
Efectos laborales de las reestructuraciones empresariales:
fusiones o escisiones empresariales

Juana María SERRANO GARCÍA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad social
Universidad de Castilla-La Mancha

**CAPÍTULO DEL LIBRO: LA LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS
EN CRISIS: ASPECTOS LABORALES, FISCALES Y
MERCANTILES**, Bosch, 2014, p.195-223

1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA INSTITUCIÓN SUCESORIA FUNDAMENTADA SOBRE EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.- 3. REGULACIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL DE LA FIGURA SUCESORIA.- 4. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA: 4.1. Elemento subjetivo: cambio de titularidad de la empresa; 4.2. Elemento objetivo: una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. La exclusión de la sucesión de contratas.- 5. EFECTOS LABORALES DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES: 5.1. Sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores; 5.2. Sobre los derechos colectivos de los trabajadores afectados.- 6. PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO SUCESORIO: 6.1. La sucesión empresarial no altera el *status quo*: derecho a la información; 6.2. La sucesión empresarial plantea alterar las condiciones laborales de la plantilla de trabajadores: obligación de consulta.- 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La creciente importancia de los procesos de reestructuración de empresas en un contexto de globalización económica, caracterizado por la internacionalización de los mercados, la transnacionalización de los procesos productivos y la expansión y progresiva autonomía de los mercados financieros, es indudable¹. Las empresas desarrollan su actividad en un marco económico, en el que su reestructuración es continuada y en el que los procesos de fusión, junto a otros de signo contrario, como son los de descentralización y segregación de las unidades productivas son una realidad constante, ordenada por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Se han incrementado las escisiones empresariales, es decir, el traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, formando cada una de ellas una unidad económica (art. 68 de la citada Ley), también las concentraciones empresariales, que tienen lugar cuando dos o más sociedades se integran en una única sociedad ya existente –fusión por absorción– o de nueva creación –fusión propiamente dicha– mediante la transmisión en bloque de sus

¹. Así lo afirma el European Industrial Relations Observatory, que puede consultarse en: <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/RESTRUCTURING>.

Se habla de que más o menos se han producido 5.400 casos de reestructuraciones en la UE-27 después de 2008, que han provocado una pérdida de alrededor de un millón ochocientos mil empleos. Las cifras se pueden consultar en:

<http://www.europolitique.info/preprod/social/alejandro-cercas-presse-la-commission-de-l-gif-rer-art342425-23.html>.

patrimonios (art. 22 de la citada Ley), ahora bien, ello no está aumentando el número de grandes empresas, sino otras formas empresariales, como son los grupos de empresa. Estos grupos nacen como fórmulas de actuación flexible en los procesos de concentración empresarial en los que, en muchos casos, nos encontramos con una empresa jurídicamente independiente pero eminentemente dependiente de otras².

Los motivos que impulsan las reestructuraciones empresariales suelen ser múltiples y obedecer a estrategias empresariales diversas. Desde un punto de vista mercantil, las fusiones, con independencia de integraciones comerciales a los efectos de concentrar cuota de mercado y posicionamiento en el mismo, tienen como principal objetivo concentrar y reducir la dimensión de la empresa a fin de incrementar su rentabilidad tanto económica como de gestión; con las escisiones se buscan otros efectos, como el de separar actividades e individualizarlas con el fin de evitar las sinergias entre las mismas, se trata de garantizar la protección patrimonial de la sociedad, reservándola de los riesgos propios de la actividad.

Pero, desde el punto de vista laboral estas decisiones empresariales suelen tener efectos negativos sobre la plantilla, las externalizaciones o escisiones empresariales buscan otros efectos en términos de flexibilidad laboral, en tanto en cuanto los trabajadores dejan de pertenecer a una empresa principal, normalmente de tamaño grande para pasar integrarse en una empresa de pequeño o mediano tamaño con la consecuente pérdida de condiciones laborales que ello implica, porque el siguiente efecto será la inaplicación de su actual convenio colectivo por otro, habitualmente, con peores condiciones, mientras que las fusiones suelen acarrear duplicidad de puestos de trabajo que justifican los despidos de una parte de la plantilla.

La Comisión Europea en el reciente Libro Verde sobre «Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?»³, advierte que «las operaciones de reestructuración forman parte de la vida cotidiana de las empresas, de los trabajadores, de los poderes públicos y de otras partes afectadas» y exige que estas reestructuraciones tengan en cuenta el empleo. En concreto, se muestra interesada por fomentar una adaptación permanente de las empresas a las circunstancias económicas, a la vez que persigue un alto nivel de empleo y de protección social a través de medidas de apoyo apropiadas.

Las reorganizaciones empresariales pueden tener efectos muy variados pero en este estudio nos centraremos en las que implican para los trabajadores un cambio de empresario, es decir, aquellas en las que entra en juego la figura jurídico-laboral de la «sucesión empresarial»⁴. Nos limitaremos a abordar los procesos empresariales de fusiones, transformaciones, escisiones, u otros, que afecten en lo sustancial a la figura del empleador, pero que no pongan en cuestión a la empresa y su continuidad⁵, porque precisamente lo que nos preocupa son los efectos que sobre

². Sobre esta figura *vid.* MENÉNDEZ CALVO, R., «Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas», AAVV, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ), Tirant lo Blanch, 2006, pp. 119 y ss.

³. COM (2012) 7 final.

⁴. No se abordará en este trabajo la otra realidad existente tras las reestructuraciones como son los despidos, sólo hay que ver la noticia de 27 de marzo de 2013: «España, el país de la UE con más despidos por reestructuraciones de empresas en 2013», publicada en <http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/espana-el-pais-de-la-ue-con-mas-despidos-por-reestructuraciones-de-empresas-en-2013/20130326172047090250.html>. La noticia señala que «Bruselas cifra en 15.486 los despidos en España por reestructuraciones entre diciembre de 2012 y febrero de 2013. Por detrás se sitúan Francia (12.618 puestos de trabajo destruidos), Alemania (12.264), Reino Unido (8.907), Italia (7.779) y Bélgica (6.810). España es el país de la UE con más despidos por reestructuraciones de grandes empresas anunciados durante los últimos meses, con expedientes de regulación de empleo como los de Iberia, Vodafone o Caja Duero-España, según el informe trimestral sobre empleo publicado este martes por la Comisión».

⁵. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., entiende que es posible separar teóricamente, desde la perspectiva jurídica, un bien o un conjunto de bienes y de relaciones, por complejo que sea, y su titular; al sujeto que dispone de los bienes aunque no sea a título de dominio y que resulta centro de imputación en el conjunto de los derechos y los deberes inherentes a su posición activa o pasiva en las relaciones obligatorias que sean precisas en el funcionamiento de la empresa: «Fusiones y Escisiones: aspectos laborales», en AAVV *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, 1994, p.118.

las relaciones laborales de carácter individual y colectivo pueden tener estas decisiones, aspecto del que no se ocupa la Ley 3/2009, que se ciñe a los aspectos puramente mercantiles, pero sí el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El sistema de garantías de las sucesiones de empresa –art. 44 ET– está bastante claro y completo pero no lo está tanto el concepto de la sucesión, que está tan acotado en la normativa comunitaria y en la legislación estatal que se han planteado muchas dudas respecto a qué actividades jurídico-mercantiles deben considerarse «sucesiones», por ello al contenido de este concepto dedicaremos una gran parte de este trabajo. Tanto la jurisprudencia comunitaria como la española es abundante al respecto, la primera ha evolucionado atendiendo a las nuevas circunstancias en que se desenvuelve el proceso productivo y, la segunda ha acogido con reticencias la doctrina jurisprudencial comunitaria, sin que ninguna de las dos haya llegado a adecuarse a las nuevas realidades del tráfico jurídico empresarial.

2. LA INSTITUCIÓN SUCESORIA FUNDAMENTADA SOBRE EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

La institución sucesoria siguió el ejemplo paradigmático de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964⁶, cuyo artículo 3.1⁷ se refirió por primera vez en nuestro derecho positivo a las «unidades patrimoniales con vida propia, susceptibles de ser inmediatamente explotadas», entendidas como un haz de derechos y obligaciones de valor constituido unitariamente de forma orgánica, que no es equivalente a la mera suma o yuxtaposición de sus componentes y es capaz de actuar no sólo como objeto, sino, en ocasiones, como sujeto de relaciones jurídicas.

Esta concepción de la institución sucesoria se mantuvo en el artículo 72⁸ de la Ley General Tributaria de 1963⁹ y, posteriormente, en la Ley General de la Seguridad Social, incorporando en su actual artículo 104.1, la forma de responsabilidad solidaria por las deudas de Seguridad Social en los casos de «sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio». Tal concepción, una vez incorporada en la normativa de Seguridad Social, sin duda ha inspirado la interpretación de las disposiciones del Derecho del Trabajo, definiéndose la sucesión de empresas de forma semejante a partir del artículo 18.2¹⁰ de la Ley de Relaciones Laborales¹¹, fuente directa del vigente artículo 44 ET.

⁶. Decreto nº 4104/1964, de 24 de diciembre 1964, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

⁷. «El arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de meras formalidades administrativas».

⁸. «1. Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, Sociedades y Entidades jurídicas serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad, sin perjuicio de lo que para la herencia aceptada a beneficio de inventario establece el Código Civil.

2. El que pretenda adquirir dicha titularidad, y previa la conformidad del titular actual, tendrá derecho a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación y actividades a que se refiere el apartado anterior. En caso de que la certificación se expidiera con contenido negativo o no se facilitara en el plazo de dos meses quedará aquél exento de la responsabilidad establecida en este artículo».

⁹. Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (vigente hasta el 1 de julio de 2004).

¹⁰. «El cambio en la titularidad de la empresa, o en un centro autónomo de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos «ínter vivos», el cedente, y, en su defecto el cesionario, están obligados a notificar dicho cambio a la representación sindical del personal de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas».

¹¹. Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

Tanto la actual regulación de la sucesión empresarial (art. 44 ET) como su antecedente, el artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, constituyen una firme apuesta por garantizar la estabilidad del empleo y, en consecuencia, el derecho al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución Española, siendo ésta su *ratio legis* según ha sido constantemente interpretado por la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 7 de julio de 1978, 27 de marzo y 19 de diciembre de 1980, 12 de mayo de 1981, 15 de marzo y 16 de junio de 1983, 18 de julio de 1986, 26 de enero, 3 y 9 de marzo, 9 de julio y 6 de octubre de 1987, 25 de febrero y 12 de julio de 1988, puesto que la empresa mercantil, como entidad que busca con aportaciones plurales, capital y trabajo o trabajo y capital, tiene, en principio, una ganancia y, salvo excepciones, una vocación de duración indefinida, sin que le afecten, al menos, decisivamente, los cambios de titularidades subjetivas, incluidas, por supuesto, la del empresario o empresarios, dado que en el Derecho del Trabajo alcanza una cuota de efectividad importante, en cuanto que ese cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, no extinguirá, por sí mismo, de acuerdo con el artículo 44.1 ET la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior.

La institución jurídico-laboral de la sucesión empresarial evita que a los trabajadores afectados por una transferencia de empresas se les aplique la teoría general de las obligaciones del Código Civil, de acuerdo con la cual ambas partes deben consentir individualmente el cambio –art. 1205 Código Civil–. Frente a esta solución del Derecho Común, en el marco de las relaciones laborales se resuelve desde una visión particular de carácter colectivo del problema, basada en la propia naturaleza del contrato de trabajo que se inserta en una organización productiva, tratando de conjugar, por un lado, el derecho al trabajo, prohibiendo el despido injustificado (art. 35 de la Constitución Española, CE) y, por otro, «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 de la Constitución Española), por el que se reconoce al titular de la empresa el derecho a disponer de su organización productiva, cediéndola en todo o en parte a otro titular.

El empresario en ejercicio de su libertad de empresa puede transformar, vender, traspasar, fusionarse o realizar cualquier otra reestructuración sobre su negocio, pero respetando siempre los puestos de trabajo de la plantilla afectada, es decir, el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores de la plantilla.

La subrogación empresarial se concibe desde la seguridad, estabilidad y permanencia del contrato de trabajo, atendiendo a las exigencias que se derivan del art. 35 CE y a los arts. 4 y 7 del Convenio de la OIT 158. Este derecho a la estabilidad y a la permanencia en el trabajo significa que difícilmente puede reconocerse un derecho a nivel jurídico con unos perfiles o adjetivos de precariedad e inseguridad, y de aquí que en la posible contraposición entre el art. 35 CE (derecho al trabajo y a la estabilidad) y el art.38 CE (derecho a la libertad de empresa) deba primar aquél¹², en orden a considerar que todo mecanismo de mercado debe respetar el derecho al trabajo, por cuanto que las relaciones laborales se constituyen entre personas, que son los sujetos del contrato de trabajo, con independencia del carácter jurídico que pueda tener en muchos casos el empleador¹³.

3. REGULACIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL DE LA FIGURA SUCESORIA

¹². Sobre este derecho se ha pronunciado el TJUE de 19 de febrero de 2013, C-426/11, Asunto *Alemo Herron y otros*, para decir: «El carácter no absoluto del derecho contribuye a que su aplicación se realice muy comúnmente en contraposición a otros derechos fundamentales, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que hasta la fecha ha ponderado la libertad de empresa con otros derechos fundamentales como la protección de la intimidad –sentencias del TJUE de 29 de marzo de 2012, C-1/11, Asunto *Interseroh Scrap and Metals Trading*, de 24 de noviembre de 2011, C-70/10, Asunto *Scarlet Extended* y de 16 de febrero de 2012, C-360/10, Asunto *SABAM*.

¹³. De esta forma tan acertada se pronuncia un magistrado de la Sala de los Social del País Vasco (F. EGUARAS MENDIRI) en su Voto Particular a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2012 (Rec. 3087/2011).

El legislador comunitario se ocupó de las garantías de los trabajadores afectados por una sucesión empresarial en sus primeras Directivas sociales, en concreto, en la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, modificada, posteriormente, por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 y finalmente, por la Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo 2001.

La Directiva es de aplicación en las transmisiones de empresas, centros de actividad o de una parte de éstos que sean resultado de una cesión contractual o de una fusión. Quedan fuera de las exigencias del art. 3 y 4 de esta Directiva, salvo que decidan lo contrario los Estados miembros, las transmisiones de empresas que se produzcan en el marco de un procedimiento de quiebra o de insolvencia empresarial (art. 5 Directiva).

Las normas comunitarias reconocen una serie de garantías a los trabajadores afectados por una sucesión empresarial, garantizándoles el mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo hasta que se produzca la expiración del convenio (art. 3 Directiva), impidiendo el despido por esa razón (art. 4 Directiva) o reconociéndoles derecho de información previo a la transferencia de la empresa (art. 7), entre otras garantías.

Estas garantías mínimas se mejoran en el ordenamiento español a través del artículo 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Nuestra regulación actual cumple la normativa comunitaria reconociendo que en una sucesión de empresa, ya sea, por escisión, externalización de un servicio, fusión, descentralización, etc., si la actividad empresarial continúa, tanto el cedente como el cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, incluso de las obligaciones posteriores, si la cesión fuese declarada delito (art. 44.3 ET), seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que les sea aplicable hasta que éste expire (art. 44.4 ET), estará injustificado su despido por esas razones, sin perjuicio de que pueda estarlo por otras causas (art.44.5 ET), deberán ser informados ellos o sus representantes con antelación de la transmisión (art.44.6. ET) y deberán ser consultados si se prevén cambios en las condiciones laborales (art.44.9 ET), las citadas garantías legales que acompañan a la institución sucesoria y de las que nos ocuparemos, a posteriori, no generan tantas cuestiones, como el propio concepto sucesión de empresa.

Desde el año 2001 el precepto no ha sido modificado en más ocasiones pese a su complejidad, esta ha sido una de las pocas instituciones del Derecho del Trabajo que se ha mantenido inalterada tras las últimas reformas laborales, algunas de amplio calado como la que ha llevado a cabo la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sin embargo, la razón del mantenimiento de este precepto, reformado por última vez en el año 2001, no ha sido precisamente su claridad, ya que su complejidad ha dado lugar a una importante litigiosidad.

Precisamente, la conflictividad del concepto, justifica que nos dediquemos, en primer lugar, a su determinación y al importante debate que ha surgido en torno a las empresas de servicios y a las «sucesiones de plantilla» y a la necesidad de encuadrar ambas en el marco del art. 44 ET. Este aspecto de la sucesión ha sido uno de los motivos por los que muchos autores hablan de la necesaria reforma de este precepto y de la necesidad de dejar bien resuelta la sucesión de «empresas de servicios»¹⁴. En segundo lugar, se abordarán en este estudio las garantías de los trabajadores afectados por la sucesión y de algunos conflictos surgidos en torno a algunas de ellas.

¹⁴. MENÉNDEZ CALVO, R., «Descentralización productiva y subcontratación», *op. cit.*, p. 269; de forma más amplia se ocupa de este tema: W. SANGUINETI RAYMOND, «Las cláusulas de subrogación convencionales frente a los vaivenes jurisprudenciales», AAVV, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), Tirant lo Blanch, 2006, pp. 99 y ss.

4. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

La sucesión empresarial requiere un «cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma» que «mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (art. 44 ET). Deben concurrir dos elementos: 1) un cambio en la titularidad de la empresa, a través de cualquier negocio jurídico traslativo: compraventa, arrendamiento de industria, traspaso, donación, fusión, absorción, etc.¹⁵; 2) el objeto de la transmisión –empresa–, es decir, una estructura organizada de medios materiales y personales destinada a producir bienes y servicios (art.44 ET).

Pero la ley ofrece una visión estática y clásica del concepto de «empresa»¹⁶ que ha generado una importante litigiosidad.

4.1. Elemento subjetivo: cambio de titularidad de la empresa

El cambio de titularidad en la empresa puede darse a través de una transmisión directa o indirecta de la actividad empresarial. La inexistencia de un vínculo contractual directo entre el cedente y el cesionario no reviste una importancia a este respecto¹⁷ (Sentencia TJUE de 24 enero 2002, C-51/2000, Asunto Temco Service Industries S.A, la doctrina del Tribunal Supremo, se manifiesta en el mismo sentido, STS de 27 febrero 2012, Rec. 202/2010).

Se han considerado cesiones contractuales en el sentido del artículo 1.1.a de la Directiva 2001/23/CE: la transmisión de una actividad, que antes desempeñaba una entidad privada a través de subvenciones concedidas por la propia Administración (TJCE de 19 de mayo de 1992, C-29/91, Asunto Redmond Stichting¹⁸), la asunción *de facto* por la Administración de la actividad antes desarrollada por una entidad sin ánimo de lucro (TJCE de 26 septiembre 2000, C-175/99, Asunto Mayeur), la recuperación por el propietario de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento (TJCE de 17 de diciembre de 1987, C 287/86, Asunto Ny Molle Kro), la rescisión del contrato de arrendamiento de un establecimiento por su propietario para la

¹⁵. En torno a los negocios jurídicos que originan el cambio de titularidad de la empresa: VALDÉS DAL-RÉ, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 50 y ss.

¹⁶. Al respecto ya señalaron M. RODRÍGUEZ PIÑERO, F. VALDÉS DAL RÉ y M.E. CASAS BAAMONDE que el art. 44 ET había sido diseñado desde una visión estática y neutralizadora del cambio de titular de la empresa, lo que ha planteado numerosos problemas no contemplados en la regulación legal y no suficientemente clarificados por la jurisprudencia, todo ello en: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *Relaciones Laborales* nº 17, 2001.

¹⁷. La circunstancia de que la empresa cedente no sea la que ha celebrado el primer contrato con el arrendatario de servicios, sino solamente la subcontratista de la adjudicataria carece de incidencia sobre el propio concepto de transmisión contractual, puesto que basta que dicha transmisión se inscriba en el marco de relaciones contractuales, incluso indirectas. En el litigio principal, la relación de GMC con Volkswagen es de naturaleza contractual, en el sentido de la Directiva, en la medida en que Volkswagen confió a BMW la contrata controvertida, mediante contrato de empresa, y que BMW, a su vez, confió a GMC la ejecución de la misma mediante subcontrato. Además, tales subcontratos crean relaciones directas entre el arrendatario de servicios y el subcontratista, que pueden ser jurídicas, como el pago directo, y que en todo caso son relaciones fácticas, como la vigilancia y el control cotidiano del trabajo efectuado. Estas relaciones son tanto más importantes en el litigio principal cuanto que GMC fue creada, en forma de filial, por BMW sólo para la ejecución del contrato de limpieza, celebrado por esta última sociedad en beneficio de Volkswagen.

¹⁸. El Tribunal de Justicia ha considerado, en particular, que el concepto de «cesión contractual» se aplica a una situación en la que una autoridad pública decide poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica provocando, con ello, el cese completo y definitivo de las actividades de esta última, para transferir dichas subvenciones a otra persona jurídica que persigue un fin análogo.

celebración de un nuevo contrato de arrendamiento con un nuevo cesionario (TJCE de 10 de febrero de 1988, C-324/86, Asunto Tellerup, conocida también «Daddy's Dance Hall»), el cambio del contratista que realiza una determinada actividad para la empresa principal, siempre que el nuevo contratista asuma el establecimiento cumpliéndose los requisitos de identidad exigibles, aún cuando la titularidad de los medios materiales con que cuenta para la prestación del servicio corresponde a la empresa principal (TJCE de 2 de diciembre de 1999, C-234/1998, Asunto Allen), la situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario (TJCE de 20 de noviembre de 2003, C-340/2001, Asunto Abler.).

El titular al que se refiere la norma, como sujeto implicado en el cambio no equivale a «titular formal», es decir, no tiene que ser el propietario de la empresa, basta con que sea el poseedor de los resortes reales de poder sobre la organización en su conjunto, es decir, el sujeto que, en última instancia, decide la suerte de ésta. No se puede entender el «cambio de titularidad» como equivalente de negocios traslativos del dominio o disfrute de un bien¹⁹. La ausencia de propiedad sobre lo transmitido no constituye un obstáculo para que exista una transmisión relevante a efectos de la Directiva, así lo establecen las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1987, C 287/86, Asunto Ny Molle Kro, TJUE de 10 de febrero de 1988, C-324/86, Asunto Tellerup, llamada «Daddy's Dance Hall», TJUE de 12 de noviembre de 1992, C-209/1991, Asunto Watson Rask y Christensen, TJUE de 2 de diciembre de 1999, C-234/1998, Asunto Allen, TJUE de 20 de noviembre de 2003, C-340/2001, Asunto Abler y TJUE de 15 de diciembre de 2005, C-232/2004, Asunto Güney-Görres²⁰. A la vista de lo anteriormente expuesto se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad²¹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechaza una interpretación textual del término «cesión contractual», en beneficio de una interpretación teleológica, al considerar que el objetivo de la Directiva es asegurar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, garantizándoles que podrán permanecer al servicio del nuevo empresario –cesionario²²– en las condiciones que tenía con el primero –cedente²³–.

¹⁹. FERNÁNDEZ LOPEZ, M., «Fusiones y escisiones: aspectos laborales», *op. cit.*, p. 128. Vuelve sobre estos problemas citando a la autora anterior: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas», *Revista de Derecho Social* nº 15, 2001, p. 127.

²⁰. En este asunto una empresa de seguridad dedicada al control de pasajeros en un aeropuerto alemán deja de ser contratada para ofrecerle esta actividad a otra empresa diferente, pero esta segunda empresa considera que no se deben aplicar las garantías de la Directiva porque los elementos materiales transmitidos (arcos de seguridad) pertenecen al Estado no a la empresa cedente. Pero el hecho de que los elementos materiales cedidos, asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que hubiesen sido puestos a disposición por el organismo adjudicador, no puede llegar a excluir la existencia de una transmisión a la luz de la Directiva.

²¹. La insuficiente redacción del ámbito de aplicación del art. 44 ET para incluir las nuevas exigencias del tráfico jurídico-económico actual permite aplicar el art. 44 ET a supuestos en los que realmente no hay un cambio de titularidad pero, por el contrario, impide su aplicación a supuestos en los que efectivamente sí ha tenido lugar una transmisión de la titularidad de la empresa (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva...», *op. cit.*, p. 128).

²². Art. 2 Directiva 2001/23: «cesionario»: cualquier persona física o jurídica que, como consecuencia de [una transmisión] en el sentido del apartado 1, del artículo 1, adquiera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos.

4.2. Elemento objetivo: una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. La exclusión de la sucesión de contratadas

La Directiva 2001/23/CE contiene un concepto de sucesión de empresas en la cual se incluyen dos reglas, una incluyente y otra excluyente, que no se han trasladado a la normativa española. La norma comunitaria manifiesta ser aplicable a las empresas públicas que ejerzan una actividad económica y a empresas sin ánimo de lucro y, por el contrario, mantiene que no lo será a las reorganizaciones administrativas de las autoridades públicas ni al traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas.

El hecho de que el art. 44 ET no incluya dicho supuesto o no excluya el otro, nos lleva a considerar que será aplicable a los cambios de titularidad de la empresa que tengan lugar en el seno de las Administraciones Públicas, cuando ésta contrate personal laboral en el régimen general, porque está actuando como un empresario privado, y a las reorganizaciones administrativas y traspasos de funciones administrativas, siempre que se constaten los requisitos exigidos con carácter general para la aplicación de la normativa sucesoria²⁴.

El objeto de la transmisión es la empresa que tradicionalmente se ha entendido como una realidad socio-económica consistente en una estructura organizada de medios materiales y personales destinada a producir bienes y servicios. Esta es la definición clásica de empresa que se corresponde con el concepto de empresa-organización²⁵, pero ello limita la sucesión de empresas del art. 44 ET a las transmisiones de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación junto a los trabajadores (sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 1998, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Asunto Hernández Vidal y otros²⁶).

Un elemento determinante de la sucesión de empresas es la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria (art. 1.1.b) Directiva 2001/23 y art. 44.2 ET). La entidad que se transmite, se escinde o se fusiona, debe mantener «su identidad», es decir, continuar efectivamente su explotación o reanudarla con un conjunto organizado de personas y elementos materiales (Sentencia TJCE de 18 de marzo de 1986, Asunto Spijkers, C-65/1986) de forma estable, de manera que su actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia TJCE de 19 septiembre de 1995, Asunto Rygaard, C-48/94).

No dejaría de aplicarse el art. 44 ET por el hecho de que la entidad transferida no continuara su actividad de forma autónoma dentro de la empresa cesionaria. El objetivo perseguido por la Directiva 2001/23 es garantizar una protección efectiva de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión, independientemente de la autonomía organizativa o no de la entidad

²³. Art. 2 Directiva 2001/23: «cedente»: cualquier persona física o jurídica que, como consecuencia de [una transmisión] en el sentido del apartado 1 del artículo 1, pierda la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos.

²⁴. MORENO RENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 34; VALDÉS DAL-RÉ, F. ya admitía esta tesis porque entiende que la diversidad de regulaciones entre la nacional y la comunitaria respecto de las reorganizaciones administrativas se salva sin dificultad alguna con el recurso a la tesis de mayor favorabilidad, en *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*. ..., *op. cit.*, p. 62.

²⁵. Este concepto ya lo utilizó RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial», *Relaciones Laborales* nº 5, 1999, p. 103.

²⁶. El TJUE entendió que no era de aplicación la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que una empresa, que tiene contratada con otra la limpieza de sus locales, al finalizar la contrata asume por sí misma dicha actividad. Razona la sentencia que la Directiva no es aplicable en el supuesto en que simplemente se realice sucesivamente por una y otra empresa la misma actividad, sin que se haya producido transmisión entre ambas empresas de una entidad económica, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos patrimoniales.

transmitida (STJUE 12 febrero 2009, C 466/2008, Asunto Dietmar Klarenberg). La jurisprudencia comunitaria trata de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores que se puedan ver afectados por operaciones mercantiles que pretendan deshacerse de la antigua plantilla.

La vinculación de la institución sucesoria al concepto clásico de empresa-organización deja fuera a aquellas estructuras empresariales que no disfrutan de una organización de medios materiales, aunque sí desarrollan una actividad empresarial con un conjunto de trabajadores. Inicialmente, este tipo de empresas eran las de servicios –limpieza de edificios y locales, hostelería o vigilancia privada–, pero se ha ido extendiendo progresivamente a otras, como las vinculadas con la entrega a domicilio, las residencias privadas de personas mayores, las empresas organizadoras del juego de bingo o incluso la construcción o la siderometalúrgica. Cada vez son más los trabajadores pertenecientes a sectores productivos en los que las empresas carecen de una organización material importante porque su actividad descansa principalmente sobre la mano de obra.

Las sucesiones empresariales en esa modalidad de empresas es habitual –sucesión de contratas–, pero su inclusión en el art. 44 ET está muy discutida, por ello, es el convenio colectivo el que garantiza la estabilidad en el empleo de estos trabajadores.

La institución sucesoria tenía necesariamente que evolucionar para atender a esos trabajadores, para ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció la noción empresa-actividad, diferenciándola de la empresa-organización, admitiendo que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (STJCE de 11 de marzo de 1997, C-13/1995, Asunto Süzen). A partir de esta sentencia la jurisprudencia comunitaria empieza a incluir las «sucesiones de plantilla» en el marco de la Directiva 23/2001.

Esta jurisprudencia diferencia entre una «sucesión de plantilla» y una mera «cesión de trabajadores», para que se produzca la primera y disfrute de las garantías de la Directiva 2001/23, debe probarse que éstos conforman una «entidad económica», es decir, que se trata de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común y que puede mantener su identidad cuando se produce una transmisión porque el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata sino que también se hace cargo de una parte importante de la plantilla de la empresa cedida o transferida. A fin de apreciar si existe o no sucesión de plantillas deben tenerse en consideración el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, etc., todo ello a fin de que el juez pueda vislumbrar la existencia de una auténtica entidad económica. Estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (Sentencias TJCE de 11 de marzo de 1997, C-13/1995, Asunto Süzen; TJCE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Asunto Hernández Vidal y otros; TJCE de 25 de enero, C-22/2001, Asunto Oy Liikenne; TJCE de 20 de noviembre 2003, C-286/2003, Asunto Abler).

En esta línea continua el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 6 septiembre 2011, Gran Sala, C-108/2010, cuando admite que un conjunto estructurado de trabajadores, a pesar de la inexistencia de elementos activos significativos, materiales o inmateriales, puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva. La calificación del grupo de trabajadores como entidad económica no puede, por tanto, excluirse a causa de que esa entidad no comprenda elementos de activo material o inmaterial además de dicho personal.

Ahora bien, nuestro Tribunal Supremo fue reacio a la admisión de esta jurisprudencia comunitaria porque entendía que difícilmente podía ser la *asunción de la plantilla* por parte del

cesionario un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión o sucesión de empresa con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento –Sentencia de 20 de octubre de 2004 (Rec. 899/2002)–. En este sentido consideraba el Tribunal que «en las contrataciones sucesivas de servicio como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el art. 44 del ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida» (STS de 23 de mayo de 2005, Rec. 1674/04).

Este Tribunal advertía, en primer lugar, que el efecto de la transmisión era precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, de forma que no era posible, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión; en segundo lugar, afirmaba que, en realidad, la incorporación «total o parcial» de la plantilla, que se producía en estos casos, nada tenía que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, en tanto que se trataba de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientaban, bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continuaba, o bien, a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente, con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo (STS de 21 de octubre del 2004 (Rec. 5073/2003), 27 de octubre del 2004 (Rec. 899/2002) y 26 de noviembre del 2004 (Rec. 5071/2003)).

A nuestro juicio, esta confusión de la causa –transmisión de actividad– con el efecto –asunción de plantilla– viene justificada por las nuevas realidades empresariales²⁷, reconocidas por la jurisprudencia comunitaria, en las que la empresa no es tanto una organización material de bienes materiales sino un conjunto de personas organizadas para prestar un servicio, de forma que la transmisión de la empresa implica, principalmente, la de la plantilla.

Pese a las numerosas trabas que encontraron en esta jurisprudencia comunitaria, unos años más tarde, el Tribunal Supremo empieza a acoger con reservas la tesis de la «sucesión de plantillas», como fórmula que debe gozar de la protección que brinda el art. 44 ET. Este Tribunal admite que la «sucesión de plantilla» se puede considerar sucesión de empresa si existe conservación de la identidad económica de la actividad ejercitada, aunque no se transmitan los elementos patrimoniales básicos, siempre que el cesionario se haga cargo de una parte esencial del personal anterior, independientemente de que esta asunción de personal haya sido voluntaria u obligada, porque así lo exigía la norma paccionada aplicada²⁸ [STS 28 de abril 2009 (Rec. 4614/2007); STS 12 de julio 2010 (Rec. 2300/2009); STS 23 de octubre 2009 (Rec. 2684/2008) o el pliego de condiciones (STS 10 de Octubre de 2012 (Rec. 4016/2011), STS 17 de diciembre 2012 (Rec. 2693/2011), STS 28 de febrero 2013 (Rec. 542/2012), STS 5 marzo 2013 (Rec. 3984/2011)].

La doctrina del Tribunal Supremo exige que se den unos requisitos para que podamos hablar de «sucesión de plantillas» y así incluirlas en el art. 44 ET. Debe existir: 1) una empresa contratista o adjudicataria de servicios («empresa entrante») que suceda a la que desempeñaba

²⁷. A ellas hace referencia PÉREZ REY, J., «El empresario complejo y la necesidad de un derecho del Trabajo insolente», AAVV (Coords. GAETA, L. y GALLARDO MOYA, R.), *Los empresarios complejos: un reto para el derecho del trabajo*, Bomarzo, 2010, pp. 49 y ss. Este autor da cuenta del cambio de modelo productivo en el que nos encontramos y de la necesidad de adaptar el Derecho del trabajo a las nuevas fórmulas organizativas. De forma muy clara el autor afirma que no estamos ante la obsolescencia del Derecho del Trabajo sino ante una huida del mismo a través de reglas de organización empresarial buscando una deliberada ocultación del empresario real en una maraña de relaciones societarias y mercantiles, cuya complejidad adquiere tantas vertientes como los operadores sean capaces de imaginar, p. 57.

²⁸. El carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la sentencia el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable.

anteriormente tales servicios o actividades («empresa saliente») por cuenta o a favor de un tercero (empresa «principal» o entidad «comitente»); 2) una sucesión de contrataciones o adjudicaciones debida a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la «empresa saliente», encargando a la «empresa entrante» servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; 3) la «empresa entrante» debe incorporar al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la «empresa saliente»; y 4) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la «mano de obra» organizada [STS de 5 marzo 2013 (Rec. 3984/2011)].

El Tribunal Supremo requiere, así mismo, que esta asunción sea pacífica, y, no es así, cuando una decisión de este tipo ha sido impugnada por un conjunto de trabajadores [STS 31 de enero 2005 (Rec. 6025/2003), STS 20 de octubre 2004 (Rec. 4424/2003), STS 21 de marzo 2005 (Rec. 1823/2004)]. Cualquier decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la «sucesión de plantilla», porque la asunción de plantilla tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que ha sido impugnada por un gran número de trabajadores. El hecho de que la decisión de la empresa entrante de asumir a los trabajadores de la saliente se apoye en el pliego del concurso público es irrelevante para el Tribunal, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de la empresa cedida que decidan pasar a la misma, pero, desde luego, no obliga a los trabajadores que ni han participado en ese concurso, ni por su condición de personas pueden ser objeto del mismo (STS 28 diciembre 2004 (Rec. 5329/2003)). Por esta razón para que se admita la figura de la «sucesión de plantillas» y se incluya en el paraguas del art. 44 ET el Tribunal exige que no exista disconformidad con la decisión por parte de los trabajadores afectados.

Con esta interpretación jurisprudencial sigue quedando fuera del paraguas del art. 44 ET las sucesiones de contrataciones en las que el cesionario no se haga cargo de la mayor parte de los trabajadores, ya sea, porque la norma convencional no lo exija, ya sea, porque el empresario así lo decida. Por esta razón, las sucesiones de contrataciones se regirán por lo que prevea el convenio colectivo «el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el art. 44 del ET, pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación» [Sentencia Tribunal Supremo de 4 julio 2013 (Rec. 366/2012), STS 24 de julio 2013 (Rec. 3228/2012)]. La sucesión se producirá o no en este tipo de empresas de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por la norma convenida²⁹.

No se considera sucesión de empresas al cese de una contrata de servicios porque se transfiere la actividad a la empresa principal para que ésta preste sus servicios directamente. Estamos ante situaciones de reversión de un servicio subcontratado a la Administración Pública, que decide ser asumido por personal propio de dicha Administración, en la que ésta no actúa como otro

²⁹. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, Rec. 41/2012, se admite que el convenio exija una antigüedad en la empresa de 7 meses para que los trabajadores se beneficien de los efectos laborales de las subrogaciones empresariales: «Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad mínima de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca».

contratista del sector, que obtenga una nueva adjudicación, ni que sucede en la contrata a otro contratista anterior (Sentencia TJUE de 20 de enero de 2011, C-463/2009 Asunto CLECE)³⁰.

Las exigencias convencionales son de obligado cumplimiento sean cuales sean las características de la empresa transmitida, de forma que cuando en la sucesión de empresas interviene un Centro Especial de Empleo (ya sea, en la empresa cedente o en la cesionaria) y una empresa que no ostente tal condición, se continua imponiendo la subrogación –garantizada en el convenio colectivo de la actividad– y, por ende, deben asumirse a los trabajadores que ostentaban la condición de personas con discapacidad (STS de 21 de Octubre de 2010, Rec. 806/2010, STS de 4 de Octubre de 2011, Rec. 4597/2010, STS de 9 Octubre 2012, Rec. 3667/2011, STS 12 de diciembre de 2012, Rec. 750/2012)³¹. Con esta doctrina hay que entender que si una empresa decide concurrir a una contrata, no puede ignorar la posibilidad de integrar a los trabajadores de la saliente, tengan o no la consideración de personas con discapacidad. De esta forma, nuestro Tribunal Supremo deja claro que los Centros Especiales de Empleo no pueden quedar excluidos de la subrogación, pues deben someterse a las normas aplicables en el sector de cuya actividad asume la realización de funciones.

Habitualmente, la asunción de la plantilla por parte del cesionario se debe a la existencia de una cláusula convencional, por ello, es importante que destaquemos que si el convenio colectivo aplicable a la empresa cedente (que exige la asunción de plantilla en caso de trasmisión del servicio) no lo es a la empresa cesionaria, a ésta no podemos obligarle a aplicar un convenio, si ella no está dentro de su ámbito de aplicación, de forma que la transmisión quedará fuera del marco del art. 44 ET. «Las previsiones de un convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales no son aplicables a la empresa principal, dedicada a otra actividad distinta, que al finalizar la contrata con una empresa de limpieza, decide asumir directamente la limpieza de sus centros de trabajo, dado que la empresa principal no se debe considerar incluida dentro del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo» (STS 17 de junio 2011, Rec. 2855/2010)³².

Pero si la norma convencional pactada exige a la empresa cesionaria o entrante la asunción de trabajadores de la empresa saliente, ¿podría también introducir condiciones a fin de determinar si estamos o no ante un proceso subrogatorio y modular las garantías del art. 44 ET? La respuesta es negativa, porque la asunción de plantilla por parte del empresario nos sitúa ante una

³⁰. Un comentario de esta sentencia puede verse en RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «"Internalización" de actividades sin "sucesión" de plantillas», *Relaciones Laborales* nº 5, 2011. Lo mismo sucede en el ámbito privado, de forma que la extinción de una contrata para asumirla directamente la empresa principal con sus propios trabajadores, no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial. El Tribunal argumenta que el único vínculo entre la actividad ejercida por la empresa contratista y la asumida por la comitente es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de los locales, y que la mera asunción por la comitente de esa actividad no basta, por sí sola, para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica –que no puede reducirse a la actividad encomendada– para lo que sería necesario que la contratante se hubiese hecho cargo de la mayor parte de la plantilla de la contratista [STS de 27 de junio 2008 (Rec. 4773/2006), Sentencia de 30 mayo 2011 (Rec. 2192/2010) y STS de 26 julio de 2012 (Rec. 3627/2011)].

³¹. La doctrina sentada en todas estas sentencias es la siguiente «... en tales supuestos rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional de las empresas de limpieza, actividad que realizan los trabajadores, en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa fuera un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas (aunque su fin primordial sea otro: favorecer la integración de las personas con discapacidad) subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean éstos o no personas con discapacidad, sin que todo ello entrañe trato discriminatorio alguno respecto a los trabajadores discapacitados que puedan prestar servicios en las mismas».

³². En este asunto un ayuntamiento decide asumir con su propio personal la prestación de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que anteriormente tenía contratada con una empresa de limpieza, con la que rescinde la contrata existente, para lo que contrata nuevo personal que realice esa actividad, y sin que al mismo le sea de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, que regula la obligación de subrogación en tales supuestos.

«sucesión de plantilla» y ésta se inserta en el marco del art. 44 ET, como fuente normativa superior y norma de derecho necesario, frente al precepto convencional, que únicamente entraría en juego de no haberse dado los presupuestos de aquel precepto (Sentencia de la AN de 25 de julio 2013 (Rec. 242/2012))³³.

Esta tesis ha sido corroborada por otros tribunales, que estiman que las sucesiones de empresa reguladas convencionalmente o en un pliego de condiciones podrán establecer los requisitos para que produzca el efecto de la subrogación, pero no pueden derogar o modificar, en modo alguno, el sistema de responsabilidades empresariales establecido en el art. 44 ET (sentencia de 16 enero 2013 del TSJ de Castilla y León de Valladolid (Rec. 2213/2012) y sentencia TSJ de Andalucía –Sevilla– de 27 enero 2009 (Rec. 1485/2008)). La capacidad de disposición de la negociación colectiva sobre la materia se ve de esta manera significativamente recortada, en la medida en que, mientras anteriormente se proyectaba sobre todos los extremos de su régimen jurídico, actualmente sólo puede regular el supuesto de hecho sucesorio, al encontrarse su régimen jurídico sujeto a la aplicación de estrictas normas de derecho necesario³⁴. Esta interpretación es la más adecuada atendiendo a la doctrina jurisprudencial comunitaria en la medida que la «sucesión de plantilla» es una «sucesión empresarial» a todos los efectos.

Es cierto que esa tesis tan beneficiosa para los trabajadores puede reducir el número de convenios que regulen la obligación de asunción de plantilla por parte del cesionario, ya que nos podríamos encontrar ante la siguiente tesitura, y es que puede haber cláusulas convencionales que excluyan de toda obligación sobre la plantilla al cesionario, que serían plenamente válidas y otras que le impusieran a éste la asunción del personal de la empresa cedida pero sin poder modular los alcances de esa responsabilidad, porque si así lo hicieran serían inválidas. El Tribunal Supremo³⁵ ya se refería al efecto desincentivador de esta interpretación jurisprudencial, porque bastaría con no hacerse cargo de la plantilla de la empresa cedente para evadir la aplicación del art. 44 ET³⁶.

Así pues, mientras se requiera la voluntad colectiva para que jueguen las garantías del art. 44 ET en las empresas-actividad, porque éste precepto no opera automáticamente en la sucesión de empresas de servicios, a menos que el convenio exija la asunción de plantilla al cesionario, seguimos sin adaptarnos a las nuevas realidades empresariales.

La interpretación del TJUE está más cerca de estas realidades, pese a que, como dice el Tribunal Supremo, las estrategias empresariales pudieran dejar sin efecto la tesis de la jurisprudencia comunitaria, en tanto que valdría con no contratar a la plantilla de la empresa cedente o con no pactarlo en el convenio colectivo o en el pliego de condiciones para no sea de aplicación las exigencias de esta jurisprudencia. La decisión de imponer al nuevo empresario la asunción del personal de la anterior empresa sigue estando en manos de los sujetos negociadores, que son libres de preverla o no, al ser inaplicables las previsiones legales que sí lo hacen. Se necesita, por tanto, una revisión del precepto regulador a fin de dar una solución a la sucesión de

³³. Esta tesis no se sostiene cuando estamos ante una «sucesión de contrata» a la que no resulta de aplicación el artículo 44 del ET sino el Convenio Colectivo [STS de 15 de julio 2013 (Rec. 1377/2012)].

³⁴. SANGUINETI RAYMOND, W., «Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales», *op. cit.*, p. 105. Este autor se cuestiona la validez de las estipulaciones convencionales que vienen sometiendo la subrogación de los nuevos contratistas en la posición jurídico-laboral de quienes los precedieron a requisitos o condiciones especiales, no previstas legalmente, o anudan a ella consecuencias que se apartan del art. 44 ET.

³⁵. La ampliación del campo de aplicación del art. 44 ET, a juicio del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de octubre de 2004, no implicaría una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarían privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger.

³⁶. Buena parte de la doctrina hace referencia al efecto disuasorio que tiene para el empresario esa construcción, entre otros, DESDENTADO BONETE, A., «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, nº 38, p. 254.

contratas sin transmisión de activos patrimoniales, evitando que repose sobre la negociación colectiva la estabilidad en el empleo de sus trabajadores.

A estos efectos, entendemos que el art. 44 ET debería dar cobertura a las sucesiones de contratas, sin esperar a que lo haga la negociación colectiva o el pliego de condiciones, para ello habría que admitir la diversidad de organizaciones productivas que conforman nuestro tejido empresarial y que las garantías de la sucesión empresarial no pueden quedar limitadas a un concepto clásico de empresa-organización. Así mismo, hay que recordar que amparándose en la «libertad de empresa» el empresario puede adoptar todas las decisiones que estime oportunas en torno a su organización productiva, pero este derecho no es absoluto, sino que está limitado por otros derechos constitucionales como el Derecho al Trabajo y a la estabilidad en el empleo (art. 35 CE)³⁷.

El legislador debería evitar la huida del Derecho del Trabajo a través de las reglas de la organización empresarial que permiten ocultar deliberadamente una subrogación empresarial a fin de inaplicar el art. 44 ET³⁸. La inclusión con cautelas del empresario-actividad en el marco del art. 44 ET tiene un efecto beneficioso, de sensibilización del ordenamiento laboral a las transformaciones que afecten al empresario mismo, aunque formalmente pueda continuar su organización productiva sin alteraciones³⁹.

5. EFECTOS LABORALES DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva enuncia el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la sucesión empresarial. La transmisión debe producirse sin el consentimiento de las partes porque la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores (art. 44.1.ET).

En definitiva, las garantías de las sucesiones empresariales operan *ope legis*, es decir, por mandato del legislador, aunque es posible que éstos se vean mejorados por la autonomía colectiva. Siendo principalmente las empresas correspondientes a sectores dedicados a la prestación de servicios, en los que la negociación colectiva regula las «sucesiones de contratas» donde encontramos una importante regulación.

Los efectos laborales de la transmisión de empresas deben abordarse desde una perspectiva individual, estudiando la repercusión de la sucesión empresarial sobre el contrato de trabajo y con la Seguridad Social y desde una perspectiva colectiva, en la que se aborde qué sucede con la representación legal de los trabajadores de la empresa cedida, así como, con el convenio colectivo aplicable.

5.1. Sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores

Una de las principales garantías de la Directiva es impedir que la propia transmisión empresarial pueda ser causa de despido. Ahora bien, esta tutela no llega a enervar las normas genéricas de

³⁷. A juicio de SANGUINETI RAYMOND, W., «Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales», *op. cit.*, p. 117 existe una opción mejor, como es introducir en el art. 44 ET una regulación expresa de estos supuestos, a través de la cual además de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados, se prevea la posibilidad de modular el alcance de las cargas que se imponen a los empresarios en estos casos en atención a la especial naturaleza de esta clase de actividades.

³⁸. Sobre otros peligros que pueden derivarse de las operaciones de «ingeniería industrial» que buscan huir de la aplicación de las reglas del Derecho del Trabajo, *vid.* PÉREZ REY, J., «El empresario complejo y la necesidad...», *op. cit.*, pp. 57 y ss.

³⁹. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Fusiones y escisiones: aspectos laborales», *op. cit.*, p.126.

extinción del contrato por causas objetivas (económicas, técnicas, de producción, etc.) admitidas por la normativa laboral (art. 4.1 de la Directiva 2001/23)⁴⁰.

La necesaria continuación del vínculo laboral, una vez producida la sucesión de empresas es también una exigencia del art. 44 ET, de forma que ni el empresario cedente ni el cesionario pueden alegar la transmisión de la empresa para justificar los despidos, pero, como ya hemos señalado, dicho precepto no neutraliza los efectos de otras figuras extintivas. Ya nos advertía la doctrina hace años⁴¹ de la estrecha relación que guardan estos fenómenos con las situaciones de crisis empresariales y que ni el empresario cedente ni el cesionario quieren perder con ocasión del negocio traslativo de la titularidad de la empresa, de forma que, antes o después, se tratará de disminuir la plantilla de la empresa por alguna de las causas del art. 49 ET.

Ante la garantía de no extinción del contrato de trabajo se plantea si cabe pacto en contrario. La doctrina⁴² lo admite con muchos condicionantes y en circunstancias excepcionales, pero la jurisprudencia ha sido tajante al declarar el carácter de orden público y la naturaleza imperativa de este precepto, que ningún caso puede ser contravenida por la voluntad de las partes (STS 15 de marzo 1983).

La sucesión empresarial no puede dejar sin eficacia a la causa extintiva del contrato por voluntad o dimisión del trabajador (art. 49.1.d ET), sin embargo, no se contempla que esta dimisión, enlazada causalmente con la sucesión empresarial justifique el derecho a una indemnización para el trabajador o a la consideración en situación legal de desempleo, ello pese a que el cambio de la persona del empresario puede entrañar mucha mayor trascendencia (sobre todo en empresas pequeñas de contacto más directo), que muchos de los supuestos a los que los arts. 39, 40 y 41 del ET admiten el derecho a la extinción unilateralmente decidida por el trabajador con indemnización⁴³.

La Directiva no sólo garantiza a los trabajadores el derecho a continuar con el nuevo empresario, sino también, a hacerlo sin pérdida de derechos adquiridos o en curso de adquisición, impidiendo que los trabajadores afectados se encuentren en una situación menos favorable por el hecho mismo de la transmisión. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso (art. 3.1 Directiva y art. 44.1 ET).

El efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET no es omincompreensivo, sino que sólo juega respecto de «derechos ciertos y no meras expectativas». En este sentido el Tribunal Supremo advierte que la subrogación empresarial *ex art. 44 ET* sólo abarca «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo, a las meras expectativas legales» (STS 20-1-1997, Rec. 687/1996). No obstante, es importante diferenciar las meras expectativas de «derechos reconocidos pero aún no ejercitados», aunque sí incorporados al acervo patrimonial de los trabajadores, sin perjuicio de que no se disfruten mientras no tenga lugar el supuesto de hecho que contemplan, como podría ser un permiso ampliado de maternidad, premios de permanencia, trienios no completados, prestaciones complementarias de

⁴⁰. «El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo».

⁴¹. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Fusiones y escisiones: aspectos laborales», *op. cit.*, p.138.

⁴². RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «El carácter indisponible del artículo 44 ET», *Relaciones Laborales*, T.I, 1998, admite este tipo de pactos de forma muy excepcional cuando se den causas objetivas razonables que justifiquen la finalidad de evitar la subrogación y siempre que los empresarios pudieran demostrar la licitud del pacto en función de sus circunstancias.

⁴³. En torno a la necesidad de reconocer el derecho a indemnización: J. M. MARÍN CORREA, «La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, revisada en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/48/Est04.pdf, p. 84

la Seguridad Social, etc. No se puede considerar expectativa de derecho cualquier condición laboral que aún no se hubiera disfrutado, como por ejemplo, el salario del próximo mes aún no trabajado, en tanto en cuanto, estaríamos admitiendo que la garantía que establece el art. 44 ET sólo ampararía la subrogación del nuevo empresario en la cuantía salarial correspondiente al mes en curso [Sentencia Audiencia Nacional de 23 de abril 2012 (Rec. 48/2012)].

El empresario entrante también deberá respetar las condiciones de trabajo, pero dado que la inmovilidad de las condiciones laborales no siempre es posible, se admite que se pueda aplicar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando las condiciones iniciales de los trabajadores no se puedan mantener (art. 44.9 ET). En ese momento entrarían en juego los arts. 39, 40 y 41 ET, en los que se regulan cambios de funciones dentro de la empresa, traslados o desplazamientos del lugar de trabajo, o modificaciones sustanciales de condiciones laborales, tales como, horario, turnos, salario, sistema retributivo, etc. Estos preceptos permiten al empresario adquirente alterar las condiciones laborales cumpliendo el procedimiento legal oportuno.

El art. 4.2 de la Directiva 2001/23/CE ya preveía que si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario. En nuestro ordenamiento no se ha adoptado un precepto similar pero la propia aplicación de los arts. 39, 40 y 41 ET ya garantiza a los trabajadores afectados por estas decisiones del empresario la posibilidad de solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización de veinte días de salario por año de servicio y con un máximo de doce mensualidades.

5.2. Extensión de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario

La Ley 12/2001, de 9 de junio, tras reformar el art. 44 ET, extrajo el principio de responsabilidad solidaria del apartado 1 del art. 44 para situarlo con carácter independiente en el apartado 3 de dicho precepto. Todo ello ha ayudado a despejar las dudas interpretativas que pudieran existir y ha contribuido a descartar una interpretación reduccionista de las previsiones del art.44 ET.

El hecho de que la Directiva Comunitaria no prevea esta responsabilidad al margen de la sucesión, no impide interpretar que el legislador español lo haga, porque en cualquier caso, ésta faculta expresamente a los Estados miembros «a adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores», y no sería contrario al derecho comunitario que el derecho español estableciera una garantía de responsabilidad añadida a la de la sucesión que dicha normativa recoge (STS 15 de julio 2003, Rec. 1878/2002).

La responsabilidad solidaria que aquí se reconoce no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas al verdadero deudor, constituyendo tal previsión de solidaridad una garantía de seguridad jurídica, tanto a favor de los trabajadores frente a posibles transmisiones fraudulentas llevadas a cabo en su perjuicio y, en ocasiones, sin su consentimiento, como a favor de los empresarios responsables, si se tiene en cuenta que esta responsabilidad además de solidaria no es ilimitada en el tiempo, sino que sólo se mantiene viva durante tres años a contar de la transmisión. Estamos ante una cláusula anti-fraude que, por otra parte, ha sido aceptada tradicionalmente como tal, no solo por la doctrina laboral, sino por la propia doctrina mercantilista, pues no cabe olvidar que una empresa tiene el precio que resulta de restar a los activos las deudas que pudiera tener, por lo que no es congruente con la lógica del mercado aceptar la compraventa de empresas sin el cómputo de las deudas preexistentes, en este caso, de las deudas laborales.

5.3. Sobre los derechos colectivos de los trabajadores afectados

El art.44.4 ET declara que «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».

En las sucesiones de empresa nos encontramos ante una concurrencia de convenios, ya sea, entre convenios sectoriales (cuando cambia la actividad principal del empresario antiguo al nuevo), entre dos convenios de empresa (cuando tanto la empresa cedente como la cesionaria cuentan con su propio convenio) o entre un convenio de empresa y un convenio de sector (cuando sólo la antigua o sólo la nueva organización productiva cuentan con convenio de empresa, rigiéndose la otra por el convenio del sector). La colisión se caracteriza por la existencia de una identidad subjetiva, objetiva y temporal en la regulación de una determinada situación, siendo su efecto jurídico la nulidad del convenio invasor, es decir, del convenio de la empresa cesionaria. Ello significa que tras la transmisión los trabajadores de la empresa transmitida continúan rigiéndose por el convenio que les venía siendo de aplicación, es decir, mantienen todas sus condiciones laborales como si no se hubiera producido la transmisión, con independencia de que la empresa cesionaria tenga o no convenio colectivo aplicable (STS de 3 nov. 2009, Rec. 134/2008).

Esta solución está clara para las sucesiones de empresas que se rijan por el art. 44 ET, pero para el resto de subrogaciones empresariales convencionales o pactadas habrá que estar a lo que pacten las partes. En cualquier caso, cuando el convenio aplicable a la empresa cedente no lo es a la cesionaria, como a veces sucede en la sucesión de contratatas, «el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio» [STS de 10 de diciembre de 2008 (Rec. 2731/2007)]. En caso de inaplicación del convenio colectivo a la empresa cesionaria, ésta no está obligada en una sucesión de contratatas a asumir trabajadores que hasta entonces desempeñaban esa actividad, pues no le vinculan las previsiones del convenio colectivo de dicho sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente [STS de 10 de diciembre de 2008 (Rec. 2731/2007) o STS de 3 de junio 2013 (Rec. 1613/2012)]⁴⁴.

⁴⁴. En esta sentencia se plantea el siguiente caso: «unas trabajadoras que prestaban sus servicios para una de las demandadas (BAI ESAN SERVICIOS DE MARKETING S.A.), incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center, en la ejecución de la contrata que la misma tenía con Euskaltel hasta el 30 de junio de 2011. El 10 de junio de 2011 se comunicó a BAI ESAN SERVICIOS DE MARKETING S.A. que su oferta no había sido seleccionada y que la contrata no se prorrogaría sino que se adjudicaría a Ibermática S.A. con efectos del 1 de julio siguiente. A la vista de ello la empresa saliente presentó un ERE que terminó por resolución de la autoridad laboral aprobando la extinción de los contratos de 92 trabajadores, cuyos contratos extinguió la empresa pagando la oportuna indemnización el día 22 de julio siguiente. Otros 19 trabajadores fueron baja voluntaria antes y pasaron al servicio de la nueva contratista que tiene instalaciones y elementos materiales propios, incluso tiene Convenio Colectivo propio y otras actividades a las que dedica más medios, porque a la de Contact Center dedica menos del cuatro por ciento de la plantilla y menos del dos por ciento de los costes de personal. El comité de empresa impugnó la resolución que aprobó el ERE, sin que conste el resultado de su recurso, y los demandantes accionaron por despido obteniendo sentencia desfavorable en la instancia y en suplicación. La sentencia objeto del presente recurso para inaplicar el art. 18 del Convenio citado se funda en que los contratos se han extinguido en virtud de un ERE aprobado por la autoridad laboral por resolución que es ejecutiva». No obstante el Tribunal admite que no es vinculante para la empresa entrante el convenio colectivo estatal de Contact Center.

Por lo que respecta a la representación legal de los trabajadores de la unidad productiva transferida, ésta subsistirá cuando dicha unidad conserve su autonomía técnico-organizativa (art. 44.5 ET), en caso contrario, se entenderá que la pérdida de autonomía supone la desaparición del substrato organizativo del interés colectivo que motivó la constitución de una representación específica, con lo que procederá la celebración de nuevas elecciones sindicales para adecuar la representación de los trabajadores transferidos a la estructura de la empresa cesionaria. Aunque en tales casos, lo deseable no es la desaparición automática de los órganos de representación, sino la prolongación provisional del mandato hasta la celebración de nuevas elecciones sindicales en el seno de la unidad productiva que haya absorbido a la que desaparece⁴⁵.

Si se produjera alguna variación del número de trabajadores de la empresa tras la sucesión, disminuyendo el número de trabajadores adscritos a la unidad empresarial transferida, cuando ésta siga conservando la autonomía debe estimarse que la conformación de los órganos de representación del personal viene determinada por el número de trabajadores existentes al tiempo de producirse las elecciones sindicales con independencia de que en el transcurso del mandato aumente o disminuya el número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo

Por otra parte, en relación a la empresa cesionaria, aunque tras la sucesión aumente el número de trabajadores por incorporación de la plantilla de la cedente si la unidad productiva de los trabajadores transferidos conserva su autonomía, se seguirá el criterio anteriormente mencionado (subsistencia representación del personal de la cedente).

6. PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO SUCESORIO

Las transformaciones empresariales se explican desde el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE) en el marco de la economía de mercado, pero, como ya dijimos, esta libertad no es absoluta, en la medida que se ve afectado el Derecho al Trabajo de los trabajadores de la plantilla (art. 35 CE). Este enfrentamiento de derechos justifica la participación de los representantes legales de los trabajadores o de los trabajadores mismos en estas decisiones empresariales.

Dependiendo de los efectos que la transmisión de empresa pueda tener sobre los trabajadores de la empresa transmitida nos encontramos dos formas de intervención de los representantes legales: una de carácter pasivo, en la que sólo es necesario informar a los representantes legales del cambio de titularidad de la empresa, porque la cesionaria no va a adoptar medidas que alteren los derechos de los trabajadores de la plantilla y otra de carácter activo, como son las consultas a los representantes legales de los trabajadores, en la que dicha empresa pretende llevar a cabo modificaciones en las relaciones laborales de los trabajadores.

6.1. La sucesión empresarial no altera el *status quo*: derecho a la información

Antes de que se reformar el art. 44 ET a través de la Ley 12/2001 ya se hablaba de la escasa intervención que tenían los representantes en estos procesos de reestructuración⁴⁶ y ello no ha variado sustancialmente.

La acción colectiva se plantea a partir del anuncio de la operación subrogatoria, exigiendo al cedente y al cesionario el deber de informar a los representantes legales de los trabajadores – unitarios y sindicales– en torno a la fecha prevista de la transmisión, motivo de la transmisión, consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión y medidas previstas respecto de los trabajadores (art. 7.1. Directiva y art.44.6 ET).

⁴⁵. MONEREO, J., «Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades», *Relaciones Laborales* n° 1, 1987.

⁴⁶. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Fusiones y escisiones: aspectos laborales», *op. cit.*, p. 134.

Tanto por parte del cedente como por el cesionario se deberá facilitar esta información en tiempo y forma a los representantes de los trabajadores, es decir, con la suficiente antelación a la realización de la operación, y antes de que los trabajadores resulten afectados directamente en sus condiciones de trabajo y empleo (art. 44.8 ET). Pero la norma no delimita el momento en el que debe suministrarse esa información, de forma que puede darse incluso cuando estemos ante hechos consumados. El convenio colectivo podría corregir esta deficiencia que encontramos en el art. 44 ET y marcar un plazo a fin de permitir la participación.

Con la información obtenida de la reestructuración junto a la información que poseen los representantes legales de acuerdo con el art. 64.5 ET y la que tienen sobre la evolución del sector del art. 64.2. a) ET, éstos tratarán de conocer la estrategia empresarial, porque la finalidad de la información es que los representantes puedan evaluar las posibles consecuencias sobre el empleo a corto o a medio plazo, en función de si se garantiza o no la viabilidad de todas las empresas o incluso si simplemente alguna de ellas pierde solidez y patrimonio⁴⁷.

Con esta información, los representantes deberán elaborar un informe no vinculante sobre la operación (art. 64.5.d) ET), que se puede aprovechar para plantear a la empresa compromisos sobre mantenimiento del empleo, condiciones de trabajo, salariales y de producción, así como, para elaborar un plan de viabilidad.

El incumplimiento de la obligación de información no anula la sucesión empresarial porque este requisito no es constitutivo de la subrogación⁴⁸, hay que concluir que si los hechos determinantes de la subrogación existen, el incumplimiento de este deber por parte de la empresa saliente no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del trabajador, haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación (STS 20 septiembre 2006, Rec. 3671/2005; STS de 26 Jul. 2007, Rec. 381/2006; Sentencia de AN 22 de diciembre 2011, Rec. 230/2011).

Ahora bien, en las sucesiones empresariales de tipo convencional en las que será el convenio colectivo el que determine las condiciones de la sucesión e incluso cuáles se considerarán imprescindibles y cuáles no, si la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa y la no remitida es «documentación imprescindible», no se producirá transferencia hacia la empresa contratante (STS 11 de marzo 2003, Rec. 2252/02 y STS 28 de julio 2003, Rec. 2618/02). En definitiva, si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (STS 12 de febrero 2013, Rec. 4379/2011).

6.2. La sucesión empresarial plantea alterar las condiciones laborales de la plantilla de trabajadores: obligación de consulta

Cuando la transmisión de la empresa suponga la ruptura con el *status quo* de las condiciones laborales de la plantilla, el cedente o el cesionario (ya no estaría obligados los dos), sólo aquel que vaya a adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores deberá abrir un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores (art. 44.9 ET).

⁴⁷. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Fusiones y escisiones: aspectos laborales», *op. cit.*, p. 134, habla de discordancia entre las previsiones del art. 44 y las del art. 64 ET, aunque entendemos que entre ambos lo que existe es complementariedad.

⁴⁸. Cabe la posibilidad en las sucesiones empresariales reguladas en convenio colectivo que se le otorgue carácter constitutivo a determinada información, en cuyo caso si sería determinante para que existiera sucesión empresarial (STS de 26 julio 2007, Rec. 381/2006).

No se prevé con qué antelación deba iniciarse el periodo de consultas ni tampoco cual es la duración estimada, sólo se ha regulado que se celebre con la «suficiente antelación», antes de que las medidas se lleven a efecto y a fin de llegar a un acuerdo. Sí queda claro que cuando las medidas que se deseen adoptar sean traslados colectivos o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el periodo de consultas deberá ajustarse a las previsiones de los arts. 40.2 y 41.4 ET.

El carácter colectivo que impregna a esta institución ha dejado fuera de la obligatoriedad de cumplir el procedimiento específico del art. 40 o del 41 ET cuando sean medidas individuales, aunque éstas impliquen modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o traslados. El trabajador que vea alterada su jornada, su horario, su salario o cualquiera otra de las condiciones sustanciales del art. 41 ET se quedaría sin la protección que brindan los citados preceptos, que permiten a los trabajadores que no acepten la medida laboral solicitar la extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización (20 días de salario máximo nueve mensualidades).

Sólo en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o en los traslados de carácter colectivo contamos con un procedimiento específico y unas garantías para los trabajadores afectados en tanto en cuanto tendrán la posibilidad de rechazar las modificaciones ofertadas y extinguir voluntariamente el contrato de trabajo con derecho a indemnización (20 días de salario máximo 12 mensualidades).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, J. y ROCHA, F., «El papel de las relaciones laborales en los procesos de fusión de empresas», *Documento de Trabajo* nº 1, 2002, revisado en <http://www2.1mayo.ccoo.es/publicaciones/doctrab/doc102.pdf>
- DESDENTADO DAROCA, E., «Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el concurso», *Temas Laborales* nº 108, 2011.
- DESDENTADO BONETE, A., «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 38, 2002.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Fusiones y Escisiones: aspectos laborales», en AAVV, *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, 1994.
- GRACIA ALEGRÍA, G., «Inexistencia de sucesión empresarial, empresa matriz que no prorroga contrato de distribución con otra empresa y asume ella la distribución del producto», nº 52, 2012.
- MARÍN CORREA, J.M., «La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, revisada en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/48/Est04.pdf
- MENÉNDEZ CALVO, R., «Las estructuras empresariales complejas: los grupos de empresas», AAVV, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), Tirant lo Blanch, 2006.
- MORENO RENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- PÉREZ REY, J., «El empresario complejo y la necesidad de un derecho del Trabajo insolente», AAVV (Coords. GAETA, L. y GALLARDO MOYA, R.), *Los empresarios complejos: un reto para el derecho del trabajo*, Bomarzo, 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas», *Revista de Derecho Social* nº 15, 2001.

- RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M. «"Internalización" de actividades sin "sucesión" de plantillas», *Relaciones Laborales* nº 5, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial», *Relaciones Laborales* nº 5, 1999.
- , «El carácter indisponible del artículo 44 ET», *Relaciones Laborales* tomo I, 1998.
- , VALDÉS DAL RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E., «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo "para el incremento del empleo y la mejora de su calidad"», *Relaciones Laborales* nº 17, 2001.
- SANGUINETI RAYMOND, W., «Las cláusulas de subrogación convencionales frente a los vaivenes jurisprudenciales», AAVV, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (Coord. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ), Tirant lo Blanch, 2006.
- TAPIA HERMIDA, A., «Convenio colectivo aplicable en las "transmisiones de empresas" (sucesión de empresa)», *Estudios Financieros* nº 33, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, MTAS, Madrid, 2001.