

Aproximación al proceso de fusión: despidos colectivos en empresas que funcionan como independientes aunque se consideran grupo

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La impugnación de dos despidos colectivos en dos empresas interrelacionadas (Vodafone y ONO) ha permitido recientemente a la Audiencia Nacional (SAN de 18 de enero del 2016, Ar. 15705) establecer una serie de criterios de interés en relación con esta figura:

1. Necesidad de solicitar durante el periodo de consultas información sobre la extinción de contratos de trabajo previos al despido colectivo

Ante la alegación de la existencia de una serie de despidos previos, la Audiencia advierte que, puesto que los sindicatos —ahora impugnantes— no solicitaron en el periodo de consultas información sobre las causas extintivas de los contratos esgrimidos —habiendo aportado la empresa todos los informes solicitados por la representación de los trabajadores—, no procede ahora efectuar tal alegación.

2. La existencia de cláusulas «anti-ERE»

Para defender la nulidad del despido, se alega la existencia de una cláusula de estabilidad en el empleo en una de las empresas afectadas (ONO). En ella, las partes se comprometen a no utilizar las medidas derivadas de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET) si no se produce una reducción igual o superior al 10 % de un parámetro de referencia fijado en el Convenio Colectivo. Pero, al margen de las discrepancias interpretativas sobre este último, comoquiera que

los sindicatos mayoritarios en la empresa validaron en el periodo de consultas tal dato (reducción de más de un 10 %), no se admite ahora su cuestionamiento.

3. Vulneración del derecho de huelga

Se plantea asimismo, y como en otros casos de interés en materia de despido colectivo, la vulneración del derecho a la huelga de los trabajadores. Reprocha el sindicato impugnante que las empresas se opusieran a la utilización de los medios tecnológicos para la publicidad de la huelga e impusieran a algunos trabajadores guardias de veinticuatro horas no previstas en la resolución sobre servicios mínimos. Sin embargo, ha quedado acreditado que el empresario facilitó los medios habituales dispuestos para este fin, cuales son los espacios sindicales en su página web accesibles a todos los trabajadores, la utilización de los tabloneros de anuncios y el libre reparto de propaganda de la huelga en los locales de las empresas, habiéndose probado que ésta se publicó en los medios de comunicación. No existe ningún precedente en el que la empresa haya cedido la integridad de sus medios tecnológicos para publicitar la huelga, lo que habría generado una expectativa legítima entre los representantes de los trabajadores. Por lo demás, los trabajadores a los que se les asignaba guardia de veinticuatro horas no tenían vedado el ejercicio del derecho de huelga. Finalmente, la empresa difundió el comunicado que redactaron los sindicatos por el que se ponía fin a aquélla.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

4. La instrumentación del despido colectivo dentro del grupo mercantil de empresas

Se denuncia, además, que las empresas constituyen un grupo a efectos laborales tras la compra e integración accionarial, productiva, comercial y organizativa y la gestión común e integrada de las plantillas, con la planificación conjunta de las necesidades de personal. A tal fin se recurre a la diferencia efectuada por la jurisprudencia entre un grupo de sociedades y un grupo patológico de empresas (STS de 20 de octubre del 2015, Ar. 5210). Pero también se señala que la expresión «grupo patológico» ha de quedar reservada únicamente a los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude. Mas, cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral ni se ocultan ni responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada debería ser la de «empresa de grupo» o «empresa grupo».

En tal caso, resulta ya consolidado: a) que son perfectamente diferenciables el inocuo —a efectos laborales— grupo de sociedades y la trascendental —a efectos de responsabilidad— empresa de grupo; b) que para la existencia de empresas de grupo 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 cada una con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, pues los componentes del grupo tienen, en principio, un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son; c) que la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo en ningún modo puede ser acumulativa, y d) que el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, 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 entender que debe producirse la extensión de dicha responsabilidad (SSTS de 27 de mayo del 2013, Ar. 7656; de 28 de enero del 2014, Ar. 1286; de 21 de mayo del 2014,

Ar. 4214; de 2 de junio del 2014, Ar. 4218; de 22 de septiembre del 2014, Ar. 5314; de 24 de febrero del 2015, Ar. 1370, y de 16 de julio del 2015, Ar. 4326, entre otras).

En atención a lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre del 2015 (Ar. 5210), ha precisado recientemente estos aspectos:

- a) *Funcionamiento unitario* significa que se produce una prestación de trabajo «indistinta» o conjunta para dos o más entidades societarias, por lo que se da 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 cual prestan servicios los trabajadores; situaciones integrables en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores que califica de empresarios a las personas físicas y jurídicas y también a las comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios de los trabajadores.
- b) La confusión patrimonial no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que 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.
- c) La unidad de caja constituye un factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios (una «promiscuidad en la gestión económica» o una «permeabilidad operativa y contable»). Ello 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.
- d) La utilización fraudulenta de la personalidad apunta a la creación de empresa aparente,

concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas, y se refiere al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en supuestos en los que puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de «pantalla» para aquélla.

- e) Finalmente, el uso abusivo de la dirección unitaria implica que esta última puede ser objeto de ejercicio abusivo —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.

5. La proximidad de las empresas en la preparación de su futura fusión sin que pueda advertirse por ello la existencia de un grupo laboral de empresas

En el supuesto que se analiza, las empresas demandadas constituyen únicamente un grupo mercantil, cuya sociedad dominante es Vodafone, en el que concurren los requisitos exigidos por el artículo 42 del Código de Comercio (CCom). Existe unidad de dirección porque es consustancial a lo previsto en este precepto del que se deriva la existencia de una sociedad que tiene o puede tener, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, entendiéndose por *control* el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de un negocio a fin de obtener beneficios económicos de sus actividades. Por lo demás, ambas mercantiles mantienen sus correspondientes consejos de administración, aunque dispongan de un comité ejecutivo único, desde la adquisición del capital social de ONO por parte de Vodafone, para facilitar el proceso de integración cuyo objetivo último es la fusión de ambas.

Destaca la sentencia objeto de análisis que el proceso ha sido absolutamente transparente y que las empresas han cumplido sin tacha alguna las obligaciones informativas y de consulta con los representantes de los trabajadores exigida por el artículo 64.5d del Estatuto de los Trabajadores en relación con su artículo 44. Por lo demás, queda acreditado que cada empresa mantiene su personal, sin perjuicio de una interacción progresiva —justificada cumplidamente por la finalidad perseguida—, que es la definitiva fusión de ambas mercantiles, lo cual permite descartar,

sin mayores razonamientos, la concurrencia de confusión de plantillas y justificar el paso de los trabajadores de una empresa a otra como traspaso legítimo y transparente dentro del grupo mercantil, despreciando cualquier reproche de actuación fraudulenta. En cuanto a la confusión patrimonial, el sindicato impugnante admitió que ambas mercantiles tienen sus propias contabilidades, operan diferenciadamente en el mercado y se facturan entre sí, siendo irrelevante la denuncia sobre una supuesta financiación por parte de ONO de la compraventa de sus propias acciones; se debe subrayar que esta alegación no se produjo durante el periodo de consultas cuando se disponía de la contabilidad íntegra de las empresas del grupo. Tales razones, valoradas en su conjunto, permiten a la Audiencia Nacional considerar que no existe grupo laboral en estas empresas.

6. La aplicación de las normas de subrogación entre empresas participadas

También se alega la integración productiva y organizativa fáctica entre ambas empresas sin que se hayan cumplido los requisitos propios de la sucesión laboral de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Queda acreditado, sin embargo, que, tras la adquisición del capital social de ONO por parte de Vodafone, las empresas mantuvieron numerosas reuniones informativas para explicar a los representantes de los trabajadores (*ex art.* 44.6 ET) su intención de promover un proceso de integración de ambas compañías cuyo objetivo final era su fusión definitiva. No se precisaron en dicho periodo las consecuencias laborales de la integración, aunque se advirtió lealmente que podría haberlas, lo que no escapaba a los sindicatos, que en todas las reuniones preguntaron sobre las consecuencias que podía tener la integración de ambas organizaciones empresariales para el empleo en ellas. Cuando los consejos de administración de cada sociedad deciden promover un despido colectivo en cada empresa, lo ponen en conocimiento de los representantes de los trabajadores, cumpliendo con lo previsto en el artículo 44.9 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se exige únicamente que el periodo de consultas, cuando se pretenda adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores derivadas de la sucesión empresarial, se efectúe con antelación suficiente con respecto a la ejecución de tales medidas.

7. Constitución de comisión negociadora única y un mismo periodo de consultas. Exigencia de alegación clara y precisa sobre la existencia de un grupo de empresas en el momento de la constitución y en el comienzo del periodo

La exigencia mencionada en el título se trata de una alegación extemporánea toda vez que no se requirió en el momento de la constitución de la comisión negociadora, que era el tiempo en el que debió hacerse valer que concurría un grupo de empresas a efectos laborales o que se había consumado la sucesión empresarial. Al no obrar de esta forma, se quiebra el principio de buena fe en la negociación, pues la actuación de los representantes de los trabajadores impidió que las empresas considerasen tal posibilidad. Conviene reseñar, por otra parte, que las secciones sindicales no alegaron clara y terminantemente durante el periodo de consultas la concurrencia de un grupo de empresas a efectos laborales, limitándose a manifestar dudas al respecto. Y esto hace quebrar las reglas de la buena fe, exigidas por el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que dicha reclamación debe expresarse de modo claro y preciso, identificando qué circunstancias concretas, relacionadas obligatoriamente con la concurrencia de las notas adicionales exigidas por la jurisprudencia para acreditar al grupo laboral, concurren efectivamente. En tal caso, los representantes de los trabajadores estarán legitimados para reclamar la comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, si bien el acceso a dicha información no puede basarse en meras suposiciones o dudas, puesto que los libros y documentos de la empresa son secretos (art. 32 CCom), de manera que su exhibición en los despidos colectivos no se considera mecánica, sin más.

8. Requerimiento de buena fe en el proceso negociador tanto al banco empresarial como al banco social

La negociación durante el periodo de consultas constituye una negociación finalista, que obliga por igual a los empresarios y a los representantes de los trabajadores, los cuales deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe. Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja que exige

al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines. Con este objeto deberán transmitirse los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del periodo de consultas. Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas. Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el periodo de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Por su parte, la segunda fase del periodo de consultas es propiamente la negociación, que consiste, conforme dispone el artículo 64.1 del Estatuto de los Trabajadores, en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias. Habrá de acreditarse, por consiguiente, una negociación efectiva para alcanzar los fines legales, lo cual obligará a considerar las propuestas y contra-propuestas de los negociadores.

Destaca en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio del 2014 (Ar. 4385), en la que se concede valor especial a la consecución de un acuerdo entre las partes por cuanto es precisamente el objetivo del periodo de consultas y, aunque de aquél no se derive la concurrencia de causas —y a diferencia de los acuerdos sobre medidas de flexibilidad interna, ha de concluirse que la consecución del citado acuerdo deberá ser ponderada en vía judicial. Pues bien, en el caso concreto, las empresas alcanzaron, en opinión del tribunal juzgador, un acuerdo ejemplar, aunque no se haya podido evitar el despido colectivo, por cuanto ha reducido sustancialmente el número de afectados, ha promocionado con éxito el número de extinciones voluntarias y ha introducido un elenco de mejoras respecto a los mínimos legales que alivian sustancialmente la situación de los despedidos.

9. Justificación de las causas en cada empresa concreta

Queda acreditado, en el supuesto analizado, que ambas sociedades se encuentran en situación económica negativa, anudada a su manifiesta pérdida de competitividad, lo que ha provocado un claro retroceso en sus ventas y resultados y ha activado, consiguientemente, la causa productiva. La pérdida de competitividad de ambas mercantiles se enmarca en una constante disminución de ingresos sufrida en los últimos años en el mercado de las telecomunicaciones, tanto a nivel europeo como nacional, lo que se espera que continúe

ocurriendo durante todo el 2016. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también la razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada (STS de 25 de febrero del 2015, Ar. 1905). Y, así, en este caso, no cabe duda de que el proceso de integración de ambas empresas deja sin contenido determinados puestos de trabajo. En nada altera esta conclusión el hecho de que una empresa (ONO) amortice más puestos de trabajo que otra dado que el criterio de selección de aquéllos fue avalado, en su día, por la representación de los trabajadores en la empresa.