

GRUPOS DE EMPRESAS A EFECTOS LABORALES: A VUELTAS CON LA NECESIDAD DE SUPERAR SU ENTENDIMIENTO EN CLAVE PATOLÓGICA

Raquel Serrano Olivares
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Barcelona

Abstract

La generalización en los últimos años de prácticas e instrumentos mercantiles de gestión comercial, contable y financiera en la dinámica de los grupos de empresa ha hecho resurgir el debate sobre la conveniencia de superar los estrechos límites de una aproximación laboral al grupo de sociedades desde una perspectiva exclusivamente patológica. En este contexto, el objeto del presente artículo consiste en analizar la trascendencia jurídico-laboral de la política de precios entre sociedades vinculadas, así como de la gestión centralizada de tesorería o “cash pooling”, en cuanto herramientas estratégicas que se integran en la propia fisiología del grupo al responder a la legítima finalidad de optimizar su funcionamiento desde un punto de vista financiero, productivo y comercial. Tales herramientas vuelven a situar en primer plano de actualidad la cuestión de hasta qué punto es necesario que el Derecho del Trabajo regule la figura del grupo de sociedades y la consiguiente extensión de responsabilidades sociales.

In recent years there has been a widespread of practices and commercial management, accounting and financial instrument in the dynamics of business groups that has reopened the debate on whether to overcome the narrow limits of an approach of business groups based solely on a pathological perspective. In this context, the purpose of this article is to analyze the legal and labor importance of pricing between related companies and centralized cash management or “cash pooling” as strategic tools for the operation of the group. These tools arise again the question to what extend it is necessary that Labor Law offers legal coverage of business groups and regulates the extension of social responsibilities.

Title: Labor business groups: again with the need to overcome its understanding as pathological

Palabras clave: grupos de empresas, efectos laborales, fraude de ley, “cash pooling”

Keywords: business groups, labor effects, fraud legis, cash pooling

Sumario

1. Introducción: hacia un entendimiento del grupo de empresas laboral en clave no patológica
2. La política de precios en operaciones vinculadas entre empresas del grupo y sus efectos jurídico-laborales
3. La centralización de tesorería en el ámbito de los grupos de empresas o “cash pooling”
 - 3.1. Significación
 - 3.2. “Cash pooling” y grupo de empresas a efectos laborales
 - 3.3. En particular, ¿cabe considerar al “cash pooling” como manifestación de una situación de caja única y/o de confusión patrimonial?
4. Reflexiones finales: la necesidad de regular a nivel legislativo los grupos de empresas a efectos laborales

1. Introducción: hacia un entendimiento del grupo de empresas laboral en clave no patológica

Desde hace ya algunos años, un destacado sector de la doctrina iuslaboralista (MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE)¹ ha abogado por un entendimiento de los grupos de empresa en clave fisiológica y no así patológica, tratando de hacer recaer las responsabilidades de índole laboral en el conjunto de empresas del grupo en base a la necesidad de proteger los intereses tuitivos a los que sirve el Derecho del Trabajo y no así en base al funcionamiento más o menos fraudulento o patológico del grupo de empresas.

Esa perspectiva de aproximación “fisiológica” ha chocado frontalmente, sin embargo, con la doctrina clásica de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, desde hace más de tres décadas, ha venido manteniendo de forma invariable una concepción del grupo de empresas a efectos laborales construida sobre la base del funcionamiento irregular o fraudulento del mismo.

En efecto, el grupo de empresas a efectos laborales se ha venido considerando tradicionalmente como una manifestación más de la teoría del levantamiento del velo. Consiguientemente, la extensión de responsabilidades sociales al conjunto de empresas que integran el grupo sólo ha sido posible en aquellos supuestos en que la existencia del grupo mercantil ha venido acompañada de conductas consideradas abusivas o fraudulentas por parte de la empresa dominante y/u otras empresas del grupo. En esa categoría de conductas consideradas abusivas o fraudulentas se han situado precisamente los elementos adicionales de la confusión de plantillas, confusión de patrimonios sociales, caja única, apariencia externa unitaria y dirección común intensa.

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido inalterada hasta la sentencia de 27 de mayo de 2013², donde el Alto Tribunal vino a depurar y matizar de forma notable el entendimiento de los tradicionales elementos adicionales.

Sin embargo, ese viraje en la doctrina jurisprudencial no supuso un total abandono de la perspectiva patológica de aproximación a los grupos de empresa a efectos laborales, sino más bien la confirmación de tal punto de partida, por cuanto que en sentencias posteriores la existencia de grupo laboral se hace pivotar más que nunca sobre la confusión de plantillas y la confusión de patrimonios, elementos ambos que han seguido considerándose como la expresión última del abuso de la personalidad jurídica. Por el contrario, y de forma coherente con el mantenimiento de ese enfoque patológico, los

¹ *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Ed. Comares, Granada, 2002.

² Rec. núm. 78/2012.

elementos de la apariencia externa unitaria y la dirección económica unitaria han sido definitivamente descartados como elementos determinantes de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, al no entrañar *per se* irregularidad alguna, salvo en los supuestos de ejercicio abusivo de la dirección unitaria por parte de la empresa dominante.

Con todo, es de interés subrayar que esa doctrina jurisprudencial no resulta tan compacta como a primera vista pudiera parecer, al presentar importantes matices interpretativos, algunos de ellos desde antiguo.

En efecto, la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dado muestras de superación de esa aproximación al grupo en clave patológica en el caso de las puestas a disposición de trabajadores entre sociedades del grupo –cesión temporal–, al presuponer un efectivo y objetivo interés organizativo del grupo en este tipo de prácticas que las alejan de la cesión ilegal de trabajadores, entendida ésta como mecanismo interpositorio tendente a defraudar la aplicación de la normativa laboral tuitiva. En tales casos, pues, la cesión temporal de trabajadores ha quedado desprovista de su connotación fraudulenta para pasar a instalarse con plena normalidad en el funcionamiento fisiológico del grupo. Todo ello sin perjuicio de la aplicación analógica de las garantías previstas en el artículo 43 ET para los trabajadores/as implicados en la cesión temporal.

De ahí que la circulación de trabajadores/as dentro del grupo no se asimile ya automática y necesariamente en todos los casos a una situación fraudulenta de confusión de plantillas, sino que responda a la propia lógica del grupo de optimizar al máximo los recursos personales de que dispone.

En la misma lógica se inscribe la reciente consideración por parte del Tribunal Supremo como práctica “fisiológica” del grupo, diferenciada de la confusión de plantillas, la contratación sucesiva de trabajadores/as por diversas empresas del grupo³. Así, se señala que la prestación indiferenciada que entraña la confusión de plantillas es cosa diferente a que algunos trabajadores hayan podido pasar de una empresa a otra causando baja definitiva en la primera y alta posterior en la otra dentro del grupo.

En esta misma línea, la generalización en los últimos años de ciertas prácticas e instrumentos mercantiles de gestión comercial, contable y financiera en la dinámica de los grupos de empresa ha hecho resurgir el debate sobre la conveniencia de superar los estrechos límites de una aproximación laboral al grupo de sociedades desde una perspectiva exclusivamente patológica y subjetivista.

³ Véase sentencia de 29 de diciembre de 2014, rec. núm. 83/2014.

Nos referimos, en particular, al “cash pooling” y a la política de precios entre sociedades pertenecientes al mismo grupo; prácticas habituales y no necesariamente fraudulentas que se integran en la propia fisiología del grupo al responder a la legítima finalidad de optimizar su funcionamiento desde un punto de vista financiero, productivo y comercial. De ahí su difícil encaje y comprensión dentro del marco de los elementos de la caja única y de la confusión patrimonial, tradicionalmente explicados a nivel judicial en relación a situaciones de abuso de la personalidad jurídica o, más ampliamente, de fraude de ley.

Hasta la fecha, contamos con numerosas sentencias judiciales, entre las que destaca la reciente e importante sentencia de 20 de octubre de 2015 del Tribunal Supremo⁴, en la que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta particular práctica, situándola dentro del funcionamiento normal o fisiológico del grupo de empresas y negando por ello su consideración como expresión de un supuesto de confusión de patrimonios sociales.

La recepción por parte de los jueces y tribunales de lo social de esas nuevas formas de interrelación comercial y financiera entre sociedades integradas en un mismo grupo ha vuelto a poner de manifiesto la necesidad –ya proclamada desde hace años (se insiste) por un importante sector doctrinal– de superar los estrechos límites de una aproximación laboral al grupo de sociedades desde una perspectiva exclusivamente patológica.

Si la doctrina jurisprudencial y judicial clásicas han hecho pivotar sobre la teoría del levantamiento del velo y el abuso de la personalidad jurídica buena parte de sus reglas sobre imputación de responsabilidades al grupo en su conjunto o a las diversas sociedades integrantes del mismo, las más recientes sentencias judiciales muestran una nítida voluntad de superar esa concepción patológica del grupo de empresas a efectos laborales.

En las líneas que siguen nos centraremos en analizar la trascendencia jurídico-laboral de la política de precios entre sociedades vinculadas, así como de la gestión centralizada de tesorería o “cash pooling”, en cuanto herramientas estratégicas para el funcionamiento del grupo que tienen como denominador común la finalidad de optimización de la rentabilidad del grupo, su fuerte implantación práctica, así como su perfecta cobertura legal.

La elección de estas dos prácticas –comercial y financiera– responde a la finalidad de mostrar cómo el funcionamiento cada vez más integrado de los grupos de sociedades plantea a nivel laboral la paradoja de comprender el fenómeno grupo sin llegar a desproteger a los trabajadores/as. Pretende igualmente poner de relieve la urgente

⁴ Rec. núm. 172/2014.

necesidad de cubrir a nivel legislativo un vacío de regulación que hoy, en el marco de un evidente cambio de rumbo a nivel judicial en el entendimiento laboral del grupo de empresas, plantea una importante quiebra en la protección de los trabajadores/as del grupo.

2. La política de precios en operaciones vinculadas entre empresas del grupo y sus efectos jurídico-laborales

Como se avanzó, la política de precios entre sociedades del grupo responde a la finalidad última de optimizar la rentabilidad del grupo, “alterando” a tales efectos el valor del producto o del servicio a fin de conseguir disminuir o incrementar los beneficios de las filiales con fines diversos, normalmente de índole fiscal. En el marco de esa política de precios cabe inscribir a los denominados “contratos de compensación” que, a su vez, se enmarcan dentro de la más amplia problemática de los “precios de transferencia” en operaciones vinculadas entre sociedades del grupo.

Es un hecho que el comercio internacional crece cada día más y, en este contexto, los grupos de empresas multinacionales juegan un papel preponderante. Ello implica un flujo continuo de bienes, servicios, tecnología y capitales entre las diferentes empresas del grupo que se realizan en diferentes condiciones que las que se manifiestan en el mercado abierto. Con el fin de lograr la máxima rentabilidad conjunta realizan un plan de negocios estratégico considerando los potenciales mercados, análisis de costes, localización de sucursales, aprovisionamiento, regiones o áreas de negocios y seguramente también planeamiento impositivo. Para disminuir la carga impositiva total pueden, a través de la operatoria, manejar los precios de los bienes o servicios para transferir ganancias o pérdidas entre países según convenga en función de la presión fiscal (AGUIRBENGOA)⁵.

En efecto, asistimos en las últimas décadas a un fenómeno generalizado de reestructuraciones empresariales con la finalidad esencial de reubicar los beneficios obtenidos por las distintas sociedades del grupo en las diferentes jurisdicciones fiscales en las que operan, con el consiguiente desplazamiento de bases imponibles desde países con altos tipos de gravamen sobre la renta de sociedades hacia otros con menores niveles de tributación (AGUIRBENGOA).

En este contexto, el concepto de “precios de transferencia” hace referencia al precio que manejan las empresas vinculadas internacionalmente para la transferencia de bienes, prestación de servicios u otra operación comercial. El valor asignado al producto o al servicio puede estar “alterado”. Debido a que las empresas del grupo contribuyen a un

⁵ AGUIRBENGOA, L., *Precios de transferencia*, accesible en <http://econ.uba.ar/www/seminario/g060/Precios%20de%20transferencia%20-%20seminario.doc>

mismo objetivo corporativo y no existe oposición de intereses, los parámetros utilizados para fijar dicho valor no son los mismos que utilizarían entes independientes, y pueden ser utilizados como un método de elusión de impuestos o para disminuir los beneficios o las pérdidas de algunas filiales con fines estratégicos (no sólo de política impositiva) (AGUIRREBENGOA).

La problemática relativa a los precios de transferencia se da básicamente entre compañías vinculadas económicamente y, además, situadas en distintos países.

En este contexto cabe situar también a los “contratos de compensación”, en la terminología utilizada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 18 de noviembre de 2013⁶.

La sentencia aborda la impugnación por parte de la Confederación General del Trabajo de un despido colectivo producido en dos de las empresas –filiales españolas– del grupo Ericsson, cuya matriz está establecida en Suiza. Mediante la demanda, dirigida contra las tres filiales españolas del grupo, la central sindical CGT pretende la nulidad del despido colectivo y, subsidiariamente, que se declare no ajustado a derecho. Uno de los motivos de impugnación se centra en la causa económica, subrayándose por el sindicato demandante que las tres filiales españolas del grupo presentan resultados positivos, hasta el punto de que todas ellas repartieron dividendos.

En los hechos probados de la sentencia consta que el Grupo Ericsson adquiere sus productos de su matriz a precio de mercado, con el que presupuesta los contratos a sus clientes.

- Debido a la ralentización de la inversión y la contención del gasto por parte de los operadores, se ha producido una fuerte competitividad entre las empresas del sector, que ha causado una drástica reducción de los precios, lo que ha afectado frontalmente al Grupo Ericsson, quien se ha visto obligado a reducir precios para poder conseguir nuevas contrataciones.
- Dicha reducción de precios se subvencionó por la matriz, mediante los denominados “contratos de compensación”, que ajustan los precios originarios a los que se adaptaban a la facturación efectiva y que han supuesto una sobreprima a las empresas filiales en los ejercicios 2010, 2011 y 2012. Pese a ello, en el período 2009-2012, las ventas del Grupo Ericsson se redujeron un 40%.

El sindicato demandante negó que las empresas estuvieran en situación económica negativa, por cuanto que los supuestos contratos de compensación, suscritos con la matriz,

⁶ Núm. recurso 338/2013.

no se deducían de las cuentas auditadas, en las que se subraya siempre que las transferencias entre empresas del grupo se hicieron a precios de mercado.

Las tres mercantiles codemandadas –aunque el despido sólo afectó a dos de ellas– admitieron su condición de grupo a efectos laborales. Admitieron igualmente que las empresas habían tenido formalmente resultados positivos, pero no realmente, por cuanto dichos resultados se debían a los denominados contratos de compensación, que suponen una reducción de precios por parte de la matriz respecto a los operados inicialmente, si los clientes imponen unos precios incompatibles con los precios entre matriz y filiales. Destacaron, finalmente, que si no se hubieran producido dichas compensaciones, las pérdidas de las empresas hubieran alcanzado 468 MM euros en el período 2009-2012.

Por su parte, la Audiencia Nacional parte de interpretar el concepto de “causa económica” contemplado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en la versión vigente al inicio del período de consultas. Así, el citado precepto legal establece que *“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. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*. A juicio de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la expresión *“en casos tales”* acredita que el listado, contemplado en dicho precepto legal, no constituye un *numerus clausus*, lo cual posibilita que en una empresa concurra una situación económica negativa, aun cuando no tenga pérdidas actualizadas, ni prevea pérdidas futuras, ni acredite una disminución persistente en su nivel de ingresos y ventas.

Ahora bien, la Audiencia Nacional precisa igualmente que si la situación económica negativa no se subsume en ninguno de los supuestos citados, corresponde a la empresa acreditar por qué se encuentra en situación económica negativa, así como la adecuación entre la causa y la medida tomada.

Aplicando tal tesis interpretativa al supuesto debatido, la Audiencia Nacional concluye que, aunque quedó acreditado que las tres empresas codemandadas tuvieron resultados positivos en los ejercicios 2011 y 2012, se demostró también que dichos resultados eran artificiosos, por cuanto los productos, suministrados por su matriz a precio de mercado, con los que el Grupo Ericsson presupuestaba a sus clientes, se ajustaban a la baja, mediante los denominados contratos de compensación, para asegurar las contrataciones, que no se habrían producido si no se hubieran reducido los precios, habiéndose probado que dichos contratos de compensación supusieron una sobreprima a las empresas que, de

no haberse producido, habrían supuesto fuertes pérdidas en dichos ejercicios. Y, añade, que dicha conclusión no puede enervarse porque en los informes de auditoría se subraye que las transferencias de ambas mercantiles con su matriz se efectuaban en términos de mercado, por cuanto dicha afirmación no falta a la verdad, como se demuestra por la simple lectura de las cuentas anuales en las que los contratos de compensación contabilizan como otras operaciones con empresas vinculadas.

Se trata, en suma, de operaciones entre matriz y empresas del grupo, que sobreprima a las segundas con la finalidad de promocionar su actividad en situaciones económicas depresivas, una vez constatado que el mercado no responde a los precios originarios y que provocará lógicamente un incremento del pasivo de la matriz, cuya ilicitud no se ha acreditado y revelan objetivamente la concurrencia de una situación económica negativa del Grupo Ericsson en España, que habría supuesto fuertes pérdidas en los ejercicios 2009-2012 inclusive.

En definitiva, pues, a la hora de constatar la existencia de una situación económica negativa, la Audiencia Nacional no sólo tiene en cuenta los informes de auditoría donde las operaciones entre las empresas del grupo responden formalmente –y necesariamente, por imperativo legal– a precios de mercado, sino que toma principalmente en consideración la política “real” de precios entre las empresas del grupo, manifestada en la existencia de los denominados contratos de compensación.

La principal novedad de esta sentencia reside en el hecho de que, por primera vez, la constatación de la existencia de causa económica se hace recaer en datos, prácticas y contratos mercantiles que vienen a matizar los resultados “formalmente” reflejados en las cuentas anuales legal y reglamentariamente exigidas en sede de despidos colectivos. Además, la carga de probar, en su caso, la ilicitud de esas prácticas mercantiles recae en la parte que pone en duda su licitud.

Veamos, sin embargo, si estas prácticas mercantiles se ajustan o no a la legalidad vigente. Al respecto cabe empezar señalando que, en el caso enjuiciado, la “alteración” del valor del producto suministrado por la matriz a sus filiales no tiene, en principio, como finalidad evitar mayores cargas impositivas desde un punto de vista fiscal sino garantizar resultados económicos positivos a las filiales españolas. Téngase en cuenta que, con arreglo al artículo 16 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades (LIS), las operaciones vinculadas entre empresas del grupo deben valorarse necesariamente por su valor normal de mercado –entendiendo por tal aquel que se habría acordado por entidades independientes en condiciones de libre competencia–, desde el punto de vista de su tratamiento fiscal, para evitar sanciones. Igualmente cabe precisar que la LIS (artículo 16) va a considerar como entidades vinculadas a dos entidades que pertenezcan al mismo grupo.

En este contexto, se impone diferenciar entre el precio que a efectos fiscales se debe tomar en consideración en las operaciones entre empresas del grupo –valor de mercado–, y el precio “real” que se va a pagar en esas operaciones entre sociedades vinculadas y que, por lo general, no se ajustará al precio de mercado.

Así sucede en el caso enjuiciado por la Audiencia Nacional, en el que los informes de auditoría ponían de relieve que las transferencias de las filiales españolas con su matriz se efectuaban en términos de mercado. Sin embargo, la realidad evidenciaba que, de hecho, la matriz subvencionaba parte del coste de los productos adquiridos por las empresas filiales a través de los contratos de compensación.

Esta práctica no supone, en principio, ilegalidad alguna, en la medida en que fiscalmente las operaciones vinculadas tributen al precio de mercado fijado en condiciones de libre competencia (y no al precio real). Pero sí puede enmascarar la realidad económica del grupo, pues contablemente las filiales obtuvieron un resultado económico positivo que no se hubiera producido de haber pagado los productos a precios de mercado.

El interés básico de la Sentencia de la Audiencia Nacional reside, por consiguiente, en la toma en consideración, por primera vez, de la política de precios entre sociedades del mismo grupo como elemento clave para determinar la concurrencia de “causa económica” en el contexto de un despido por causas empresariales en el que se daba una situación contable de resultado económico positivo.

Pero, cabe añadir que el interés de esta sentencia no se agota en la cuestión de la determinación del ámbito de apreciación y concreción de la causa económica sino que va más allá, por cuanto que la cuestión de fondo que plantea es hasta qué punto la política de precios entre las sociedades del grupo es reveladora de una situación de confusión de patrimonios que justificaría esa ampliación del ámbito de apreciación de la causa económica, trascendiendo la formalidad contable de cada empresa integrante del mismo.

Esta cuestión queda, sin embargo, latente en la solución que al caso da la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sin que se entre a valorar si concurría o no un supuesto de confusión de patrimonios, sin duda porque, como se avanzó, las propias empresas habían reconocido desde el inicio la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, de modo que el litigio no versaba sobre la extensión de responsabilidades sociales.

En todo caso, es preciso tener en cuenta a este respecto que la jurisprudencia social ha venido tomando en consideración el valor –de mercado o inferior– de los intercambios económicos entre sociedades del grupo a efectos de determinar la existencia o no de confusión de patrimonios. Así, la venta de un local entre dos sociedades del grupo a un

precio notablemente inferior al de tasación (o mercado) denota una situación de confusión patrimonial⁷.

Conviene destacar a este respecto que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de enero de 2014⁸, parece establecer una presunción de “no confusión patrimonial” derivada de la corrección fiscal –sancionada por la Inspección de Hacienda que levantó Acta de conformidad– de las operaciones de compra y venta de fincas entre sociedades del grupo, asimilando equivocadamente, a mi parecer, ambos planos –el fiscal y el laboral.

Siguiendo idénticos argumentos, el Alto Tribunal, en sentencia de 19 de febrero de 2014⁹, consideró que no existía confusión patrimonial en un supuesto en que cada una de las sociedades del grupo tenían contabilidad independiente; sus recursos financieros y de tesorería eran también independientes; y las relaciones comerciales entre las sociedades se materializaban mediante la emisión de facturas para el pago-cobro de precios, que son los normales en el mercado¹⁰, sin que tampoco ninguna de las sociedades produjera en exclusiva para las restantes.

Del mismo modo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en una sentencia de 12 de junio de 2014, ha venido a establecer que la confusión patrimonial determinante de la existencia de grupo laboral no es la existencia de servicios comunes o el uso de determinadas estructuras productivas por las diferentes empresas del grupo, sino la falta de contabilización de las operaciones intragrupo con arreglo a su valor razonable, tal y como exige la normativa contable.

Téngase en cuenta, además, que el propio Tribunal Supremo¹¹ ha establecido que la carga procesal de acreditar que el valor razonable se corresponde o no con el precio de mercado no corresponde a la empresa sino a la parte que alega la existencia de caja única o confusión patrimonial, normalmente la parte social.

Con todo, es preciso insistir en la idea de que, en la práctica, es frecuente que la política de precios entre sociedades vinculadas responda *formalmente* (contablemente) al precio de mercado y, al mismo tiempo, los servicios entre empresas del grupo se paguen *realmente* por debajo del precio de mercado. Tal situación no supone necesariamente una práctica fraudulenta sino que se inscribe más bien en la lógica de funcionamiento integrado del grupo de sociedades, sin embargo, resulta innegable, a mi juicio, que dicha

⁷ STS de 9 de julio de 2001, rec. núm. 4378/1999.

⁸ Rec. núm. 46/2013.

⁹ Rec. núm. 45/2013.

¹⁰ En el mismo sentido, véase SAN de 20 de enero de 2014, proc. núm. 256/2013.

¹¹ STS (Sala de lo Social) de 20 de octubre de 2015, rec. núm. 172/2014.

situación denota un elevado nivel de comunicación e integración entre los diversos patrimonios sociales, sin que sea preciso entrar a valorar desde un plano laboral la licitud o ilicitud de tales prácticas. De ahí, pues, la conveniencia de extender en tales casos la responsabilidad social al conjunto de empresas del grupo de forma objetiva, con base en el funcionamiento integrado –no necesariamente patológico– del grupo.

3. La centralización de tesorería en el ámbito de los grupos de empresas o “cash pooling”

3.1. Significación

Si la centralización de la gestión de tesorería hace referencia a centralizar la función de tesorería dentro de una misma sociedad, el “cash pooling” es específico de la centralización de la función de tesorería de varias sociedades distintas de un mismo grupo, o más concretamente, de la centralización de sus cuentas.

De forma muy general, el “cash pooling” puede definirse como el conjunto de préstamos automáticos entre compañías que se realizan día a día con el fin de optimizar la posición global del grupo, consiguiendo un solo saldo por cada banco con el que se opera, lo que facilita el control de tesorería y la gestión de la liquidación de intereses (SANTOMÁ y ÁLVAREZ)¹².

Existen distintos tipos de “cash pooling” atendiendo a la intensidad del traspaso de saldos de las filiales a la matriz. Dos son las modalidades básicas.

Por un lado, el “cash pooling” con barrido saldo cero, en el que todas las cuentas de las filiales pasan sus saldos a última hora del día a la cuenta única de la matriz (compensación de saldos y gestión centralizada de toda la tesorería). Y, por otro lado, el “cash pooling” con préstamo de ida y vuelta, en el que todas las cuentas de las filiales pasan sus saldos a última hora del día a la cuenta única de la matriz pero, a diferencia del sistema de barrido saldo cero, a primera hora del día siguiente se devuelven los saldos de la matriz a las filiales. En este sistema se aprovecha una compensación de saldos pero no una gestión centralizada de la tesorería. Este sistema otorga más autonomía a las filiales (ROMERA ROBLES)¹³.

En todo caso, en uno y otro sistema, las distintas cuentas de una compañía o de un grupo son tratadas de forma conjunta y homogénea para calcular, analizar, estudiar y controlar

¹² *Gestión de Tesorería*, Ed. Gestión, 2000.

¹³ “La importancia del cash-flow en la gestión financiera de la empresa”, *Estrategia Financiera*, núm. 174, junio 2001, pág. 14.

la liquidación de los intereses. Ciertamente, en la esencia del “cash pooling” está el coordinar las cuentas bancarias para reducir los gastos financieros, pues las empresas trabajan normalmente con un número alto de cuentas bancarias, que genera una importante descoordinación de los saldos mantenidos en los distintos bancos. De esta manera, ocurre frecuentemente que unas empresas del grupo tienen cuentas en descubierto (que originan un tipo de interés alto o muy alto) y otras empresas tienen cuentas con saldos positivos (que originan un interés muy bajo) (ROMERA ROBLES)¹⁴.

En este contexto, una de las ventajas más destacadas del “cash pooling” consiste en compensar en la cuenta única saldos deudores o descubiertos con saldos acreedores o dinero de sobra, eliminando saldos bancarios ociosos (ROMERA ROBLES)¹⁵.

Por otra parte, la gestión centralizada implica ventajas adicionales: desde una capacidad organizativa mayor pasando por una mayor sencillez administrativa hasta terminar en un mayor poder de negociación por parte de la empresa desde la cuenta centralizada con las entidades financieras. (ROMERA ROBLES)¹⁶. Y es que la centralización de la negociación bancaria en el ámbito del grupo no sólo ahorra costes financieros sino que permite obtener también la aplicación de condiciones bancarias para todas las filiales más favorables que las condiciones bancarias estándar. Además, esta herramienta permite ahorrar costes de estructura, como ahorro de tiempo, personal y número de informes financieros gracias a trabajar con procesos automáticos y a la eliminación de los Departamentos de tesorería periféricos o a la reducción de sus funciones. Se obtiene igualmente mayor capacidad de control de la liquidez del grupo.

En definitiva, el “cash pooling” trata de minimizar la tensión existente entre los dos siguientes objetivos: liquidez y rentabilidad, haciendo más atractiva la empresa en los mercados de capital (MESSNER)¹⁷.

En España, un ejemplo paradigmático de empleo intensivo de esta herramienta lo encontramos en el sector público de la Generalitat de Cataluña, que implantó un sistema de “cash pooling” en el año 2006¹⁸.

Las cuentas de las entidades adheridas al sistema acaban el día con saldo cero y al día siguiente se repone el saldo de lo que realmente se necesita para pagar. Si las entidades

¹⁴ En “La importancia del cash-flow...”, ob. cit., pág.13.

¹⁵ En “La importancia del cash-flow...”, ob. cit., pág.15.

¹⁶ En “La importancia del cash-flow...”, ob. cit., pág.15.

¹⁷ “The practice of cash pooling”, *BIT*, núm. 4/2001, pág. 25.

¹⁸ DE DIEGO LEVY-PICARD, I., “La experiencia de la gestión centralizada de la tesorería (cash pooling)”, *Nota d’Economia*, núm. 99, pág. 202.

integradas en el sistema tienen excedentes de tesorería por ingresos diferentes de las transferencias o aportaciones que les haga la Generalitat, por contraprestación de bienes y servicios, tasas o fondos europeos, obtienen una remuneración por parte de la tesorería corporativa. De la misma manera, las entidades que necesitan fondo en un momento determinado disponen de la póliza corporativa por la cual la tesorería corporativa cobra por los días en los que se ha dispuesto¹⁹. Con tal herramienta, además de importantes beneficios operativos, se obtuvieron beneficios económicos destacables, mejorando así considerablemente las finanzas públicas. Así, disminuyeron las transferencias entre entidades financieras como consecuencia de la simplificación de su mapa bancario y mejoraron las condiciones del precio de los servicios financieros y del coste de la deuda²⁰.

En definitiva, el “cash pooling” constituye una herramienta lícita y altamente recomendable para mejorar los costes financieros de los grupos de empresas y, en particular, tratándose del sector público, para mejorar las finanzas públicas, máxime en tiempos de crisis. Ahora bien, el empleo de tal herramienta presenta unas importantes implicaciones en el plano jurídico-laboral, pues, como analizaremos a continuación, será preciso establecer hasta qué punto la existencia de contratos de “cash pooling” entre las empresas del grupo puede asimilarse a una situación de caja única o de confusión de patrimonios sociales.

3.2. “Cash pooling” y grupo de empresas a efectos laborales

Como es bien sabido, la extensión de responsabilidades laborales a otras empresas del grupo o al grupo en su conjunto se produce por aplicación de una bien asentada tesis de creación jurisprudencial en cuya virtud, y asumiendo en línea de principio la licitud de los grupos de empresa así como la responsabilidad separada de las empresas que lo integran, es necesaria la concurrencia de algún elemento “patológico” adicional a la propia existencia del grupo como tal –grupo mercantil– para admitir la trascendencia laboral del mismo.

La jurisprudencia social se ha referido tradicionalmente a los siguientes elementos adicionales, a saber, la confusión de plantillas, la confusión de patrimonios sociales y la caja única, la apariencia externa unitaria y la dirección unitaria intensa. Estos elementos han sido, sin embargo, matizados o depurados por la propia jurisprudencia social, siendo de interés citar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013²¹, en la medida en que ofrece una versión actualizada y “matizada” de la doctrina jurisprudencial al respecto.

¹⁹ “La experiencia de la gestión centralizada de la tesorería...”, ob. cit., p. 204-5.

²⁰ “La experiencia de la gestión centralizada de la tesorería...”, ob. cit., p. 205-9.

²¹ Rec. núm. 78/2012.

Ciertamente, la referida sentencia parte de considerar que es necesario realizar algunas precisiones respecto a los elementos adicionales tradicionalmente tomados en consideración por la doctrina judicial y jurisprudencial.

- Así, en primer lugar, se precisa que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta 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.
- En segundo lugar, se matiza que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva (confusión de plantillas) que determinan una pluralidad empresarial (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios).
- En tercer lugar, se puntualiza igualmente que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable –aunque pueda ser un indicio al efecto– de la mera utilización de infraestructuras comunes.
- En cuarto lugar, se precisa que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”.
- En quinto lugar, se afirma que con el elemento de “creación de empresa aparente” se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”.
- Y, finalmente, se precisa también que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

En base a todas las precisiones efectuadas, el Tribunal Supremo concluye que la enumeración “actualizada” de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo es la que sigue: 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; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

3.3. *En particular, ¿cabe considerar al “cash pooling” como manifestación de una situación de caja única y/o de confusión patrimonial?*

Una lectura detenida de la jurisprudencia social evidencia que, a pesar de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo traza una distinción entre los elementos adicionales de “confusión de patrimonios” y de “caja única”, la situación de caja única se ha venido considerando tradicionalmente como la máxima expresión de la situación de confusión patrimonial. Así, en su Sentencia de 26 de diciembre de 2001²², el Alto Tribunal sostiene que la confusión de patrimonios sociales se manifiesta *“en un elevado grado de comunicación entre los mismos y hasta motivando la aparición de lo que se suele llamar una caja única”*. Así pues, cabe sostener que, a la luz de la doctrina jurisprudencial clásica, la situación de caja única se da necesariamente en un contexto de confusión de patrimonios, en cuanto expresión máxima de esa confusión.

Sin embargo, la Audiencia Nacional primero, y el Tribunal Supremo más tarde, han venido a situar al “cash pooling” dentro de las operaciones normales o fisiológicas del grupo, desvinculando la situación de caja única propia del “cash pooling” de la clásica nota de la confusión de patrimonios sociales.

En efecto, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en una primera sentencia de 25 de febrero de 2013²³, derivó la existencia de caja única del contrato de “cash pooling” aportado como prueba documental, así como de la inexistencia de competencia entre las empresas del grupo. No obstante, en pronunciamientos posteriores, la Audiencia Nacional desvincula la existencia de caja única en un supuesto de “cash pooling” de la situación de confusión patrimonial.

Así, en dos pronunciamientos de 20 de enero de 2014²⁴, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional viene a establecer, en el contexto de un contrato de “cash pooling” entre empresas de un mismo grupo, que se produce una situación de caja única pero que ello no determina necesariamente una situación de confusión de patrimonios sociales, *“por cuanto se ha acreditado que los ingresos y salidas de la cuenta centralizada están perfectamente documentados y diferenciados por empresas, por lo que no concurre la exigencia de promiscuidad patrimonial, como reclama la jurisprudencia”*.

Consiguientemente, en los dos casos enjuiciados –con idéntico demandado–, no se otorga relevancia alguna al elemento de la caja única derivado del “cash pooling” para determinar la existencia de grupo patológico, sino que la extensión de responsabilidades

²² Rec. núm. 139/2001.

²³ Rec. núm. 324/2012.

²⁴ Recursos núm. 256 y 257/2013

sociales se justifica en un ejercicio abusivo de la dirección unitaria y de la personalidad jurídica. Así, a juicio de la Sala la situación de “caja única” derivada del “cash pooling” no se puede considerar patológica al no venir acompañada de la confusión de patrimonios, o, dicho de otro modo, al no concurrir la exigencia de promiscuidad patrimonial.

Tesis que acaba de perfilarse por la Audiencia Nacional en posteriores sentencias de 28 de marzo y de 12 de junio de 2014, donde se afirma que *“la unidad de caja determinante de la existencia de grupo laboral implica promiscuidad en el uso de fondos, 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, por lo que la existencia de un sistema de los llamados de ‘cash pooling’ 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; La confusión patrimonial determinante de la existencia de grupo laboral no es la existencia de servicios comunes o el uso de determinadas estructuras productivas por las diferentes del grupo, sino la falta de contabilización de las operaciones intragrupo con arreglo a su valor razonable, tal y como exige la normativa contable”*.

En esta línea se ha situado igualmente la doctrina judicial mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia.

Así, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en sentencias de 17 de noviembre de 2010, y de 2 de marzo de 2010²⁵), vino a establecer que la existencia de unidad de caja no puede desprenderse sin más del “cash pooling”, cuando está deslindada la contabilidad y patrimonio de cada una de las empresas, sin que se produzca, por tanto, una confusión de patrimonios sociales.

Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluyó en un primer momento, en su sentencia de 4 de diciembre de 2013²⁶, que *“el pago de deudas entre las empresas del grupo mediante el sistema de gestión centralizada con trasvases de saldos, borra la autonomía financiera de las empresas dominadas por la principal, de forma que, al fin, en este apartado tan básico y decisivo, no cabe afirmar que la condición de empleador esté ejercida en realidad y de modo exclusivo por quien formalmente figura como tal, al producirse esos movimientos de forma automática o simultánea o con la*

²⁵ Recs. núm. 3351/2009 y 740/2010, respectivamente.

²⁶ Rec. núm. 1608/2013.

periodicidad estipulada (diaria, mensual, etc...). De esta forma, puede resultar que las partidas destinadas al abono del salario del trabajador, formalmente adscrito a una de las empresas, provengan, sin embargo, indistintamente tanto de la principal como de las otras integrantes del grupo. Se revela, pues, en el presente caso, una real unidad de empresa con arreglo al artículo 1.2 del Estatuto". Sin embargo, esta línea interpretativa fue abandonada en su posterior sentencia de 17 de marzo de 2014²⁷, en la que se viene a considerar que la existencia de una cuenta –“cash pooling”– abierta en Suiza a la que se vuelca diariamente el saldo y desde la que se revierten las cantidades necesarias para los cargos que se van produciendo, no implica la existencia de un patrimonio común, por cuanto parece, más bien, una estrategia de rentabilidad sin más.

El debate creado a nivel doctrinal y judicial a propósito del “cash pooling” ha sido zanjado, al menos por un tiempo, por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2015²⁸, en la que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta particular práctica, situándola dentro del funcionamiento normal o fisiológico del grupo de empresas y negando, por ello, su consideración como expresión de un supuesto de caja única. En efecto, el Tribunal Supremo repasa su doctrina sobre los grupos de empresa recordando que la unidad de caja supone el grado extremo de la confusión patrimonial, si bien tal situación “*no es identificable con las novedosas situaciones de «cash pooling» entre empresas del mismo grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes*”. Dicho de otro modo, el “cash pooling” no responde propiamente a una situación de caja única entre empresas del grupo en la medida en que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna.

En definitiva, en su reciente sentencia de 20 de octubre de 2015, el Tribunal Supremo trata de comprender la fisiología específica del grupo y no sólo viene a considerar al “cash pooling” como práctica normal y no patológica, sino que, además, por primera vez, sienta la diferencia conceptual entre empresa de grupo (laboral) y grupo patológico.

En efecto, el Alto Tribunal concluye que la expresión “grupo patológico” 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, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudadora ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que

²⁷ Rec. núm. 1978/2013.

²⁸ Rec. Núm. 172/2014.

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.

Esta novedosa delimitación conceptual apunta claramente a un definitivo cambio de rumbo en el tradicional entendimiento judicial de los grupos de empresa a efectos laborales. De este modo, ni la existencia de una situación de “cash pooling”, ni el hecho de que prácticamente todas las actividades administrativas u otros servicios comunes del grupo se centralicen y sean llevadas a cabo de forma simultánea por un mismo grupo de trabajadores/as en beneficio de todas las sociedades del grupo, ni el uso compartido de infraestructura y maquinaria a un precio que no queda acreditado que corresponda al normal de mercado, ni la ausencia de capacidad de decisión propia de cada una de las empresas derivada de la dirección unitaria intensa, determinan necesariamente un funcionamiento patológico del grupo al no poder reconducir automáticamente tales elementos a una actuación con finalidad defraudadora ni abusiva. La consecuencia de todo ello es la no extensión de responsabilidades sociales al conjunto de empresas del grupo.

El Alto Tribunal se esfuerza en no vincular esos claros indicios de funcionamiento integrado del grupo con los tradicionales elementos de la confusión de plantillas, de la confusión de patrimonios, de la caja única, y de la dirección unitaria intensa, en un intento de comprender la lógica de funcionamiento del grupo de empresa. Sin embargo, es preciso subrayar que esos mismos indicios en otro tiempo hubieran sido precisamente considerados como evidente expresión de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

4. Reflexiones finales: la necesidad de regular a nivel legislativo los grupos de empresas a efectos laborales

Los pronunciamientos judiciales analizados ponen de manifiesto la tensión existente entre funcionamiento patológico y funcionamiento fisiológico del grupo, lanzándonos contra la siguiente paradoja: ¿cómo enjuiciar situaciones absolutamente normales, no patológicas en el funcionamiento habitual de los grupos de empresas, aplicando los cánones interpretativos clásicos de los elementos de la “confusión de plantillas” y de la “caja única”, que apelan a un contexto de fraude y abuso de la personalidad jurídica?

Hay que partir de considerar que la doctrina del levantamiento del velo, en su versión laboral, constituye el eje sobre el que ha girado tradicionalmente la construcción judicial sobre el grupo de empresas a efectos laborales. De ahí que tanto las situaciones de confusión de patrimonios como las de caja única se hayan interpretado tradicionalmente en clave patológica, como supuestos de fraude y utilización indebida de la “personalidad

jurídica”.

Así queda evidenciado, entre otras, en la sentencia de 26 de diciembre de 2001²⁹, donde el Alto Tribunal razona: *“levantar el velo de una persona jurídica consiste en hacer abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas. El origen de esta teoría se atribuye a los tribunales anglosajones (incluidos los norteamericanos, donde se habla de penetración del velo: piercing the veil), y equivale a una reacción o modalización del principio de separación de patrimonios, resultado de la constitución de una persona jurídica, originariamente construido en el derecho alemán. Las fuentes de esta teoría son jurisprudenciales, no legales, porque el fenómeno equivale a una derogación de las reglas de la persona moral o jurídica: el levantamiento del velo tiene lugar siempre con ocasión de un litigio donde el juez estima que los principios de la persona jurídica han sido en realidad desconocidos por los propios socios o componentes de la entidad. Doctrina y jurisprudencia parten de que la regla debe ser el respeto de la personalidad moral; pero seguido, admiten la necesidad ocasional de levantar el velo, porque lo impone la realidad de la vida y el poder de los hechos” o la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas;” hasta se apela al interés público o a la equidad. De ahí que haya sido necesario construir un inventario de las situaciones que caracterizadamente autorizan el levantamiento, destacando entre ellas la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y su sociedad”.*

Más recientemente, en la ya citada sentencia de 27 de mayo de 2013³⁰, el Alto Tribunal volvió a poner de manifiesto la estrecha conexión entre creación de empresa aparente, confusión de patrimonios y utilización fraudulenta de la personalidad jurídica. Así, se sostiene que *“con el elemento de la «creación de empresa aparente» –íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»”.*

Sin embargo, el “cash pooling” constituye una práctica absolutamente lícita que, de entrada, no esconde finalidad fraudulenta alguna. Por ello no puede extrañar que a nivel judicial se haya considerado mayoritariamente que el “cash pooling” entraña una situación de caja única a efectos meramente contables, y no supone, al menos de forma automática, una situación de confusión de patrimonios.

Con todo, el argumento no convence, o al menos, no convence el contraefecto negativo

²⁹ Rec. núm. 139/2001. En el mismo sentido, SSTs de 20 de enero de 2003 (rec. núm. 1524/2002) y 6 de marzo de 2002 (rec. núm. 1666/2001).

³⁰ Rec. núm. 78/2012.

al que conduce la aplicación práctica del mismo. En mi opinión, el “cash pooling” no deja de ser relevador de una situación de confusión de patrimonios y de caja única en su sentido más clásico.

De entrada, es preciso puntualizar que el elemento de la “caja única” ha sido definido jurisprudencialmente como la situación de “promiscuidad en la gestión económica”, pero también, desde un plano más objetivo y desprovisto de intencionalidad, como la situación de “permeabilidad operativa y contable” entre las sociedades que integran el grupo. Desde esta segunda perspectiva “objetiva”, parece claro que las técnicas de “cash pooling” pueden determinar la existencia de caja única, pues resulta innegable que los contratos de “cash pooling” suponen la gestión centralizada de todas las cuentas de las empresas del grupo y, por tanto, la permeabilidad operativa y contable actúa como presupuesto y como consecuencia del “cash pooling”.

Esta situación de caja única origina, a su vez, una situación de confusión de patrimonios sociales. Y ello porque, si bien es cierto que la contabilidad y patrimonio de cada una de las empresas suelen estar claramente deslindados, en la práctica, tal deslinde no deja de ser formal, habida cuenta que la empresa matriz actúa como banco para el conjunto de empresas del grupo, diluyéndose, así, la autonomía financiera de cada una de aquéllas. Resulta de interés a este respecto recurrir a la propia definición mercantil de “patrimonio social”, que es el formado por el conjunto efectivo de bienes, derechos y obligaciones de la empresa en un momento determinado. Así, el patrimonio social viene integrado por los medios económicos y financieros para la explotación empresarial. Atendiendo, pues, al concepto de “patrimonio social”, parece claro que en una situación de “cash pooling” los medios financieros son comunes y compartidos por las empresas del grupo, de modo que concurriría en algún grado la confusión patrimonial a que alude la jurisprudencia social.

Es más, la caja única constituiría la expresión más característica de la confusión patrimonial, en línea con la interpretación judicial clásica.

De ahí, pues, que esa extraña paradoja sólo pueda resolverse, a nuestro juicio, rompiendo la clásica asociación entre “grupo laboral” y “grupo patológico”, en línea con la reciente distinción conceptual trazada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Consiguientemente, el grupo laboral no es necesariamente un grupo patológico, sino una actividad económica a la que el ordenamiento laboral atribuye unos determinados efectos de cara a proteger debidamente los intereses que tutela. Siendo así, es posible despojar a los elementos de la caja única y de la confusión patrimonial de su dimensión patológica. Dicho de otro modo, el alto grado de comunicación entre los patrimonios sociales no es sólo una realidad sino una necesidad en los grupos de empresa, de modo que no puede

seguir interpretándose necesariamente como una patología.

A todo lo dicho hay que añadir que, en la práctica, el “cash pooling” suele acompañarse de una política de precios por servicios prestados entre las sociedades del grupo que se caracteriza por una falta de competencia real entre las empresas del grupo, por más que, desde un punto de vista fiscal, las operaciones entre empresas tributen por su valor de mercado. Ambos elementos –“cash pooling” y política de precios– constituyen, en mi opinión, las expresiones más modernas y sutiles de los elementos de caja única y de confusión patrimonial, por mucho que los más recientes pronunciamientos judiciales se esfuercen en no llamar a las cosas por su nombre.

En estas circunstancias, y retomando la reciente distinción efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre, de un lado, la empresa de grupo y, de otro, el grupo de empresas patológico, considero que cuando nos situamos ante este último tipo –grupo patológico– el supuesto es claramente reconducible al artículo 1.2 ET, pues se ha creado una “empresa aparente”, utilizándose de manera abusiva o fraudulenta la personalidad jurídica plural. Por consiguiente, no estaríamos propiamente ante un supuesto de extensión de responsabilidades sociales, sino ante la figura del grupo de empresas como empleador –comunidad de bienes (artículo 1.2 ET)–, existiendo un solo, único y verdadero empleador.

En cambio, cuando el funcionamiento integrado del grupo no responda a una maniobra de ocultación o de creación de empresas aparentes, sino que derive simplemente de un alto nivel de comunicación entre los patrimonios sociales, manifestado en la prestación e intercambio de servicios entre las empresas del grupo, incluso por debajo del precio de mercado, y/o de la existencia de un contrato de “cash pooling” entre las diversas sociedades, y/o del uso compartido de infraestructura y/o de servicios centralizados que entrañan la prestación de servicios por parte de un grupo de trabajadores de forma indiferenciada al conjunto de empresas del grupo, en tales casos, habrá que hablar de grupo laboral no patológico, dado que estas situaciones no suponen, automáticamente al menos, actuaciones fraudulentas o abusivas sino que se inscriben en el funcionamiento “normal” del grupo.

Sin embargo, el problema se suscita en el momento en que a nivel judicial se lleva a cabo una interpretación cada vez más reductora de los contornos de los tradicionales elementos de la confusión de plantillas, de la confusión de patrimonios y de la caja única. En efecto, para el Tribunal Supremo y otros tribunales inferiores todas las situaciones de hecho expresadas se sitúan extramuros de la confusión de patrimonios, de la confusión de plantillas y de la caja única, dado que responden a prácticas “fisiológicas”, de modo que la consecuencia que se deriva de tal interpretación es la ausencia de extensión de

responsabilidad social al conjunto de empresas del grupo.

En mi opinión, sin embargo, aunque las situaciones de hecho antes apuntadas responden a prácticas “fisiológicas” del grupo, no dejan de ser por ello expresión de los tradicionales elementos de la confusión de patrimonios, de la confusión de plantillas y de la caja única, al menos tal y como fueron interpretados en el pasado por la jurisprudencia social. En todo caso, de aceptar una evolución en la interpretación de tales elementos adicionales, lo que no me parece aceptable desde un punto de vista de política del Derecho es la conclusión jurídica que parece aunarse a tal evolución: la falta de extensión de responsabilidades sociales al conjunto de empresas del grupo.

Patologías al margen, el grupo de sociedades mercantil posibilita un aprovechamiento común, en términos de optimización de recursos, por parte de las empresas del grupo del conjunto de medios personales, materiales, patrimoniales y financieros. Partiendo de esta realidad, las interrelaciones comerciales, financieras y de prestación de servicios entre las diversas sociedades del grupo no pueden considerarse como una patología, pero deben atender a un adecuado equilibrio entre los intereses del grupo y los intereses de los trabajadores/es de las diversas empresas que integran aquél. Hasta la fecha, ese equilibrio se había alcanzado a través del mecanismo de la extensión de responsabilidades sociales y así debe seguir haciéndose, pero no por la vía de la interpretación judicial sino mediante una intervención del legislador; intervención que, en el ámbito laboral, se ha venido produciendo ya de forma parcheada en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores, de despidos colectivos y de negociación colectiva.

La lógica sería similar a la seguida por la propia jurisprudencia social ante los supuestos de puesta a disposición de trabajadores entre empresas del grupo: considerar que tales prácticas no resultan patológicas, si bien, de cara a proteger adecuadamente los intereses de los trabajadores/as implicados en las mismas, extender analógicamente a tales supuestos el régimen de responsabilidades previsto en el artículo 43 ET.

Esta no ha sido la lógica seguida por el Tribunal Supremo desde el año 2013 ante fenómenos tales como el “cash pooling” o la política comercial y de prestación de servicios entre empresas del grupo, sino justamente la contraria: considerar que tales prácticas no resultan patológicas ni pueden equipararse siquiera con un funcionamiento integrado del grupo y que, por tanto, quedan extramuros del mecanismo de la extensión de responsabilidades sociales.

Precisamente por ello resulta tan urgente la intervención del legislador a fin de incorporar a nivel normativo los criterios jurisprudenciales sobre el grupo de empresas laboral y garantizar una adecuada protección de los trabajadores/as del grupo mediante el

establecimiento de un sistema de responsabilidades sociales aplicable a todas las empresas que lo integran. La lógica de la extensión de responsabilidades sociales no residiría ya en el carácter patológico del grupo sino en el aprovechamiento conjunto e integrado de los recursos humanos, financieros y comerciales por todas las empresas integrantes, pudiendo el legislador modular el alcance de la responsabilidad social en función de los diversos supuestos de grupos de empresas laborales que normativamente se definan atendiendo a los criterios jurisprudenciales vertidos hasta la fecha.

Fecha recepción: 29.6.2016
Fecha aceptación: 18.7.2016