

EL NUEVO RÉGIMEN LABORAL DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS: ANOTACIONES A LAS NOVEDADES ESENCIALES DEL ARTÍCULO 44 DEL TRET

SALVADOR DEL REY GUANTER

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra
Consejero del Consejo Económico y Social*

EXTRACTO

Las novedades introducidas en la fase de tramitación como Proyecto de Ley del originario RDL 5/2001, se centran fundamentalmente en la nueva redacción del art. 44 ET sobre garantías y mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de sucesión empresarial.

Un régimen jurídico que traspone la normativa comunitaria sobre la materia y que es producto a su vez de un largo proceso de conformación legislativo y jurisprudencial, como consecuencia de las dificultades inherentes a una institución cuya trascendencia cualitativa y cuantitativa no deja de crecer en un sistema de libre circulación de capitales.

En este trabajo no sólo se abordan las nuevas disposiciones a efectos puramente descriptivos y de información, sino que se apuntan y se toma partido expreso respecto de un sinfín de cuestiones, si se quiere prácticas, que surgen como consecuencia de la interpretación y sistematización con otros preceptos de nuestro Derecho Laboral.

En esa línea hay que destacar la ampliación de los niveles de protección que dispensa el art. 44 ET respecto de la Seguridad Social complementaria, los efectos temporales del mantenimiento del convenio colectivo de la empresa cedente o el procedimiento a seguir para su sustitución caso de que aquél devenga por expiración del término inaplicable.

En el mismo tono se integra el análisis de los derechos de información, consulta y negociación que se reconoce a los representantes de los trabajadores, no ya sólo en relación al propio negocio transmisor, sino respecto de ciertas vicisitudes a las que se pueden ver sometidos los trabajadores, en especial, las que afecten a las condiciones esenciales en que se ha de desarrollar el trabajo o a la propia continuidad de la relación.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Los derechos y obligaciones a garantizar en caso de sucesión
3. La necesaria transmisión con "entidad económica" en el cambio de titularidad
4. Fuentes regulatorias de los derechos y obligaciones: en especial, del convenio colectivo aplicable
5. Información, consulta, negociación: 5.1. El derecho de información; 5.2. El derecho de consulta-negociación; 5.3. Dos últimas cuestiones: mantenimiento del mandato representativo y actuación de las empresas

1. INTRODUCCIÓN

Probablemente la diferencia básica que puede marcarse entre el Real Decreto-Ley 5/2001 y la Ley 12/2001, que en principio integra aquella primera norma, es la incorporación en esta última de una profunda reforma del art. 44 del TRET.

Ciertamente, no se trata de una reforma que hubiera venido obligada por haber sido un tema previamente negociado entre los interlocutores sociales, como ocurría con la mayoría de las materias del RDL 5/2001, sino más bien por una necesidad impuesta por la propia normativa comunitaria, en tanto que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo (que sustituye a la Directiva 77/187/CEE, a su vez reformada por la Directiva 98/50/CEE, de 29 de junio) recogía el plazo para la trasposición de esta última Directiva de 1998, que era la fecha del 17 julio de 2001.

En todo caso, tampoco es una reforma sorpresiva, dado que era constante en la doctrina la constatación tanto de las insuficiencias del ahora derogado art. 44 –por ejemplo, el convenio colectivo aplicable en caso de sucesión– como incluso sus "incompatibilidades" con la normativa comunitaria –por ejemplo, la intensidad y el momento en que debía consultarse por parte de los empleadores cesionario y, sobre todo, cedente, a sus trabajadores sobre las consecuencias laborales de la sucesión.

Estos son aspectos que ahora se abordan con una transcripción bastante fiel en ocasiones de la normativa comunitaria. No obstante, no es posible considerar que el nuevo art. 44 se limita a reproducir aquella normativa. En determinados aspectos no ya especifica lo indicado por la Directiva –materia de responsabilidades–, sino que realiza opciones de política legislativa de enorme trascendencia, como es el caso notoriamente del aspecto material de la sucesión, esto es, de la inclusión de los derechos de la seguridad social complementaria en el ámbito de los derechos a suceder entre empresarios.

Por desarrollar en el ámbito de nuestro Ordenamiento jurídico positivo la Directiva comunitaria en materia de sucesión de empresas –con las innova-

ciones que ello de por sí representa respecto a la normativa anterior— y, además, por realizar importantes especificaciones y alternativas ampliatorias respecto a tal Directiva, el nuevo artículo 44 se alza como un cambio de enormes consecuencias en el tema de los efectos laborales de la sucesión de empresas. Este cambio es de tal dimensión que incluso el término “reforma” aplicado al art. 44 resultante puede ser inapropiado por limitado en la expresión del alcance de esta modificación jurídica.

No es necesario subrayar que la actividad sucesoria empresarial, lejos de reducirse, ha experimentado un notable incremento en los últimos años, siendo además todas las previsiones a favor de una continuidad en dicho incremento.

Además, el marco jurídico laboral de la actividad sucesoria empresarial no es ya importante en sí para tal actividad, sino que mantiene contactos evidentes con distintas normas laborales que pueden tener aplicación con motivo de la misma. Ciertamente es el caso de las opciones modificativas —arts. 40 y 41 TRET—, a las que el nuevo art. 44 hace expresa referencia, pero también las extintivas —arts. 51 y 52 TRET— y, desde luego, todas las relacionadas con la actividad informativa y consultiva de los representantes de los trabajadores —art. 64 TRET y arts. 8 y 10 LOLS— y negocial —dentro o fuera del marco del T. III TRET—. Hay que tener en cuenta que, por lo que se refiere a las actividades informativas que puede desencadenar la aplicación del art. 44 TRET, las mismas no sólo hay que referirlas a tales representantes sino también, directamente, a los propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el art. 8 TRET.

El objetivo de este trabajo es ciertamente limitado, en tanto que va a poner de manifiesto los aspectos más destacados del nuevo art. 44, sin que sea nuestro propósito ni realizar un examen completo de dicho precepto ni, en los aspectos abordados, un análisis detallado. Por tanto, se trata de un estudio introductorio en el que, no obstante, queremos dejar constancia de aquellas materias jurídicas en las que la normativa introducida por la Ley 12/2001 representa una modificación importante e incluso esencial en los efectos laborales de la actividad sucesoria empresarial.

En esto último, desde luego, no ha existido cambio. Antes y ahora sería erróneo pensar que el objetivo del art. 44 es la regulación en sí de la actividad jurídica sucesoria —en sentido amplio— entre empresas. El objetivo de aquel precepto es mucho más limitado, en tanto que pretende regular las consecuencias laborales que tal sucesión puede tener en los trabajadores de todas las empresas afectadas. No obstante, repárese que ello no significa que dicho precepto no tenga trascendencia en la actividad jurídica sucesoria en sí —esencialmente regulada por la normativa mercantil—, especialmente por lo que se refiere a la nueva ordenación de las actividades informativas y consultivas-negociadoras que, respecto a los representantes de los trabajadores, se ha de realizar con “la suficiente antelación” a la propia sucesión.

2. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES A GARANTIZAR EN CASO DE SUCESIÓN

El nuevo párrafo inicial del art. 44 ya nos va a plantear un cambio de enorme trascendencia. Y ello no ya en lo que en sí ha de entenderse por sucesión a efectos de dicho precepto, que no ha cambiado, como el alcance de las garantías de los derechos laborales de los trabajadores afectados.

La declaración inicial de que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral" no contiene un contenido novedoso para nuestro ordenamiento, en tanto se encontraba ya en el derogado art. 44.

Por lo pronto, hace referencia a la triple distinción de lo que podíamos denominar como "ámbitos económicos y/u organizativos" que pueden ser objeto de transmisión —empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma—, siendo esta última precisamente objeto de la mención probablemente más importante en la normativa laboral en este precepto, el art. 44.

A ello se une el que sigue tomando como negocio jurídico subyacente el "cambio de titularidad". Se ha estudiado ampliamente qué debe entenderse por tal cambio, siendo probablemente el supuesto excluido más importante —por la frecuencia que ha adquirido en el mercado— el mero cambio en la titularidad de las acciones de la empresa accionistas.

No obstante, donde auténticamente se produce una innovación por adición de importancia es por lo que se refiere a la extensión de los derechos que han de ser objeto de subrogación.

El anterior precepto se limitaba a señalar que el nuevo empresario quedaba subrogado "en los derechos y obligaciones laborales del anterior".

Una de las cuestiones que tradicionalmente había planteado la redacción del antiguo artículo 44 era hasta qué punto estos "derechos y obligaciones laborales" a los que se refería acogía la seguridad social, no ya la relacionada con el sistema "público" u "obligatorio" en sí, si se nos permite tales expresiones un tanto equívocas, como la seguridad social "complementaria", por utilizar la terminología de nuestro art. 41 CE.

Las respuestas habían sido un tanto contradictorias, especialmente a la vista de la redacción de la Directiva que, en este aspecto, no establecía una obligatoriedad de continuación, al menos en su conjunto¹, de forma que,

¹ En efecto, hay que tener en cuenta que la Directiva establece al respecto en el art. 3.4 : "a) Salvo que los Estados miembros establezcan otra cosa, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros.

b) Aun cuando los Estados miembros no establezcan, de conformidad con la letra a), que los apartados 1 y 3 serán aplicables a tales derechos, adoptarán, no obstante, las medidas necesarias para

en relación a nuestra legislación, con decisiones judiciales pronunciándose en sentido afirmativo, en todo caso existía una obligación de garantía parcial respecto a la Seguridad Social complementaria, que se centraba en lo establecido en el art. 3.4 b) respecto a las prestaciones de jubilación y supervivencia.

Ahora, el nuevo art. 44 no deja lugar a dudas, en tanto que nos indica que la subrogación del empresario se extiende a los "derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente."

Como puede observarse, el nuevo art. 44 opta por una alternativa notablemente más amplia que incluso la normativa comunitaria, en tanto que no sólo se limita a otorgar continuidad respecto a lo que genéricamente denomina "compromisos por pensiones" —cuyo epicentro viene sin duda dado por lo contemplado en la normativa de 1987 y 1988 en materia de Planes y Fondos de Pensiones—, sino que, además, teniendo en cuenta el sentido más limitado que esta expresión tiene respecto a la de "Seguridad Social (o protección social) complementaria", acoge a esta última en su sentido más amplio, al incluir todo tipo de "mejoras voluntarias".

Dejando a un lado las mejoras voluntarias a la Seguridad Social más "coyunturales" o de "corto plazo", como puedan ser las relacionadas con la incapacidad temporal, lo cierto es que la subrogación en materia de prestaciones de más largo plazo, como puedan ser las pensiones —y de ahí su mención expresa— plantean un nivel de complejidad mucho más acentuado.

Por poner un ejemplo meridianamente claro, y advirtiéndose que en el precepto no se distingue según la fuente origen de tales obligaciones en materia de protección social complementaria, el mantenimiento de los derechos relacionados con este ámbito de pensiones ha de armonizarse con dos datos: el que la fuente de regulación originaria es, en principio y por regla general, un instrumento tan susceptible de variación como es el convenio colectivo y el que, además, tales convenios colectivos cuentan ahora con una declaración expresa en el propio art. 44 respecto a una vigencia limitada para los trabajadores afectados por la cesión —apartado 4—.

En todo caso, lo que interesa subrayar como novedad esencial en este tema es que el art. 44 no sólo introduce una referencia inequívoca al necesario mantenimiento de la seguridad social complementaria en los supuestos sucesorios

proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en la letra a)."

sino que, además, ha escogido una concepción especialmente amplia al respecto, amplitud predicable incluso en relación a lo requerido por la normativa comunitaria al respecto.

3. LA NECESARIA TRANSMISIÓN CON "ENTIDAD ECONÓMICA" EN EL CAMBIO DE TITULARIDAD

Otro de los aspectos más importantes que incorpora la nueva redacción del art. 44 es el mismo concepto de cuándo existe el mismo supuesto de hecho que garantiza la aplicación del asunto. No es suficiente consiguientemente un cambio de titularidad, sino que, además, ésta ha de revestir unas características "materiales" determinadas.

Sin que podamos ahora introducirnos en toda la complejidad del tema, es bien conocido el proceso de evolución de la problemática a nivel comunitario en el dilema "entidad económica" versus mera "actividad empresarial", con una tendencia inicial jurisprudencial europea que desembocaría en la posibilidad de que el traspaso de la "mera actividad" supusiera la aplicación de la normativa comunitaria sobre traspasos. La reforma de dicha Directiva en 1998 vendría precisamente a rectificar dicha situación, de forma que se (re)instauraría un concepto más "material", exigiéndose para la aplicación de la directiva una transmisión de una "entidad" económicamente evaluable, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio", que es la redacción ahora acogida por el art. 44, que con anterioridad no abordaba expresamente este tema.

De hecho, estamos ante una manifestación, si se quiere en una vertiente dinámica —"actividad económica"— de lo indicado ya en el nuevo art. 44.1, de que ha de tratarse de un cambio de titularidad de "empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma" —lo que ya implica un sustrato material determinado—.

Como es sabido, nuestro Tribunal Supremo, en general, ha mantenido una posición favorable a lo que después ha resultado la posición más definitiva de la normativa y de la jurisprudencia europea, siendo dicha posición especialmente trascendente en materia de contratos del art. 42 TRET. Objeto de una viva controversia sería si dicha posición ha estado durante un tiempo en una cierta falta de sintonía con la posición anterior del Tribunal Europeo, lo que llevaría incluso al planteamiento de cuestiones de prejudicialidad ante el Tribunal Europeo, recibiendo las mismas una respuesta acorde con la reforma de la Directiva de 1998.

Desde este punto de vista, la nueva redacción del art. 44 en este aspecto viene a confirmar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a encauzar definitivamente en este sentido posibles posiciones de Tribunales Superiores de Justicia que aún no han recibido plenamente la nueva regulación sobre los requisitos que han de darse para que podamos efectivamente hablar de traspaso en el sentido comunitario y, ahora, estatutario.

4. FUENTES REGULATORIAS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES: EN ESPECIAL, DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

El apartado 4º del art. 44 aborda otro de los temas en los que ha existido un vacío notable por su importancia, como es la determinación del convenio colectivo de aplicación en los casos de sucesión.

En un sistema de negociación colectiva como el español, en el que la inmensa mayoría de la población asalariada está cubierta por la fuente normativa colectiva, la ausencia de una determinación de la evolución que debe experimentar dicha fuente respecto a los trabajadores que están afectados por uno de los supuestos contemplados en el art. 44, era una omisión que, como ocurría en la práctica, era una ocasión continua de litigiosidad y conflicto.

Por tanto, hay que considerar como enormemente positivo que, sin que podamos decir que se hayan solucionado todos los problemas al respecto, si al menos tengamos unas mínimas líneas claras para abordar la solución del destino de las condiciones de trabajo reguladas en los convenios en los supuestos de sucesión de empresas.

La nueva normativa estatutaria al respecto reproduce la contenida en la directiva comunitaria: "Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el *convenio colectivo* que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la *fecha de expiración del convenio colectivo* de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo *nuevo* que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".

Lo primero que hay que señalar es que la referencia que se realiza a las que el art. 3 TRET denomina como "fuentes de la relación laboral" es única, en el sentido de predicarse una continuidad condicionada exclusivamente respecto a la fuente colectiva.

Se entiende, consiguientemente, que por lo que se refiere a las condiciones derivadas de la voluntad individual —en contrato o por decisión unilateral del empresario que después se integra en ese ámbito contractual como condición más beneficiosa—, la mera sucesión no va a representar posibilidad alguna de alteración, determinándose su continuidad. Aquí, por tanto, habrá que aplicar las previsiones establecidas en el art. 41 TRET. Por supuesto, tal continuidad también hay que predicarla de los derechos derivados de la norma estatal, los cuales son en sí mismo independientes de eventos sucesorios entre empresas.

Por consiguiente, es en el ámbito de la autonomía colectiva en donde se predica lo que podemos denominar como una "continuidad transitoria", y en donde se plantean los mayores problemas para determinar la continuidad de los derechos y obligaciones derivados de la misma.

El nuevo art. 44. 4 plantea ya inicialmente un problema que es común a otros textos del propio Estatuto de los Trabajadores —ya desde el propio art. 3.1 sobre las fuentes del derecho en la relación laboral— y que aquí no podemos abordar: el significado de la expresión “convenio colectivo”.

Por tanto, si bien es claro que están incluidos los acuerdos y convenios a los que se refiere el Título III del TRET, las dudas comienzan cuando nos enfrentamos a expresiones de la autonomía colectiva tales como las de convenios colectivos extraestatutarios en sentido estricto o los acuerdos, a los que también hay que calificar de estatutarios, del Título I —tales como los contemplados en los arts. 40, 41 y 51 TRET—.

En todo caso, y sin introducimos a fondo en esta compleja controversia, sólo nos cabe concluir que la lógica del art. 44.4 viene determinada por una continuidad temporal de aquellas expresiones colectivas que están dotadas de eficacia normativa, en tanto que, al igual que ocurre con los convenios colectivos del T. III estatutario, sus preceptos no “penetran” en los contratos en cuanto tales, sino que los regulan “desde el exterior”, de forma que su continuidad está condicionada a su estricta duración temporal —con excepciones conocidas y transitorias tales como la “ultraactividad” contemplada en el art. 86.3 TRET—.

Por tanto, si se llegara a la conclusión de que determinados acuerdos colectivos, especialmente los firmados a nivel de empresa por los órganos unitarios o por representaciones sindicales representativas, tienen eficacia normativa, entonces su régimen debería acomodarse en caso de sucesión a lo dispuesto por el art. 44.4 TRET.

Una segunda cuestión importante en el precepto que ahora contemplamos es su ámbito subjetivo. Al respecto, lo que el precepto está estableciendo se refiere a los “trabajadores afectados por la sucesión”. Lo más importante que podemos afirmar al respecto es que, en principio, los trabajadores sean de la empresa cedente sean, sobre todo, de la empresa cesionaria, cuyos contratos no experimenten subrogación alguna, no están afectados por estas reglas.

Claro es que podríamos entender esta afectación en un sentido más amplio, incluyendo no ya la mera afectación en cuanto subrogación, sino también, cuando a raíz de la sucesión, se haya podido dar una alteración o afectación de las condiciones de empleo o de trabajo de trabajadores cuyos contratos no han experimentado cambio subjetivo alguno. Ello podría ser el caso de trabajadores del cesionario que, después de la sucesión, se vieran afectados por cambios en sus condiciones de trabajo o empleo.

En principio, nos inclinamos por considerar que el legislador está concentrándose en la primera de las alternativas, de forma que los convenios colectivos de los trabajadores cuyos contratos no han experimentado subrogación alguna no se verían alterado de por sí por el dato sucesorio en lo referente a su vigencia.

Una tercera cuestión a plantear es que el convenio colectivo cuya continuidad se predica es aquel que fuera de aplicación en la empresa al momento

de producirse la transmisión. No se distingue por el nivel geográfico —empresarial o sectorial—.

Más discutible puede resultar que el nivel de continuidad convencional se desarrolle si la transmisión se produce una vez terminada la vigencia del convenio e iniciado el régimen de ultractividad.

En términos generales, y teniendo en cuenta la situación de provisionalidad que el Tribunal Supremo le reconoce a los convenios colectivos en este estadio, nos inclinamos por considerar que tal continuidad no puede predicarse respecto a los convenios colectivos en tal situación de ultractividad, de forma que hay que considerar que respecto a los trabajadores afectados por la transmisión dicho convenio no sería aplicable más allá del momento mismo en que se opere esa transmisión.

Por consiguiente, especialmente en aquellos casos de sucesión en los que los trabajadores “salen” de la unidad de negociación en cuanto tal, estamos ante un supuesto de aplicación del convenio más allá de lo que sus ámbitos personal-funcional permitiría. Si una unidad productiva autónoma se traspassa a otra empresa que tiene un convenio de aplicación diferente, la pervivencia del convenio de la empresa de origen de dicha unidad se debe a la prescripción legal que analizamos, y no a la lógica aplicativa de la normativa convencional en sí.

Por tanto, se trata de un régimen al que también podíamos calificar de “ultractividad”, pero diferente al contemplado en el art. 86 TRET, en el que el ámbito expandido es el temporal, y no el personal-funcional como es el del art. 44.4, pero como tal, hay que considerarlo igualmente como excepcional.

Tal excepcionalidad viene confirmada en el párrafo posterior del propio art. 44.4 cuando establece el fin de ese régimen transitorio, que puede venir dado por dos hechos.

Uno de ellos, es que finalice la vigencia del convenio colectivo cuyo ámbito personal-funcional se ha ampliado. Se entiende que se refiere al término de la vigencia regular del convenio. Por tanto, debemos reiterar que no creemos que deba aplicarse la continuidad del convenio colectivo del cedente a los trabajadores afectados cuando la transmisión se produzca estando el convenio colectivo en situación de ultractividad. Sí, sin embargo, cuando estamos ante situación de prórroga anual del convenio colectivo por falta de denuncia o por que así lo han decidido las partes. Tanto el término de la extensión como de la adhesión —art. 91 TRET— deben equipararse a estos efectos al término de la vigencia ordinaria del convenio colectivo o de alguna de sus prórrogas.

El otro hecho que puede ocasionar la terminación de la aplicación del convenio colectivo proveniente de la empresa cedente es que, con anterioridad a ese término de la vigencia regular —o de una de sus prórrogas—, se produzca “la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”.

Por convenio colectivo "nuevo" se entiende que debe comprenderse no sólo el convenio colectivo *ex novo* en sentido estricto —que nace en una unidad potencial de negociación con anterioridad carente de regulación convencional—, sino también la renovación periódica de un convenio colectivo una vez alcanzado el fin de su vigencia.

De la misma forma, el "nuevo" convenio colectivo entendido en estos términos debe comprender no sólo el de nivel empresarial —o inferior, si éste es el caso—, sino también el supraempresarial. De la misma forma, debemos ahora añadir, que el convenio colectivo de la empresa cedente a sustituir puede ser tanto el empresarial —o inferior— como el supraempresarial.

Estamos, pues, ante una situación en la que no se produce una concurrencia de convenios que llame a aplicar la normativa del art. 84 TRET.

Por el mismo motivo, tampoco estamos ante una situación de conflicto que requiera la aplicación de la norma más favorable tal como se contempla en el art. 3.3 TRET.

En principio, todo lo anterior significa que, llegado el fin del convenio colectivo de la empresa cedente, entonces sus condiciones de trabajo dejan de ser de aplicación a los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, para pasar a ser de aplicación a los mismos las condiciones de trabajo previstas en el nuevo convenio colectivo de aplicación.

Técnicamente, dicha sustitución se hace posible por el hecho de que, según ya asentada doctrina del Tribunal Supremo, los convenios colectivos estatutarios no generan condiciones más beneficiosas de carácter normativo. Por tanto, se produce un mero proceso de sustitución típico de sucesión normativa.

Por supuesto, que el problema fundamental que lo anterior plantea se refiere a situaciones en las que la regulación entre los convenios colectivos en liza sean diferentes con mayor o menor favorabilidad.

Durante la vigencia del convenio colectivo de la empresa cedente una vez operada la transmisión, la menor favorabilidad del convenio colectivo de la empresa cedente respecto al que resulte de aplicación a la empresa cesionaria no implica su sustitución automática de aquél ni, por supuesto, la aplicación parcial —técnica del "espigueo"— de éste.

Para una vez terminado el convenio colectivo de la empresa cedente, la mayor o, sobre todo, menor, favorabilidad del convenio colectivo de la empresa de la empresa cesionaria no debe ser óbice a su entrada en vigor respecto a los contratos de trabajo de los trabajadores afectados.

No obstante, téngase en cuenta que, aunque en estricta legalidad tal sustitución puede implicar una disminución en las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, nuestra doctrina jurisprudencial se muestra reticente a aplicar tal sustitución hasta sus últimas consecuencias, de forma que considera oportuno mantener el nivel de la remuneración en cuanto, hay que entender una vez terminado el convenio de la empresa cedente,

condiciones integradas en los contratos como más beneficiosas –y no, por supuesto, normativas–².

Claro es que todo lo anterior es “salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores”. Ello quiere decir consiguientemente que la “continuidad transitoria” del convenio colectivo de la empresa cedente respecto a los trabajadores afectados puede no desarrollarse.

Para ello, el art. 44.4 exige tres condiciones. Una, que se trate de un acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. De nuevo nos encontramos ante una figura diferente a la del convenio colectivo en sentido estricto pero a la que no hay más remedio que reconocer eficacia normativa, en tanto que en dicho acuerdo se pueden contemplar precisamente cuales van a ser las condiciones laborales a aplicar a los trabajadores transmitidos. De nuevo también surge toda la problemática respecto a los acuerdos de los arts. 40, 41 e incluso 47 y 51 en orden a su tramitación, validez y publicidad. La otra condición es que dicho acuerdo se realice entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores. La cuestión que puede surgir es si se trata de los representantes a su vez de la empresa cedente o cesionaria, cuestión que hay que resolverla a favor de esta última opción en tanto que la tercera condición es que dicho acuerdo se celebre “una vez consumada la sucesión”, con lo cual es evidente que sólo tendría sentido un acuerdo de acomodación o unificación con los representantes de la unidad comercial de destino de los trabajadores transmitidos, que se da en el ámbito de la empresa cesionaria.

5. INFORMACIÓN, CONSULTA, NEGOCIACIÓN

5.1. El derecho de información

El art. 44 en su nueva redacción acomete el tema que, junto a la cuestión del convenio colectivo aplicable, probablemente representaba el vacío esencial de nuestra normativa en relación a la comunitaria, a saber, la información a dar a los representantes de los trabajadores en todo lo referente y relacionado con la sucesión y sus efectos laborales.

En efecto, es necesario tener en cuenta que el art. 64.4 g) TRET sólo cubría parcialmente esta cuestión, en tanto que establece un derecho de los representantes unitarios de los trabajadores a emitir un informe, que a su vez implica un previo deber de información por parte del empresario, cuando la subrogación contemplada en el art. 44 tenga “cualquier incidencia en el volu-

² Vid, por ejemplo y recientemente, la ya citada sentencia de la Audiencia Nacional, con citas jurisprudenciales, de 9 de enero de 2001.

men de empleo", términos ciertamente amplios, pero que no estaba contemplando en sí el momento de la subrogación, sino una consecuencia (anterior o posterior, pero en todo caso no necesaria) de esa decisión de sucesión.

Este precepto por sí mismo, era y es claro, no establecía una obligación de información, ni previa ni posterior, en relación a aquellos supuestos de sucesión en los que no existía afectación al "volumen de empleo", a no ser que se le diera una interpretación muy extensiva —ciertamente discutible— hasta alcanzar que entendiera por "incidencia en el empleo" no solo fenómenos extintivos o de nueva contratación y quisiera aplicarse al mero resultado de agregaciones de plantillas como los resultantes en los supuestos de fusiones.

Tampoco el art. 238 de la LSA (RDL 1564/89) puede considerarse como una normativa que recoja las previsiones comunitarias por diversos motivos, entre ellos, el que el derecho de información previsto sólo se actualiza en los supuestos de fusiones y escisiones de sociedades (anónimas y de responsabilidad limitada), el que el contenido material de la información es limitado, especialmente en extremos estrictamente laborales, y el que, además, sólo se centra en la puesta a disposición de una determinada información, sin llegar a un estadio posterior de informe o consulta.

La nueva normativa recoge la directiva implantando dos procesos respecto a los representantes de los trabajadores. Un proceso de información, que en todo caso ha de darse, y un proceso de consulta —en realidad, como veremos, negociación— que ha de realizarse cuando se quieran adoptar medidas en el ámbito laboral.

Antes de hacer referencia a los mismos, repárese que la delimitación de la parte laboral titular de este derecho se realiza a los "representantes legales de los trabajadores". La Directiva nos dice al respecto cuando utiliza el término "representantes de los trabajadores" y expresiones similares e ha de entender "los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros". Estamos aquí ante las mismas expresiones utilizadas por los arts. 40, 41 y 51 TRET, por lo que debemos darle un mismo alcance. Téngase en cuenta, además, que el art. 44.7 prevé que, en ausencia de tales representantes, la información aquí prevista ha de darse directamente a los trabajadores que pudieran ser afectados por la sucesión.

Respecto a la información, las previsiones son que se realicen respecto a la representación de los trabajadores tanto por la empresa cedente como por la empresa cesionaria, aunque en este último caso la redacción no es clara.

Respecto al cedente, la norma le impone un deber de información con anterioridad a la sucesión, y, además, con una antelación "suficiente". El problema con esta adjetivización de la antelación es que no se cualifica, en el párrafo concreto en el que se incluye, respecto a qué parámetro tenemos que medir esa suficiencia. Ciertamente, si de lo que se trata es de que estén informados, sin más, es claro que prácticamente cualquier actuación que sea anterior a la sucesión en sí ha de ser considerada como "suficiente".

La información que hay que dar nos puede arrojar cierta luz: la fecha del traspaso y sus motivos las consecuencias legales, económicas y sociales de la sucesión y las medidas que se prevén adoptar respecto a los trabajadores.

En base a ello, un parámetro que nos puede servir para determinar esa suficiencia es precisamente el que los representantes puedan informar mínimamente a sus representados. Por supuesto, no es necesario que dicha información deba realizarse a través del instrumento de la asamblea, dado que ello tiene un trámite expreso en el art. 77 y ss TRET que sí exige condicionamientos y plazos de preaviso determinados.

En todo caso, la suficiencia de la antelación habrá que medirla en base a las circunstancias de cada supuesto. Repárese que esta obligación de información sí va a ser encuadrada con posterioridad de una forma más estricta temporalmente con el deber de consulta-negociación que la propia norma prevé.

Respecto al cesionario, la determinación temporal se hace de una forma innecesariamente confusa, la cual, sea dicho en descargo de nuestro legislador, ya se contiene en la normativa comunitaria. En efecto, se establece de nuevo una obligación de informar con la "suficiente antelación". El problema es que aquí no se establece con claridad el hecho que cualifica temporalmente dicha antelación, a diferencia del supuesto del cedente en el que dicho hecho es la sucesión en sí. De esta forma, podría caber la duda de si se refiere al hecho en sí del traspaso o al hecho contemplado a renglón seguido, que es "antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo" por la sucesión.

No obstante, decir que la información ha de darse con la suficiente antelación a la afectación de condiciones de trabajo para después indicar que, en todo caso, tal información ha de darse "antes" de que se produzca tal afectación es una repetición innecesaria. Parece que debemos inclinarnos por considerar que, de nuevo, la suficiente antelación de la información se refiere de nuevo al hecho de que se produzca antes la sucesión en sí.

Por supuesto, sí con anterioridad a la sucesión pero con ocasión de la misma se va a dar tal afectación de condiciones de trabajo, entonces la anterioridad ha de darse no sólo respecto a la sucesión en sí, sino tomando como punto de referencia el hecho anterior de tal afectación.

Hay una situación en la que la suficiente antelación sí está predeterminada, que es en los supuestos de sociedades en las que tal información ha de estar a disposición de los representantes de los trabajadores al tiempo de publicarse la convocatoria de la junta de accionistas que han de aprobar la sucesión.

El término "directamente", que sí aparece en la directiva, no aparece en la nuevo art. 44, lo que, en todo caso ha de interpretarse como dando amplitud a la necesidad de Información al incluir medidas que de una u otra forma incidan en el empleo y en el trabajo de la plantilla del cesionario.

En todo caso, téngase en cuenta que, con posterioridad se establece un periodo de consulta en caso de afectación de los trabajadores en su condiciones de empleo y trabajo, consulta que, evidentemente, también implica un nivel de información respecto al traspaso.

5.2. El derecho de consulta-negociación

El derecho de información que acabamos de analizar se establece por el art. 44 en relación a todo tipo de sucesión, con independencia de la existencia o no de consecuencias laborales a raíz de la misma, sea respecto a los trabajadores de la empresa cedente sea respecto a los de la empresa cesionaria.

Para el supuesto en el que tal sucesión va a tener consecuencias en el plano laboral, el nivel de participación de los trabajadores experimenta un incremento cualitativo. En principio se habla de "consulta", pero, en realidad, como veremos, y al igual que ocurre ya con la generosidad con la que se utiliza tal término en artículos como el 40, 41 y 51 TRET, se trata de auténtica negociación.

En efecto, el art. 44.9 nos indica que "el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores."

Por tanto, se trata de un periodo de consultas predicable para las empresas implicadas en el proceso sucesorio —cedente y cesionaria—. Al mismo tiempo, dicho periodo de consulta ha de realizarse en todos los supuestos en los que, por una u otra, piensen adoptarse "medidas laborales en relación con sus trabajadores". Repárese, y ello es fundamental, que no se está calificando tales medidas como sustanciales, por lo que, en principio, se trata de un periodo de consultas genérico sea cual sea el nivel de intensidad con el que se quiera afectar a relaciones laborales de los trabajadores afectados.

Tales consultas han de desarrollarse, de nuevo, "con la suficiente antelación", añadiéndose, por si no fuera lo bastante clara esta expresión, que se refiere a que ha de darse "antes de que las medidas se lleven a efecto". Repárese, por tanto, en que, si bien las empresas han podido adoptar las medidas laborales, internamente, sin contar con los representantes de los trabajadores, su ejecución va a venir condicionada por el hecho de que han de ser consultadas antes de ello con tales representantes.

Esta antelación va a venir además determinada por el hecho de que, como avanzábamos, más que de consulta, estamos ante una negociación, en tanto que el propio precepto dispone que "durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo". Por tanto, en tanto que estamos ante una obligación de negociar en buena fe, la

finalidad es posibilitar la consecución de un acuerdo, lo que sin duda implica otorgar un determinado plazo para posibilitar la negociación y dicho acuerdo.

No obstante, repárese que, a diferencia de los periodos de consulta-negociación contemplados en el T. I del TRET, aquí no existe ni una concreta determinación temporal ni, por ende, procedimental.

Y es que debemos ya establecer con claridad que el procedimiento al que se refiere este apartado del art. 44 es genérico y aplicable, repetimos, sea cual sea el nivel de accidentalidad o sustancialidad de la medida laboral a adoptar.

Por tanto, y en consecuencia, cuando lo que se pretenda es la adopción de medidas modificativas, suspensivas o extintivas que en los ámbitos de los arts. 40, 41, 47 y 51 tienen ya predeterminado su procedimiento, será este el que deba seguirse, tanto por el empresario cedente como por el cesionario.

A ello se refiere, aunque injustificadamente de forma parcial —no se mencionan ni el art. 47 ni el art. 51— el propio art. 44.9 al terminar indicando que “cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley”.

Por tanto, tenemos un deber de información que ha de efectuarse con anterioridad al hecho sucesorio tanto por la empresa cedente como por la empresa cesionaria, y un deber de consulta-negociación, a añadir a ese deber de información, que ambas empresas han de realizar en relación a sus respectivos trabajadores afectados por medidas laborales, sean éstas del alcance que sean. En los supuestos modificativos, suspensivos o extintivos encuadrables en los arts. 40, 41, 47 y 51 TRET, entonces tal procedimiento de consulta-negociación ha de efectuarse en los términos y con las consecuencias previstas en ese precepto.

Téngase en cuenta, como dato a reseñar, que, en los supuestos modificativos de condiciones de trabajo con ocasión de una sucesión que no se vean regulados por los arts. 40 y 41 TRET, normalmente por su carácter accidental, los trabajadores no tendrán el derecho de pedir la extinción de sus contratos de trabajo tal como se prevé en los casos de alteraciones sustanciales por esos preceptos.

5.3. Dos últimas cuestiones: mantenimiento del mandato representativo y actuación de las empresas

De las dos últimas cuestiones que queremos abordar en este breve análisis, una de ellas se refiere a las consecuencias de la sucesión respecto a los mandatos de los representantes de los trabajadores afectados por la misma.

En efecto, nos indica el art. 44.5 que “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el manda-

to de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”.

Esta declaración de continuidad se refiere esencialmente a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados por la sucesión, en tanto que respecto a los no afectados, la normativa electoral ya prevé sus posibles consecuencias —básicamente la no afectación por disminución del censo inicial electoral—.

Por tanto, lo que se nos indica es que si el traspaso del ente organizativo-jurídico se produce, y que se centra en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, entonces no se produce ni la extinción ni, por ende, la afectación del normal transcurso del mandato electoral e los representantes de los trabajadores, sea en su conjunto, sea en el número que puedan acompañar a la sucesión de dicho ente.

Téngase en cuenta que, si bien la empresa o el centro de trabajo son unidades electorales “naturales”, no ocurre lo mismo con la unidad productiva autónoma a la que expresamente se refiere este apartado, lo cual nos sitúa de una forma más clara ante el supuesto que, en ausencia de esta norma sería más dudoso, de una transmisión en la que sólo un determinado número de electores pero, sobre todo, de elegidos, acompañaran a esa unidad productiva autónoma. La dicción del precepto es clara, por lo que la escisión que se produzca a nivel de unidad electoral y de órganos de representación por la transmisión de una unidad productiva autónoma que con anterioridad formara parte integral en un centro de trabajo —o empresa unicentro de trabajo— con un órgano de representación conjunto, no es obstáculo para que los representantes afectados continúen con su mandato.

Aunque en los supuestos de empresa y centro de trabajo es evidente que la continuidad de la unidad electoral ha de determinar la continuidad de los representantes y de su mandato representativo, la continuidad en los supuestos de unidades productivas autónomas no es una consecuencia tan automática, por lo que la opción del legislador es “constitutiva” de la misma.

En todo caso, la condición que establece el art. 44.5 para que se dé esta continuidad es que tales unidades de empresa, centro de trabajo o unidad productiva “conserven su autonomía”, lo cual puede originar la duda de si se refiere a una autonomía de origen —lo cual es indudable por definición— o de una autonomía de destino, en el sentido de que no se dé una integración con trabajadores provenientes de otra unidad electoral —o, más simplemente, sin representación—. En estos últimos supuestos, es claro que el respeto a lo dispuesto en el art. 44.5 implica que la sucesión en sí no implica la automática extinción de los representantes de los trabajadores transmitidos pero que ello no obsta a que se desencadene un nuevo proceso electoral para adecuar la representación a la nueva unidad electoral resultante de la sucesión, pudiendo entrar en funcionamiento el mecanismo previsto en el art. 13 del RD

1844/1994 (Reglamento de Elecciones a Organos de Representación en la Empresa).

El art. 44, culmina su regulación en el apartado 10 con una indicación, frecuente en la normativa comunitaria, sobre la intrascendencia del dato de que la información solicitada no la posea la empresa que deba de darla en base a que reside en otra empresa que controla a aquella.

Concretamente indica que "las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos". Se trata de una declaración a la que podemos calificar como un tanto innecesaria, en tanto que es evidente que la transmisión de empresas controladas no dejan de ser tales y, por tanto, obligadas a cumplir la normativa al respecto.

Más sentido tiene lo indicado en el último párrafo del art. 4.10 cuando establece que "cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto", ya que aquí lo que se está indicando es que el cumplimiento de las obligaciones de información y negociación no pueden ser limitados o incumplimientos por el hecho de que no se ostente la información requerida o, más importante aún, que el centro e adopción de decisiones de cara a la negociación prevista en ese precepto no esté en la empresa transmitida. Es una práctica tradicionalmente considerada como contraria a la buena fe comercial alegar la imposibilidad de negociación precisamente por la necesidad de condicionar o reducir la misma por encontrarse el poder de decisión al respecto fuera del ámbito de los estrictos negociadores.

La consecuencia de lo anterior puede ser, a efectos sancionadores, o bien considerar a la empresa cedente o cesionaria en cuestión como incumplidoras o, en supuestos en los que se pueda determinar que estamos ante un empresario aparente, acudir al empresario real según la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al art. 1.2 TRET.

ANOTACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECIENTE

AAVV, *La Transmisión de Empresas en Europa*, Bari: Cacucci Ed., 1999

L.M. Camps Ruiz, *Puntos Críticos del Cambio de Titularidad de la Empresa*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.

C. Martínez Moreno, "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación", *Relaciones Laborales*, nº 11 (1999), pgs. 12 ss.

L. Mella Méndez, *Sucesión de Empresa y Convenio Colectivo Aplicable*, Granada: Comares, 2000.

R. Pradas Montilla, "Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores", *Documentación Laboral* nº 65 (2001), pgs. 5 ss.

R. Serrano Olivares, "La noción de 'empresa' a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *Relaciones Laborales*, n. 22 (1997), pgs. 22 ss.

F. Valdés Dal-Re, *La Transmisión de Empresa y las Relaciones Laborales*, Madrid: MTSS, 2001.