuación, clarificar las principales problemáticas jurídicas y económicas que resultan de su propia naturaleza.



ACCESO ONLINE
A FORMULARIOS:

<http://digital.wke.es>

