

**LA REFORMA DEL ARTÍCULO 44 DEL
ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES OPERADA
POR LA LEY 12/2001, DE 9 DE JULIO**

**Núm.
3/2004**

OLGA SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

*Letrada Responsable del Departamento Jurídico del Sector
Aéreo Estatal de CC.OO.*

Extracto:

El presente trabajo pretende reflejar cómo se ha llevado a cabo la transposición del derecho comunitario en materia de «sucesión de empresa» por el Estado español, cómo ha quedado regulada esta materia tras la reforma operada por la Ley 12/2001, y pretende resaltar, entre otras cuestiones, algunos problemas no resueltos con la nueva redacción dada al artículo 44 del TRET.

Sumario:

Introducción.

I. Cuestiones generales sobre el artículo 44.

1. El elemento subjetivo.
2. El elemento objetivo.
3. Garantías individuales de los trabajadores.
 - 3.1. Mantenimiento del vínculo laboral.
 - 3.2. Protección de las deudas laborales.

II. Garantías colectivas de los trabajadores y su problemática.

1. Mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio colectivo.
 - 1.1. Dualidad de convenios.
 - 1.2. Inaplicación del convenio colectivo vigente por acuerdo de empresa. Requisitos subjetivos del acuerdo.
 - 1.3. Temporalidad del mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio colectivo. Alcance material de su aplicación: contenido normativo, contenido obligatorio.
 - 1.4. Mantenimiento de las obligaciones de protección social complementaria.
2. El impacto de la sucesión empresarial en el ejercicio de los derechos de representación.
 - 2.1. Supuesto de que la empresa conserve su autonomía.
 - 2.2. Supuesto de que la transmisión no conserve su autonomía.
3. El impacto de la sucesión empresarial en el ejercicio de los derechos de información y consulta.
 - 3.1. Los sujetos obligados a dar la información.
 - 3.2. Los destinatarios de la información: a) los representantes de los trabajadores; b) los trabajadores directamente.
 - 3.3. Contenido de la información.
 - 3.4. Momento de la información: a) interpretación sobre el alcance de la expresión «suficiente antelación»; b) el particular supuesto de fusión y escisión de sociedades.
 - 3.5. La exigencia del período de consultas en los casos de adopción «medidas laborales» (art. 44.9 ET: a) planteamiento general y alcance de la obligación; b) su interacción con los supuestos de traslado colectivo y de modificaciones sustanciales de carácter colectivo).
 - 3.6. Las obligaciones de información y consulta en los grupos de empresa.

INTRODUCCIÓN

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, ha modificado entre otras materias el artículo 44 del TRET que no había sido objeto de atención por el legislador desde 1980. No se trata de una reforma que hubiera venido obligada por haber sido un tema previamente negociado entre los interlocutores sociales, sino que fue más bien una necesidad impuesta por la normativa comunitaria. Recuérdese que la Directiva 98/50/CEE, de 29 de junio, que reformaba a la Directiva 77/187/CEE, recogía un plazo máximo para efectuar la transposición que terminaba el 17 de julio de 2001. Posteriormente la Directiva de 1998 ha sido sustituida por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

Pero esta nueva redacción no sólo es producto de esta normativa comunitaria sino que también ha sido fruto de un largo proceso de conformación jurisprudencial, como consecuencia de las dificultades inherentes a una institución cuya trascendencia cualitativa y cuantitativa no deja de crecer.

La adaptación del contenido de este artículo a la normativa comunitaria no ha sido muy afortunada en algunos aspectos, ya que si bien ahora tras la reforma ha quedado mejor delimitado el supuesto de hecho de la norma, es decir el concepto genérico de «sucesión de empresa»; y se han establecido de manera expresa determinadas garantías individuales y colectivas, no se han solucionado algunos problemas derivados de esta nueva articulación de la materia: en materia de jubilación y supervivencia causadas por el titular de la prestación la norma española no protege los derechos en curso de adquisición sólo los adquiridos, no se establece limitación temporal a la sustitución por acuerdo de empresa de las normas del convenio colectivo de la empresa cesionaria, entre otras.

En este trabajo se pretende estudiar la nueva regulación producida en esta materia por la reforma de la Ley 12/2001, la forma en la que se ha llevado a cabo la transposición en esta materia del derecho comunitario y los aspectos problemáticos de la reforma, algunos de los cuales quedaban apuntados en el párrafo anterior.

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 44

Los dos primeros párrafos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores definen cuál es el ámbito de aplicación de la norma. Dentro de este ámbito quedan incluidos todos aquellos supuestos que la Directiva comunitaria denomina como «traspaso». En Derecho español, como veremos, se ha preferido utilizar el término genérico de subrogación, sucesión o de cambio de titularidad de empresa, definiendo a continuación lo que debe considerarse como sucesión de empresa.

El artículo 44 del ET establece, por una parte: «1. El cambio de la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma ...»; por otra «2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio».

En atención a estos dos párrafos citados podemos sacar la primera conclusión: la Ley utiliza la palabra empresa a veces en sentido estricto y otras en sentido amplio, es decir, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

A través de esta redacción del artículo 44, en su nuevo párrafo segundo, se introduce el criterio consolidado por la jurisprudencia a través de numerosas y reiteradas resoluciones, sobre lo que se debe entender por el término sucesión de empresas. A través de este criterio quedan definidos los dos elementos que exige la jurisprudencia para considerar que estamos ante el supuesto de hecho de la norma. Éstos se han conocido como el *elemento subjetivo* y el *objetivo*. El primero de ellos referido al cambio de titularidad, párrafo 1 del artículo 44. Y el segundo que exige que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad con los requisitos que establece el párrafo segundo del mencionado artículo ¹. Vamos a analizar con mayor detenimiento estos dos elementos.

1. El elemento subjetivo.

Como hemos expuesto anteriormente, el elemento subjetivo de la empresa se refiere en el precepto nacional a «el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma». Sin embargo la norma comunitaria habla de «el traspaso de un empresa, de un centro de actividad o de parte de un centro de actividad».

¹ Estos dos elementos ya habían sido exigidos en el Derecho español mucho antes, como hace referencia G. BARREIRO GONZÁLEZ en «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna» en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 94, 1999, pág. 172. Como ya afirmara con rotundidad la Resolución del Ministerio de Trabajo de 23 de enero de 1968, cuando exigía «la concurrencia de dos elementos; uno subjetivo, representado por la transmisión directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al entrante, y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total del conjunto de los elementos necesarios para su continuación por el nuevo empresario», extraído de GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F., *Sucesión de Empresas*, Madrid, 1996.

La norma comunitaria ha utilizado una expresión más ventajosa, porque engloba mayor número de supuestos que los que pueden entenderse comprendidos a través de la expresión cambio de titularidad. En opinión de algunos autores «la realidad socioeconómica cada vez más compleja, detecta fenómenos de operaciones jurídico-mercantiles muy diversas que en modo alguno pueden circunscribirse a un simple "cambio de titularidad jurídica", en la mayoría de los casos identificada con el mantenimiento o no de la personalidad jurídica de la empresa. Cuestiones ya planteadas en el ámbito judicial como el fenómeno de las transmisiones accionariales en bloque, los procesos de creación de filiales, de fusión, o los controvertidos supuestos de sucesión de contratas...»².

Todo indica que pueden darse supuestos que, no suponiendo cambio de titularidad, estén incluidos en el ámbito de aplicación de la norma. Debido a este motivo, la jurisprudencia comunitaria ha establecido a veces una jerarquía entre ambos elementos, primando el elemento objetivo frente al subjetivo³. Esta postura a nuestro juicio es más que acertada, al incluir de esta manera el mayor número posible de supuestos a los que son de aplicación la normativa en materia de sucesión de empresas. De esta manera se dota de protección a un mayor número de trabajadores sin tener que forzar por ello la interpretación de la Directiva comunitaria⁴.

2. El elemento objetivo.

El segundo de los elementos exigidos y como hemos visto no por ello menos importante que el primero, es el contemplado en la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 44 del ET. Este precepto considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad. Ésta es, a nuestro parecer, la clave del precepto. También el precepto define qué debe entenderse como entidad económica, considerando que la misma es todo conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias.

Como podemos comprobar, este párrafo ha transcrito la misma redacción llevada a cabo por la Directiva.

² MORALA GÓMEZ, A., «La nueva regulación de la sucesión de empresas», en la *Revista Actualidad Laboral*, 10, 2002, págs. 190-191.

³ Vid. GARRIDO PÉREZ, E., «Mantenimiento de los derechos de los Trabajadores en supuestos de sucesión y rescate de contratas de servicios: la discutible aplicación de la Directiva 77/187 y del artículo 44 del ET», en la *Revista de Derecho Social*, 7, 1999, pág. 91: «De hecho, en la Sentencia de 18 de marzo de 1986 (Asunto "Spijkers") el TJCE introducía un elemento interpretativo de notoria relevancia y que posteriormente fue reproducido en sucesivas resoluciones: si aquello que pretende la Directiva 77/187 es garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en una entidad económica independientemente de que cambie su propietario, en consecuencia "el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad...».

⁴ Vid. OLMO GASCÓN, A., «La jurisprudencia comunitaria en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas: a propósito de la Sentencia Jules Dethier, de 12 de marzo de 1998» en *Revista de Derecho Social*, 2, 1998, págs. 110-111: «...en el asunto C-382/92: Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 18 de junio de 1994, en el que se expresa que la no aplicación de las normas de desarrollo de la Directiva 77/187/CEE a las transmisiones que no estén acompañadas de una transmisión de la propiedad de la empresa, va "en contra de lo que establecen las disposiciones del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, tal como este Tribunal de Justicia las interpreta...».

Pues bien, a continuación corresponderá analizar en cuáles de los supuestos contemplados por la norma puede deducirse el mantenimiento de la entidad. Y si bien no plantean serias dudas los supuestos de mantenimiento de la identidad en el caso de una empresa o centro de trabajo (si utilizamos la terminología empleada por el legislador nacional), mayores problemas plantea el mantenimiento de la identidad en el caso de que el traspaso se efectúe sobre una «unidad productiva autónoma» o en los términos que utiliza la Directiva, «parte del centro de actividad.»

El profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO hace un estudio de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa a efectos de traspaso de la Directiva o, lo que es lo mismo, sobre lo que debe entenderse como entidad económica que mantenga su identidad. Dice que «dado que la filosofía de la directiva es que las relaciones laborales se integran en el conjunto organizado de elementos que es la empresa, y que deben por tanto ser transmitidas con ésta, para que este efecto se produzca es necesario que sea la totalidad de este conjunto lo que se transfiera al nuevo titular, una entidad susceptible de explotación empresarial... En resumidas cuentas, que la empresa que "sale" del empresario originario y la que adquiere el nuevo sean idénticas»⁵. En estas palabras se recoge, por lo tanto, uno de los criterios seguidos por la jurisprudencia comunitaria: el patrimonial-organizativo, es decir, el de concepto de empresa como organización.

Sin embargo, no ha sido el único; éste ha sido alternado con un criterio de empresa actividad, para justificar la inclusión dentro del ámbito de la Directiva de determinados supuestos como el de las contratas. No olvidemos que en estos supuestos no se produce la transferencia de una organización productiva, de bienes e infraestructuras sino una simple sucesión de actividad. Estos dos criterios han quedado reflejados de diferentes modos en la transposición de las legislaciones de cada Estado miembro⁶ y en sus correspondientes jurisprudencias nacionales.

Ambos se han exigido con otro elemento básico, a juicio del profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, exigido por la doctrina comunitaria. Éste, que debe adicionarse a alguno de los anteriores, significa, que, para que exista una transmisión de empresas, el conjunto económico transferido debe presentar una cierta estabilidad (STJCE de 19-9-1995, asunto C-48/1994 Rygaard). «En la redacción legal el carácter de **permanencia**⁷ de la actividad se inserta en la exigencia de que la empresa sea un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica»⁸.

La jurisprudencia española ha entendido que el concepto de autonomía a que se refiere el artículo 44, según el profesor BARREIRO GONZÁLEZ⁹, «...se mide en términos de capacidad productiva y no por el criterio organizativo (STS de 27 de octubre de 1994) o geográfico (SSTS de 1 de

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Transmisión de empresas y Derecho Europeo» en AA.VV., *La transmisión de empresas en Europa*, Caducci Editore, Bari, 1999.

⁶ Vid. OJEDA AVILÉS, A.; RODRÍGUEZ RAMOS, J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Transferencia de empresas: un análisis comparado de la transposición al Derecho italiano, francés, belga, alemán, inglés y español, de la Directiva 77/187» en AA.VV., *La transmisión de empresas en Europa*, Caducci Editore, Bari, 1999.

⁷ La negrita es nuestra.

⁸ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *op. cit.*, nota 5, págs. 9-10.

⁹ El poner entre paréntesis la referencia de las Sentencia a las que se refiere el profesor BARREIRO en notas a pie de página es nuestra.

diciembre de 1986, 16 de mayo de 1990). Lo importante a la postre, es que lo transmitido sea el soporte de una actividad diferenciada autónoma, o simplemente susceptible de funcionamiento autónomo: la autonomía pedida por ley podría ser, de este modo, una mera autonomía posible, potencial o de futuro (STCT de 30 de noviembre de 1988), "capacidad de ser objeto de explotación aislada" (STC de 3 de febrero de 1984) "susceptible de poder disgregarse de la empresa y actuar de modo autónomo, aunque para ello haya de dotársele de aquellos soportes complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado, susceptible de vida propia, que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada"(STS de abril de 1988)»¹⁰.

No obstante lo anterior, también la jurisprudencia nacional contempla el segundo de los criterios mencionados, como veremos más adelante.

En relación a los términos empleados por una y otra norma hay que decir que son más ajustados al criterio de «empresa-actividad» los términos utilizados por la Directiva de «centros de actividad o de parte de centros de actividad». Sin embargo, el legislador nacional ha escogido mantener la terminología utilizada en la anterior redacción del artículo 44, es decir, la de «centros de trabajo o unidad productiva autónoma».

La jurisprudencia española, como decíamos anteriormente, exige también en ciertos supuestos el criterio que hemos denominado «patrimonial-organizativo», básicamente cuando el supuesto cuestionado es una contrata o una concesión administrativa. Veamos cómo en la reciente Sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de enero de 2002 en la que hace referencia a varias sentencias del Tribunal Supremo, éste se pronuncia en el siguiente sentido: «Esta Sala ha venido declarando que la actividad empresarial precisa un mínimo de soporte patrimonial que como unidad organizativa sirva de sustrato a una actividad independiente, y es claro que la realización de unos servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte... La realización de unos servicios no constituye, pues, "unidad productiva autónoma", ni, como es obvio, "centro de trabajo"...».

Este criterio «organizativo patrimonial» es el que también parece deducirse de una interpretación sistemática de la norma española. Veamos cómo el artículo 51.11 del ET, que contempla uno de los supuestos de sucesión de titularidad de la empresa, el que se produce por venta judicial, establece que será aplicable el artículo 44 del ET cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y, por sí mismo, suficientes para continuar la actividad patrimonial.

Todo indica que tanto el legislador como los tribunales españoles prefieren el criterio «organizativo patrimonial» admitiendo sólo la aplicación del artículo 44 en contratas o concesiones administrativas si el cambio del contratista lleva aparejado la transmisión de bienes materiales propios de la anterior empresa.

¹⁰ BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 94, 1999, pág. 172.

3. Garantías individuales de los trabajadores.

Cuando nos referimos a las garantías individuales estamos pensando básicamente en dos: la de garantizar de una parte la continuidad de los contratos de trabajo y la de la tutela de las deudas laborales.

3.1. *Mantenimiento del vínculo laboral.*

Constituye la principal garantía individual reconocida a favor del trabajador en los supuestos de traspasos de empresa porque lo que prima, ante todo, es el mantenimiento del puesto de trabajo, es decir, del vínculo laboral.

El artículo 44 del ET, en su párrafo primero, establece «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva no extinguirá por sí mismo la relación laboral». Utilizando otras palabras, viene a decir lo mismo que el precepto comunitario «El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, no constituye 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».

El mantenimiento de los contratos de trabajo implica que lo hagan en su propio estado, esto es, sin alteración alguna de sus términos. Ya veremos en el apartado II de este trabajo cómo esta garantía se refuerza con una garantía colectiva, la del mantenimiento de las condiciones laborales del convenio colectivo.

No obstante y como hemos dicho anteriormente, sí podría darse la extinción de los contratos por otras causas diferentes a las del mero traspaso. En este punto nos parece más precisa desde el punto de vista técnico, la redacción que ha seguido el legislador nacional que la del comunitario, ya que pueden existir otros motivos de despido que los recogidos expresamente en la Directiva.

3.2. *Protección de las deudas laborales.*

Otra de las garantías individuales de los trabajadores en base a la normativa española sobre transmisión de empresas es la de protección de las deudas laborales. Esta garantía queda establecida del siguiente modo en el artículo 44: «1...quedando el nuevo empresario subrogado en 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. 3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones

laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito».

La normativa a la que se refiere el artículo 44.1 es el artículo 127.2 de la Ley General de Seguridad Social que establece: «En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo».

Y también el artículo 104.1 de la referida norma: «El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Así mismo, responderán, en su caso, del cumplimiento de esta obligación las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127.»

Los instrumentos básicos de estas garantías son dos. El primero de ellos es el de la responsabilidad solidaria de los dos empresarios en relación a las deudas nacidas con anterioridad a la transmisión. El segundo, la subrogación del nuevo empresario en las deudas laborales que hubiere adquirido el cedente.

La redacción del nuevo apartado 3 del artículo 44, determina que ya no exista duda sobre una cuestión que anteriormente se planteaba y resolvía la jurisprudencia, el hecho de que cuando se habla de deudas u obligaciones laborales, nos referimos también a las de Seguridad Social.

Otra cuestión que plantea dicho párrafo, que menciona el profesor ALARCÓN CARACUEL, es que «ex artículo 44.3 surge una responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones en materia de Seguridad Social nacidas antes de la transmisión *inter vivos*, responsabilidad solidaria que dura tres años; pero se especifica ahora, ello no hace desaparecer –puesto que juega «sin perjuicio de...»– la obligación, también solidaria establecida en los artículos 127.2 y 104.1 de la Ley General de Seguridad Social, referidos respectivamente al pago de prestaciones por los empresarios incumplidores de sus deberes en materia de afiliación, alta y cotización y, por otro lado, al pago de cotizaciones propias y de los trabajadores. En ambos casos se trata también de obligaciones nacidas antes de la sucesión de empresa; pero y aquí viene lo importante no estamos ante una mera reiteración de lo establecido en el artículo 44.3 por una razón: que, mientras dure la obligación en cuestión, y hay que recordar que el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de cuotas de Seguridad Social es de cuatro años (art. 21.1, b) de la LGSS) y que el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los cinco años (art. 43.1 de la LGSS), plazos ambos superiores al de tres años»¹¹.

¹¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Reflexión crítica sobre la reforma laboral del 2001», en *Revista de Derecho Social*, 15, 2001, págs. 64-65.

Otra cuestión que debemos plantearnos es el grado de transposición de la Directiva en esta materia, para entender el alcance del precepto nacional en relación a «los compromisos de pensiones» y «cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria».

La Directiva comunitaria establece en su artículo 3: «1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha de traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha de traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso». Hasta aquí nada hay que decir, porque precisamente esto es lo que ha hecho el legislador español; establecer la solidaridad, limitándola a 3 años, sin perjuicio de lo dicho anteriormente en relación a Seguridad Social.

En el apartado 2 de este artículo, se establece la posibilidad de adoptar medidas para garantizar la notificación de los derechos y obligaciones que se transfieran. El legislador nacional no ha hecho nada a este respecto, aunque no es de extrañar ya que figura como una cuestión potestativa.

El apartado 3, que hace mención a la obligación de mantenimiento, después del traspaso de las obligaciones pactadas en convenio.

Y el apartado 4 que es el realmente significativo a los efectos de lo que vamos a plantear, dicho precepto reza así: «4. a) Salvo disposición en contrario por parte de los Estados Miembros, 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».

El precepto español sí recoge, en su apartado primero, la obligación de subrogación del cesionario en los compromisos de pensiones y cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente. Luego sí cumple con la obligación potestativa establecida en el apartado cuarto de la Directiva en relación al primero. Lo que crea serias dudas es si el párrafo 3 del artículo 44 del ET recoge, en las transmisiones *inter vivos*, la responsabilidad solidaria de ambos empresarios en relación a las materias citadas. Si recordamos la anterior redacción del artículo 44 en la parte que establecía la responsabilidad solidaria se refería exclusivamente a las obligaciones laborales. En el apartado tercero se hace una mención a sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, luego queda claro que cuando hablamos de obligaciones laborales, después de la redacción del precepto están incluidas dentro de esta responsabilidad solidaria, las obligaciones de Seguridad Social que anteriormente mencionábamos. Si seguimos este mismo esquema de pensamiento, al no especificar en el párrafo 3 del artículo 44 una referencia a la normativa específica en materia de compromisos de pensiones y protección social complementaria, que sí menciona en el apartado uno del artículo, esto puede significar que

el legislador español no ha querido introducir dentro de la responsabilidad solidaria de ambos empresarios estas materias. Habrá que ver, en su momento, cómo la jurisprudencia interpreta este precepto a la hora de considerar si están o no incluidas las materias aludidas anteriormente. Así pasó en su momento con las obligaciones de Seguridad Social, que al no quedar el precepto claro tuvieron que ser introducidas a través de la jurisprudencia y posteriormente en el precepto, de ahí la nueva redacción del mismo en ese sentido.

Sin embargo, entendemos que se produce un cumplimiento defectuoso en la transposición a la Directiva comunitaria si analizamos el contenido del apartado 4 b) de la Directiva. Dicho precepto dice así: «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 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)».

Luego, a través de este precepto de la norma comunitaria, se establece una obligación imperativa a los Estados sobre la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos adquiridos, o en curso de adquisición, de las personas a las que se refiere dicho precepto, en cuanto a las prestaciones de jubilación comprendidas las prestaciones para supervivientes.

«Pues bien, examinada la regulación comunitaria, es clara a nuestro juicio la falta de adecuación de la norma española a la comunitaria, pues respecto a las prestaciones de jubilación y supervivencia causadas por el titular de prestación de jubilación, la norma española no protege los derechos en curso de adquisición— sólo los adquiridos conforme reiterada jurisprudencia—. Además, la afectación subjetiva del artículo 44 del ET refiere, únicamente, a los trabajadores en activo, y no como señala la norma comunitaria a "las personas que hayan dejado ya el centro de actividad de la cedente en el momento del traspaso"»¹².

II. GARANTÍAS COLECTIVAS DE LOS TRABAJADORES Y SU PROBLEMÁTICA

En este apartado segundo, desarrollaremos las garantías colectivas que se establecen en el artículo 44 del ET con ocasión de la sucesión de empresas. Entendemos por tales, las del mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio colectivo, las del ejercicio de los derechos de representación y las garantías de información y consulta.

¹² MORALA GÓMEZ, A., *op. cit.*, nota 2, págs.196-197.

1. Mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio colectivo.

El artículo 44.4 del ET establece que «salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión 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».

La Directiva Comunitaria utiliza sin embargo otra redacción «...el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración colectiva, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo».

Del precepto nacional transcrito podemos deducir varias consecuencias básicas. La primera de ellas es que si existe convenio colectivo en la empresa cedente, éste será de aplicación, en principio ¹³, a los trabajadores subrogados a la empresa cesionaria. Que esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio o hasta la entrada en vigor de otro que resulte de aplicación. Y la segunda es que no obstante lo anterior, este régimen se puede inaplicar si existe un acuerdo de empresa en este sentido.

Sin embargo el precepto comunitario no es tan claro como el anterior, en el sentido de si lo que debe aplicarse es el convenio colectivo en sí, o las condiciones de trabajo reguladas en él, como se previeron para el cedente. Aunque la discusión en principio puede parecer baladí, es de gran importancia, porque depende de cómo nos posicionemos, podremos establecer unas u otras consecuencias posteriormente.

Existen básicamente dos posturas clásicas en este tema, una la defensora de la tesis de que el convenio colectivo se mantiene en cuanto tal, esta postura parece que es la que se aproxima más a la literalidad del precepto nacional. Y otro sector doctrinal que entiende, que lo que se aplican son las condiciones de trabajo contenidas en el mismo, ésta se ajusta más a la redacción dada por la Directiva comunitaria ¹⁴. Nosotros participamos más de la segunda que de la primera. Esto es así,

¹³ Decimos en principio, remitiéndonos a lo que luego aclararemos en el apartado II.1.2.

¹⁴ Existe otra postura curiosa, minoritaria defendida por GALA DURÁN a la que el profesor SOLER hace referencia: «Esta posición nace de la interpretación del artículo 3.2 de la Directiva que obliga al mantenimiento de las "condiciones de trabajo pactada mediante convenio colectivo. Según esta tesis, de este precepto no se deduce la vigencia del convenio colectivo (que la perdería sobrevenidamente en el momento de producirse la transmisión) aunque perdurarían las condiciones laborales por él establecidas". Así, la Directiva "no está reconociendo la vigencia del convenio colectivo sino estableciendo una regla especial de modificabilidad de las condiciones de trabajo reguladas por convenio colectivo frente a las condiciones reguladas por otros medios". Con esta postura se aplicaría el convenio colectivo de la empresa cesionaria con la excepción de las condiciones de trabajo que a título personal debieran ser respetadas como consecuencia de la aplicación del artículo 44 TRET y, a su vez, se lograría mantener el principio de unidad de empresa, siendo más coherente que lo preceptuado en el artículo 82.3 TRET». SOLER ARREBOLA, J.A., «La determinación del convenio colectivo aplicable en supuestos de transmisión de empresa» en *Temas Laborales*, 59, 2001, pág. 301.

por la propia naturaleza de los convenios colectivos. Los convenios colectivos son normas integradas dentro del sistema de fuentes, que tienen fuerza vinculante solamente en las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación ¹⁵. Fuera de esos ámbitos pierde su fuerza vinculante y se desnaturaliza. Es por lo que entendemos, que si en estos supuestos, su aplicación es obligatoria, no es por su carácter de convenio colectivo sino porque existe un mandato *ex lege*, en ese sentido.

Salvador DEL REY se manifiesta en este mismo sentido: «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 traspasa 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» ¹⁶.

Pensamos que para justificar los efectos que produce el convenio más beneficioso para los trabajadores, no es necesario desnaturalizar el concepto de convenio colectivo.

Nuestra tesis garantiza, también, a los trabajadores, disfrutar de los mismos efectos beneficiosos, a los que antes hacíamos alusión, ya que entendemos que el precepto citado debe ser entendido en el sentido de que deben aplicarse las condiciones laborales pactadas en el convenio, manteniéndose las mismas, en virtud de la Directiva, en la misma medida que éste la previó para el cedente. Esto es como decir, que se aplicará el convenio colectivo de la empresa cedente, en el sentido de que los trabajadores, en principio, no deben sufrir ninguna variación de las condiciones de trabajo con ocasión del traspaso. Así mismo, implica decir que las condiciones laborales reflejadas en el convenio no quedan congeladas. Es decir, se siguen generando derechos de todo tipo incluidos los derechos en curso de adquisición (progresión –por el transcurso de tiempo–, si así estuviese pactado; antigüedad, entre otros) por la aplicación de las mismas, hasta la finalización del tiempo de vigencia que tenía el convenio.

Si no comprendemos así el sentido de este precepto, nunca entenderemos cuestiones como la de ¿cómo es posible que un convenio colectivo que no ha pactado un empresario le pueda vincular? o ¿cómo es posible que un convenio sea de aplicación a otros ámbitos para los que fue pactado? Por lo tanto en los supuestos en que sí es de aplicación el artículo 44 del ET, la aplicación del convenio se mantiene, no porque así se derive del convenio colectivo, que nunca debería ser fuente de obli-

¹⁵ Vid. STC 58/1985, de 30 de abril: «...el mandato que el artículo 37.1 de la CE formula a la Ley de garantizar "la fuerza vinculante de los convenios" no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*: antes al contrario la misma emana de la CE, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al mismo tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador (...). De otra parte, la garantía constitucional de la fuerza vinculante, implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática...».

¹⁶ DEL REY GUANTER, S., «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET», en la *Revista Temas Laborales*, 61, 2001, pág. 337.

gaciones en otros ámbitos diferentes para los que realmente se pactó, ni crear obligaciones para otra empresa que tampoco lo asumió. Lo que se produce es una aplicación *ex lege*, para aquellos casos contemplados dentro del ámbito de aplicación del artículo 44 del ET. La aplicación en estos supuestos de las normas contempladas en el convenio no procede del carácter vinculante que tiene el mismo dentro sus ámbitos de aplicación, sino del carácter vinculante de la Ley, es decir, del artículo 44 del ET¹⁷.

Por lo tanto, el convenio en estos supuestos se desnaturaliza y pasa a ser de aplicación a otros ámbitos diferentes para los que se pactó. La fuerza vinculante de los preceptos contenidos en ese convenio colectivo ya no proviene de su naturaleza de norma producto de la autonomía colectiva. Estos preceptos pasan a regular las relaciones laborales de los trabajadores subrogados, en base al artículo 44 del ET. Es decir, el convenio pierde su carácter y por lo tanto su fuerza vinculante al cambiar los ámbitos para los que fue pactado. Así entendido, podemos comprender cómo el precepto estudiado no supone ninguna alteración del sistema de fuentes. Es la propia ley la que permite mantener esas condiciones (con las salvedades hasta ahora expuestas) o regularlas de otro modo, exigiendo sólo para ello un acuerdo de empresa.

Tal vez la redacción llevada a cabo por la Directiva sea más clarificadora que el precepto nacional cuando dice «el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida que éste la previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor de aplicación de otro convenio colectivo».

En este precepto se puede ver claramente que el interés del legislador comunitario, y por lo tanto del nacional, debe ser que las relaciones laborales se rijan por lo pactado en convenio colectivo, pero en la forma en las que se previeron para el cedente. Es decir, que se mantengan como si los trabajadores hubiesen permanecido sin ser subrogados. Esto implica una garantía adicional para los trabajadores que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma (en el sentido definido en el apartado I) es decir, dentro del ámbito de aplicación del artículo 44. La diferencia de que no se trate de una subrogación del artículo 44 del ET o de que lo sea, supone la «congelación», en el primer supuesto, o no de las condiciones laborales de los trabajadores subrogados.

Por otra parte es curioso cómo el precepto nacional no alude a la limitación que establece la Directiva, del período de mantenimiento de las condiciones de trabajo. La Directiva establece que los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero que esta limitación no podrá ser inferior a un año. Dejamos apuntado aquí el problema que intentaremos analizar en los subapartados siguientes.

¹⁷ Cfr. MARTÍNEZ RIAZA, J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., «Sobre el deber de negociar el régimen de condiciones de trabajo aplicable a los trabajadores tras un proceso de subrogación empresarial» en *Revista de Derecho Social*, 13, 2001, págs. 194-197: «Pero debe quedar claro que lo que continúa aplicándose es el convenio colectivo en cuanto tal, y no tanto las singulares condiciones de trabajo contenidas en el mismo. Es manifiesto que la aplicación del convenio supone la aplicación de las condiciones de trabajo que él contiene, pero debe, como se dice, aclararse, que dichas condiciones son de aplicación no en cuanto tales, sino porque forman parte del convenio colectivo. Lo que sigue manteniéndose es la fuente de la regulación, y no tanto la regulación misma, que si se mantiene, es justamente, por estar contenida en dicha fuente».

1.1. Dualidad de convenios.

La doctrina al hablar del término, dualidad de convenios, quiere referirse al supuesto de hecho de que existan tanto en la empresa cesionaria como en la empresa cedente convenios colectivos vigentes¹⁸. Es decir, en el sentido de que producido el traspaso coexistirían en la empresa cesionaria dos convenios. Como anteriormente hemos expuesto no compartimos la tesis de que se produzca dualidad de convenios, por las razones expuestas más arriba.

Ni que decir tiene, que dualidad en este sentido no puede confundirse tampoco con «la concurrencia de convenios colectivos». Esta regla está pensada para casos «que tienen su origen en el fenómeno normativo de la negociación de un convenio posterior que afecta a otro ya existente, y no para la que trae su causa en vicisitudes de la relación de trabajo (sobre todo, por reestructuración de las organizaciones productivas)...»¹⁹.

Lo que sí podrían coexistir, una vez producida la subrogación, son órdenes normativas distintas que regulan las condiciones laborales de manera diferente para trabajadores de la misma empresa.

Pero en este orden de ideas, la defensa de una u otra tesis no debe influir en orden a la resolución del verdadero problema, la de cuál de las dos regulaciones se debe aplicar a los trabajadores subrogados, o si pueden coexistir las dos.

Al igual que existe doctrina en uno u otro sentido, la jurisprudencia también se manifiesta cambiante existiendo sentencias que exigen el respeto al mantenimiento de las condiciones de trabajo pero sin obligación por parte del empresario de mejorarlas, en el supuesto de que fueran mejores las de los trabajadores originarios de la empresa cesionaria²⁰. Otras se manifiestan en el sentido de aplicar la normativa más favorable al trabajador²¹. Y otras que manifiestan la imposibilidad de elegir una regulación a la carta, eligiendo, en su caso los conceptos que pudieran serles más beneficiosos de cada una²².

¹⁸ Vid. MORALA GÓMEZ, A., *op. cit.*, nota 2, pág.189: «Mientras que para la mayoría de la doctrina, se producía un fenómeno de concurrencia de convenios, el sector minoritario entendía que lo que existía realmente era una situación de pluralidad de convenios en una misma empresa –la cesionaria– cuyos ámbitos de aplicación propios impedían su entrada en colisión. Para aquel sector que defendía la existencia de una concurrencia de convenios, la solución que se venía aportando, era en unos casos, la aplicación estricta del artículo 44 ET, y por lo tanto la defensa del convenio de la empresa cedente y en otros casos, la solución aportada se resolvía a favor del convenio más favorable –cedente o cesionario– en aplicación del artículo 3.3 ET».

¹⁹ Vid. SOLER ARREBOLA, J.A., *op. cit.*, nota 14, págs. 299-300, que cita a MARTÍN VALVERDE, A., «Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo» en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz) *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*. Edersa, Madrid, 1995, pág. 116.

²⁰ Vid. STS de 5 de diciembre de 1992.

²¹ Vid. STS de 22 de junio de 1993.

²² Vid. STS de 12 de noviembre de 1993.

Para analizar esta cuestión hay que tener en cuenta la regulación del artículo 3.3 del ET, que dispone que: «Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables».

Partiendo de nuestra tesis, este precepto podría ser de aplicación al supuesto de hecho de que una vez producida la subrogación, coexistan dos tipos de regulaciones diferentes. Porque permite analizar la conflictividad entre normas estatales y convencionales. Según nuestra teoría, pueden coexistir una regulación que es de aplicación *ex lege* pero que originariamente tenía el carácter de convencional, y un convenio colectivo, que por sus ámbitos de aplicación, sería en principio regulador de las relaciones laborales de cualquier persona que prestara sus servicios como trabajador de la empresa cesionaria.

En este punto quiero volverme a referir a Salvador DEL REY ya que entiende, aun a pesar de haberse manifestado en el sentido de que no existe aplicación del convenio como tal sino como prescripción legal, que no es de aplicación el artículo 3.3 del TRET. Todo ello en base a «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». Un poco más adelante y con el objeto de justificar las numerosas sentencias en este sentido dice «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»²³. Aquí esta la diferencia entre su teoría y nuestra tesis, y es que nosotros en ningún momento olvidamos que las condiciones laborales del convenio colectivo se aplican por habilitación legal. Sin embargo Salvador DEL REY cuando argumenta por qué no puede ser de aplicación el artículo 3.3 del TRET olvida el punto de partida de su teoría, es decir la aplicación por prescripción legal. Por eso se basa en una doctrina del Supremo que sólo es de aplicación a los convenios colectivos no a regulaciones normativas que aun teniendo su origen convencional se aplican *ex lege*. Por ello posteriormente tiene que «justificar» la existencia de jurisprudencia que «aparentemente» está en contra de esa idea por él planteada²⁴.

²³ DEL REY GUANTER, S., *op. cit.*, nota 16, págs. 335-339.

²⁴ Vid. DEL VALLE, J.M., «La sucesión de empresa (reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores por Ley 12/2001, de 9 de julio)» en *Revista Práctica Mensual Social*, 72, 2002, pág. 34, donde contemplando este tema, manifiesta que «Las soluciones doctrinales que se barajaron para sortear el problema que planteaba este silencio fueron varias. Haciendo una síntesis muy rápida, y obviando ciertas etapas de tal historia, puede decirse que antes de la reforma legal que estudiamos había quienes se inclinaban por declarar aplicable en nuestro Derecho lo dispuesto en la normativa comunitaria, y se pronunciaban por el mantenimiento del convenio de la empresa cedente y había quienes, aceptando –lo que no dejaba de ser criticable– que la sucesión provocaba una colisión de normas, se pronunciaban por la aplicación al caso del principio de norma más favorable (art. 3.3 ET), ordenando en nuestro Derecho, con carácter general y sin referencia expresa a los casos de transmisión ahora estudiados, a deshacer esa colisión. Esta última opinión ha gozado de un buen apoyo; nuestros tribunales laborales le ha dado un trato privilegiado».

Desde nuestro punto de vista, no se puede dar una respuesta genérica al problema. Y ello por una cuestión, existen convenios colectivos que contienen cláusulas de vinculación a la totalidad, ello sin olvidar el equilibrio de intereses que se produce en todo convenio colectivo. Esto implica, entre otras cosas, que no puedes elegir que se te aplique sólo algunas de las disposiciones de ese convenio. Podría darse el supuesto por lo tanto de que ambas regulaciones contuviesen cláusulas de vinculación y en este supuesto, no habría duda, se tendría que elegir entre la aplicación de una u otra regulación. En este supuesto si la regulación dada por el convenio de la empresa cesionaria fuera más favorable (supuesto que no suele darse) entendemos que el trabajador podría por aplicación del artículo 3.4 del ET elegir la más beneficiosa. De hecho esto es lo que podría explicar la omisión que hace el legislador nacional al efectuar la transposición de la Directiva, de obligación de mantenimiento de las condiciones de trabajo a un período que no podrá ser inferior a un año. Todo ello en base a que la propia Directiva faculta a los Estados miembros a establecer disposiciones que sean más favorables para los trabajadores.

Es decir puede entenderse que lo que en principio pudiera parecer un cumplimiento deficiente de la transposición de la Directiva, en el sentido de que no establece al menos un período mínimo de un año de mantenimiento de las condiciones establecidas en el convenio colectivo de la empresa cedente, se debe a la facultad otorgada a los Estados de aplicar disposiciones más favorables al trabajador. Todo indica, que en caso de que dicha regulación no fuese mejor, el precepto nacional habría que interpretarlo con la limitación establecida en la Directiva y por lo tanto aplicársele las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo de la empresa cedente.

Por último podría darse el supuesto de que una de las regulaciones normativas que coexisten en la empresa cesionaria, contuviese una cláusula de vinculación a la totalidad y la otra no. Entonces sólo cabría dos supuestos, dependiendo del caso. O bien la aplicación de una u otra regulación, la que fuera más beneficiosa en su conjunto. O si el precepto del que pretendemos su aplicación no estuviese contenido en la regulación normativa que predica la vinculación a la totalidad, podrá aplicarse si no está regulada dicha materia en la normativa que debe aplicarse como un todo. Este precepto podrá aplicarse adicionándose a la normativa más beneficiosa.

Por todo lo dicho anteriormente y como hemos podido comprobar, es indiferente para los supuestos aquí contemplados defender o no el carácter convencional de las dos regulaciones aplicables en la empresa cesionaria. Puesto que el artículo 3.4 del ET, permite que se deduzca el conflicto entre dos normas, que pueden ser tanto estatales como pactadas.

1.2. Inaplicación del convenio colectivo vigente por acuerdo de empresa. Requisitos subjetivos del acuerdo.

Una de las cuestiones que plantea el precepto estudiado, es la posibilidad de que a través de un acuerdo de empresa, pueda existir una «derogación» del convenio colectivo de aplicación a los trabajadores subrogados.

Esta «derogación» tiene que acordarse después de producirse el traspaso. Y la Ley permite que sea a través de acuerdo de empresa. Pensemos que si fuera a través de convenio estaríamos ante otro supuesto diferente, el del último párrafo del precepto transcrito anteriormente, es decir, sustitución de un convenio por otro.

Como podemos apreciar estamos utilizando el término «derogación» en un sentido poco estricto, ya que más bien lo que se produce es la inaplicación de la regulación contenida en el convenio colectivo de la empresa cedente.

Es curioso cómo si no siguiésemos nuestra tesis, aparentemente la norma estaría quebrando la jerarquía de fuentes establecida en la normativa laboral. Ya que se permite aparentemente que a través de un acuerdo de empresa se derogue un convenio colectivo. Sin embargo lo que la Ley establece es un sistema de habilitación, que si bien en un momento dado permite la aplicación de una norma que, en principio no sería de aplicación, también establece la posibilidad de que por acuerdo no se produzca.

Lo que no especifica el artículo 44 del ET, es el período de mantenimiento de las condiciones laborales del convenio. Sólo se especifica que el acuerdo de empresa debe realizarse una vez efectuada la subrogación.

Anteriormente habíamos intentado justificar esta omisión del legislador nacional de la forma que manifestamos en el anterior apartado. Pero también es posible entender esa omisión en el sentido de que independientemente de cuándo sea el momento de su celebración, (siempre que se produzca una vez efectuado el traspaso) no debería ser de aplicación, dicho acuerdo, antes de transcurrido el período mínimo del año, garantizado en la Directiva. Y ello por entender que lo que realmente quiere dejar claro el legislador, en este precepto, no es tanto el momento de entrada en vigor del acuerdo de empresa, como establecer cuál es la representación de los trabajadores que debe pactarlo²⁵. Asunto que queda fijado al decir que deberá acordarse una vez producida la subrogación, debe ser la de la empresa cesionaria una vez efectuado el traspaso. Para saber cuáles son los representantes nos remitimos a lo desarrollado en el apartado II.2 de este trabajo, donde desarrollamos esta materia.

Por el término acuerdo de empresa debe entenderse cualquier acuerdo efectuado entre la representación de los trabajadores y la empresa que no cumpla las condiciones establecidas en el Estatuto para que pueda ser considerado convenio. Y entendemos que además debe considerarse dicho término no sólo en el sentido estricto del término, es decir, acuerdo de empresa, puede serlo también de centro de trabajo.

1.3. Temporalidad del mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio colectivo. Alcance material de su aplicación: contenido normativo, contenido obligacional.

Como hemos dejado apuntado anteriormente, los límites al mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio son de dos tipos. Las que podríamos llamar de sustitución, y las estrictamente temporales. Entre las primeras ya hemos analizado la de sustitución del convenio por otro conve-

²⁵ Vid. DEL REY GUANTER, S., *op. cit.*, nota 16, pág. 339.

nio de aplicación y la de inaplicación por acuerdo de empresa. Entre las segundas el legislador nacional sólo ha expresado una, la de mantener las condiciones hasta que el convenio colectivo expire. Recordemos que la Directiva comunitaria utilizaba los términos «hasta la fecha de extinción o expiración del convenio colectivo».

En relación a la interpretación que deba darse al precepto conviene señalar lo que han puesto ya de manifiesto J. MARTÍNEZ RIAZA y M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: «Resulta, no obstante, que en el ordenamiento jurídico español, la llegada del término final del convenio colectivo no supone su expiración, o mejor dicho, no supone que el régimen contenido en él deje en esa misma fecha de ser aplicado, sino que de conformidad con el artículo 86.3 del ET, y salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario, su contenido normativo continuará siendo de aplicación hasta que entre en vigor o comience a aplicarse otro convenio colectivo. Con lo que, una interpretación coordinada o conjunta de ambos preceptos, lleva a la conclusión de que el convenio colectivo que regía antes de la subrogación debe seguir aplicándose hasta que entre en vigor o comience la aplicación de otro convenio colectivo que lo sustituya, incluso en el caso de que entre en fase de prórroga de su parte normativa, ya que, como acaba de verse, el artículo 3.3 de la Directiva 98/50 obliga a mantener la aplicación del convenio colectivo "en los mismos términos" que lo haría el anterior empresario, y no cabe duda de que el anterior empresario hubiera venido obligado a aplicar el convenio colectivo, aun cuando éste entrara en fase de prórroga de su fase normativa»²⁶.

Ni que decir tiene que nosotros participamos de las opiniones manifestadas por estas autoras pero aplicadas desde nuestra perspectiva en el sentido de que toda referencia que ellas mencionan a la aplicación del convenio, en cuanto tal, debe ser referida a la aplicación de las condiciones pactadas en el mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez más podemos demostrar la ventaja de la aplicación de nuestra tesis, en base a que existen autores que bajo la lógica de entender que lo que se aplica es el convenio colectivo, en sí mismo, manifiestan la imposibilidad de defender que sea de aplicación el contenido normativo de éste cuando pierde su vigencia. En opinión de estos autores la salida por parte de los trabajadores de la empresa y del ámbito de aplicación del convenio de la misma impide que puedan quedar amparados por la prórroga de la parte normativa de un convenio colectivo que ya no les pertenece²⁷.

Una vez más desde nuestra perspectiva como lo que se debe aplicar son las condiciones pactadas en el convenio colectivo de la empresa cedente y éstas deben ser aplicadas en la misma medida, y aquí está la clave, en que se previeron para el empresario cedente. Y puesto que el empresario cedente se hubiese visto obligado a aplicar el contenido normativo una vez finalizada su vigencia, es posible defender la obligación de mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio que hubiesen tenido carácter normativo.

²⁶ MARTÍNEZ RIAZA, J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *op. cit.*, nota 17, pág. 196.

²⁷ *Vid.* MARTÍNEZ RIAZA, J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *op. cit.*, nota 17, págs. 199-200.

En cuanto al contenido obligacional de las cláusulas contenidas en el convenio ni que decir tiene que no serían de aplicación por la misma causa. Ya que si lo que prima es la aplicación de las condiciones pactadas en el convenio como éste las previó para el empresario cedente, a no ser que éste pactara expresamente en el convenio, la prórroga de su contenido obligacional, las cláusulas de este tipo no deberían aplicarse.

Ponemos de manifiesto, como lo hacíamos anteriormente, que el precepto nacional no menciona la limitación temporal que la norma comunitaria establece. Esto es, la de obligación en el mantenimiento de las condiciones al menos un año. Y desconocemos cómo se va a tratar este problema, es decir si los jueces y tribunales españoles van a integrar este precepto, en el sentido de aplicarlo según la norma comunitaria.

No obstante lo anterior entendemos que pudiera defenderse la subsidiariedad de las primeras limitaciones a las que hacíamos referencia, las que llamábamos de sustitución frente a la temporal. Es decir que podrían sustituirse las condiciones establecidas a través del convenio de la empresa cedente a través de acuerdo de empresa o convenio siempre que se hubiesen mantenido las mismas al menos un año.

Defendemos por lo tanto el mantenimiento de dichas condiciones al menos un año salvo que la empresa cesionaria (como explicábamos en el epígrafe II del apartado 1) dispusiese de un convenio más favorable. Esta interpretación del precepto nacional también supondría una interpretación integradora de la norma comunitaria, que como ya explicamos en el apartado mencionado permite, a los Estados miembros aplicar disposiciones más favorables a los trabajadores que las contenidas en la Directiva.

En todo somos de la opinión de que el precepto nacional debería integrarse con la norma comunitaria y aplicarse en ese sentido.

1.4. Mantenimiento de las obligaciones de protección social complementaria.

El hecho de haber mantenido este epígrafe en este apartado de esta segunda parte del trabajo es con el objeto de llamar la atención en una materia tan importante para el trabajador actual como es la protección social complementaria.

Es claro por lo que hemos dicho en el apartado I.3.2 de este trabajo, que éste no es el sitio que le corresponde dentro del trabajo, por lo que a él nos remitimos para el desarrollo de su contenido.

Esta opción elegida por el legislador es válida desde el punto de vista de la transposición de la Directiva pero no desde el punto de vista político, cuando hoy en día, se están intentando potenciar cada vez más las medidas de protección social complementaria.

El legislador nacional hubiera podido hacer uso de la facultad que le otorgaba la Directiva comunitaria de incluir esta materia dentro del ámbito de condiciones pactadas en el convenio colectivo. Es decir, le hubiera bastado con hacer mención expresa de que esta materia estaba incluida den-

tro del ámbito de protección del apartado 3, del artículo 3 de la Directiva, sin embargo no le ha interesado garantizar esta materia a través de la garantía colectiva de mantenimiento de las condiciones pactadas en convenio colectivo.

No obstante aquí dejamos expuesta, desde nuestro punto de vista, la conveniencia de que en próximas reformas laborales se introdujeran estas materias dentro del ámbito de protección que les corresponden, el de la protección otorgada a través de los mecanismos de defensa de las garantías colectivas.

2. El impacto de la sucesión empresarial en el ejercicio de los derechos de representación.

Al hablar sobre el ejercicio de los derechos de representación queremos aludir al ejercicio de las funciones de los representantes legales de los trabajadores.

El estudio sobre el impacto que la sucesión empresarial (entendida en el sentido desarrollado en el apartado I de este trabajo) provoca en el ejercicio de esos derechos, implica estudiar varias cuestiones básicas.

En primer lugar, habrá que tener en cuenta, que en los supuestos en los que la norma permite ejercer esas facultades, a los representantes provenientes de la empresa cedente, éstas se ejecutarán «en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad»²⁸. Es decir, que siempre que la norma permita la posibilidad de que los representantes sean los mismos, la sucesión empresarial en sí misma, no provoca ninguna modificación del estatuto y funciones de los representantes, que se continuarán desarrollando como antes de producirse el traspaso.

Esta conclusión se desprende tanto de la redacción del precepto nacional como del comunitario. Y lleva implícito que el tiempo de mandato de estos representantes en la empresa cesionaria, es el que le restará del tiempo disfrutado en la empresa cedente. Es decir, teniendo en cuenta que el mandato en nuestra legislación es de cuatro años, los representantes no deberían superar ese período entre ambas empresas.

Esto se deriva, por una parte, del carácter de continuidad que imprime la sucesión empresarial y de otra del mantenimiento del estatuto, funciones y condiciones de ejercicio del mandato de los representantes de los trabajadores. Es decir, el mantenimiento de las condiciones que tenían en la empresa en la que fueron elegidos, implica el mantenimiento del mismo período de mandato de éstos. La solución contraria llevaría a perpetuar la representación de los trabajadores, en contra de lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional (STC 57/1989). En relación a este tema dejamos apuntado un problema que desarrollaremos en los subapartados siguientes, ¿qué ocurre cuando finalizan los cuatro años de mandato de los representantes en la empresa cesionaria, y no se reúnen las condiciones necesarias para que se celebren nuevas elecciones sindicales?

²⁸ Vid. párrafo quinto del artículo 44 del ET.

En otro orden de ideas, al hablar del mantenimiento de las mismas condiciones, también nos estamos refiriendo a aquellas que pactadas primitivamente en convenio, supusieran una mejora a las establecidas en la Ley. Con ello nos estamos refiriendo a la posibilidad de acumulación del crédito horario sindical (bolsa de horas); concesión por parte del empresario de un mayor número de horas sindicales de las que les corresponde por Ley; mantenimiento de funciones pactadas, y no contempladas en la Ley; entre otras. Es decir, el mantenimiento de cualquier condición, que no contemplada en la Ley (porque las establecidas en la Ley es evidente que su mantenimiento es obligatorio), implicase mejora de las establecidas legalmente y estuviera previamente pactada, a través de convenio colectivo.

Lo anteriormente expuesto en el párrafo anterior implica un problema, que analizaremos en otro de los apartados de este trabajo pero que dejamos ya apuntado. Si estas condiciones de mejora, a las que nos referíamos anteriormente partieran de un convenio colectivo, cuya vigencia fuera menor que la del mandato de estos representantes, ¿qué pasaría? ¿tendría obligación el empresario cesionario de seguir manteniéndolas, más allá de la vigencia del convenio?

Otra de las cuestiones básicas al analizar el impacto que provoca la sucesión empresarial en el ejercicio de los derechos de representación, es la derivada de que la empresa, entendida ésta en sentido genérico, conserve su autonomía o no. Dada la importancia de esta cuestión, la estudiaremos en los epígrafes siguientes. Ésta afectaría de forma directa a que los representantes en la empresa cesionaria pudieran ser los mismos o no. Y de manera indirecta a las condiciones de ejercicio de la función de representación. Ya que si se tuviesen que celebrar nuevas elecciones en la empresa cesionaria, evidentemente las condiciones de ejercicio de las funciones de representación serían diferentes. Otra duda que dejamos apuntada es la de qué pasaría si permaneciese vigente el convenio colectivo más allá del período de mandato de los representantes de los trabajadores.

2.1. Supuesto de que la empresa conserve su autonomía.

En este apartado haremos mención al término empresa en sentido amplio (empresa, centro de trabajo, unidad productiva autónoma, etc.). Es decir, en el sentido desarrollado en el apartado I de este trabajo, al que ahora nos remitimos.

Por lo tanto para encontrarnos ante el supuesto de hecho de la norma (nacional y comunitaria), es necesario, que se conserve la autonomía de la empresa. Y ello en base a que si se produce la desaparición de la base objetiva sobre la que opera la representación, dicha representación no puede ser impuesta a los trabajadores que no fueron electores. Ni los representantes pueden con carácter voluntario, asumir la representación de esos trabajadores que no les eligieron.

La consecuencia básica que se deriva del cumplimiento de este supuesto de hecho (que la norma conserve su autonomía) es la de que el mandato representativo se mantenga en la empresa cesionaria, con las mismas condiciones que antes del traspaso, como exponíamos en el epígrafe anterior.

No obstante ni el precepto comunitario ni el nacional definen qué debe entenderse por autonomía²⁹. Y esto conlleva una serie de cuestiones que expondremos a continuación y que no solucionan dichas normas.

Tanto la Directiva comunitaria al referirse a los términos «centros de actividad o parte de éstos» como el artículo 44 del ET cuando habla de «unidad productiva autónoma», entiende el término autónomo, como ya expusimos en su momento, en el sentido de que sea posible el llevar a cabo con ellos una actividad económica, ya sea esencial o accesorio. Esta interpretación derivaba del desarrollo jurisprudencial comunitario, como aludíamos en el apartado I. Ahora debemos plantearnos si debemos entender en el mismo sentido la palabra «autonomía». Es decir, si nos basta para que se produzca el supuesto de hecho de la norma que el objeto de traspaso (empresa, centro de trabajo, unidad productiva autónoma) deba mantenerse delimitado en todos sus «ámbitos» de la misma manera que en la empresa cedente o por el contrario, si alguno de estos ámbitos puede variar.

Dentro del término «ámbito» queremos incluir tres conceptos, los elementos materiales del traspaso, la actividad económica y los trabajadores.

Nosotros creemos que lo básico es que se mantenga intacto el último elemento para que pueda hablarse en este sentido de autonomía. Ello es así porque los elementos materiales pueden integrarse con otros elementos y esto no influiría si se mantuviesen los mismos trabajadores. La actividad económica podría variar pero tampoco afectaría a la autonomía si se mantuviesen independientes los trabajadores.

Podemos concluir por lo tanto que el sentido autonomía debe aplicarse al mantenimiento de forma independiente de los trabajadores provenientes de la empresa cedente. Otro de los argumentos que se pueden dar para entender que los preceptos no emplean en el mismo sentido los términos «Autónoma» y «autonomía», es que el primero de los términos es necesario que se dé para que se entienda que es de aplicación el artículo 44, el segundo de los términos es necesario para que se mantenga el mandato de los representantes de los trabajadores.

Si a estos trabajadores se les adiccionaran trabajadores de la empresa cesionaria que no tuvieran representantes de los trabajadores, bien porque no pertenecían a ésta antes del traspaso, bien porque perteneciendo a ella no hubiesen celebrado elecciones ¿Qué pasaría? Algunos autores entienden que podrían, en este supuesto, celebrarse elecciones parciales en la empresa cesionaria, según el artículo 67.1 del ET. Es evidente que si los trabajadores de la empresa cesionaria tienen representantes de los trabajadores, acabaría el mandato de los representantes provenientes de la empresa cedente y al existir aumento de plantilla, plantearse la posibilidad de celebrar elecciones parciales en la empresa cesionaria.

Lo dicho anteriormente y el mantenimiento de las condiciones contemplado en el supuesto de hecho de la norma debería producirse siempre que quedase afectado por el traspaso alguno de los representantes de los trabajadores. Recordemos que aunque la transposición del artículo 44 no lo haya efectuado, la Directiva comunitaria establece que los Estados miembros tomarán las medidas

²⁹ Salvador DEL REY distingue entre si dicho término 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–. Vid. DEL REY GUANTER, S., *op. cit.*, nota 16, págs. 344-345.

necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estaban representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, durante el período necesario para celebrar nuevas elecciones.

Ahora ya nos encontramos en disposición a contestar a una de las preguntas que nos hacíamos en el apartado anterior, la de qué ocurría cuando transcurrían los cuatro años de mandato de los representantes y no se reunían las condiciones necesarias para celebrar nuevas elecciones. Yo entiendo que los representantes podrán alargar su mandato por el tiempo estrictamente necesario hasta la designación de nuevos representantes.

Por las razones expuestas anteriormente este precepto debe aplicarse en dos sentidos. Siempre que se produzca el traspaso de algún representante de los trabajadores, éste deberá mantener su mandato representativo en las mismas condiciones (incluido la del período de tiempo que le resta). Al hilo de esto, también podemos dar respuesta a otra de las cuestiones que nos planteábamos más arriba: ¿si las condiciones vienen establecidas en el convenio colectivo y éste finalizase su vigencia antes de la finalización del mandato de los representantes, estaría obligado el empresario a mantenerlas? Yo entiendo que sí, en base a que está establecido en el artículo 44. Es decir la cobertura para ello la da este precepto, ya que si no estaríamos ante una norma obligacional contenida en un convenio. Esto implica que una vez finalizado el convenio, ésta ya no obligaría a las partes firmantes del convenio, y menos aún al nuevo empresario. Pero ¿qué ocurriría al revés, es decir, si la vigencia del convenio se extendiese más allá del mandato de representación de los representantes provenientes de la empresa cedente? En este caso entendemos que estas condiciones ya no serían de aplicación, por las mismas causas expuestas, al tratarse de contenido obligacional, éste sólo vincula a las partes firmantes del convenio. Además en este supuesto no existe norma legal que permita defender la aplicabilidad de dichas condiciones como en el supuesto anterior.

Para que sea de aplicación todo lo expuesto anteriormente, es independiente que no se hayan traspasado todos los representantes de los trabajadores a la empresa cesionaria. Por otra parte si no se traspasa ningún representante, aun existiendo en la empresa cedente, puesto que el legislador español no ha adoptado ninguna medida al respecto ¿podría entenderse que los representantes desde la empresa cedente pueden ejercer su mandato representativo hasta que se den los requisitos necesarios para la celebración de nuevas elecciones? o debería entenderse que si existen representantes en la empresa cesionaria ¿éstos son los que podrían ejercer estas funciones hasta que fuese posible una nueva designación? Sólo encontramos en nuestro derecho un precepto, el artículo 17 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en la que se permite para determinados supuestos las facultades de ejercicio de representación de los representantes de la empresa usuaria.

Si analizamos este precepto nos daremos cuenta que sólo se permite el ejercicio de esa facultad en un supuesto muy concreto, reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Además esta atribución no implica una disminución en las facultades de los representantes de la empresa cedente, que yo entiendo que pudieran perfectamente ejercitar este tipo de reclamaciones también. Si no que el precepto está pensado para facilitar la defensa de los trabajadores en todo caso, y más en un supuesto en que la práctica demuestra que los trabajadores apenas mantienen contacto real ni con la empresa de trabajo temporal, ni con los representantes de los trabajadores de la misma. Aun así, como el legislador entiende que entre ambas representaciones sindicales podrían tener conflicto de intereses en determinados supuestos, se limita ese ejercicio a los de la empresa usuaria.

Puesto que el legislador no ha efectuado la transposición de ese supuesto de la Directiva nosotros entendemos que una solución que hubiera podido ser válida es la de mantener el mandato de representación (hasta que sea posible designar nuevos representantes) sin perjuicio de que los representantes se encuentren en la empresa cedente, sin perjuicio del reconocimiento de una facultad análoga a la del precepto citado de los representantes de la empresa cesionaria, siempre que existan ellos y no se produzcan conflicto de intereses entre ambas representaciones.

Ahora se hace necesario exponer una diferencia entre nuestro precepto normativo y la directiva transpuesta. El artículo 44 del ET establece que siempre que la transmisión conserve su autonomía los representantes legales de los trabajadores seguirán manteniendo su autonomía. Mientras que en la Directiva se establece que el mantenimiento del mandato no se mantiene en el supuesto de que pudiesen cumplirse las condiciones necesarias para una nueva designación. Esta aparente diferencia, no debería considerarse como tal, sino entenderla en el sentido de que en el derecho español como se exige una antigüedad en la empresa donde haya que efectuar la designación de representantes, nunca puede darse el supuesto de la Directiva. Suponemos que habrá legislaciones donde sí se produzca este supuesto y en éstas tenga sentido el desarrollo de la Directiva.

2.2. Supuesto de que la transmisión no conserve su autonomía.

En primer lugar habría que considerar nuevamente como hacíamos en el apartado anterior lo que entiende el precepto por autonomía, por lo que nos remitimos a él, con el objeto de no ser repetitivos.

En este supuesto el mandato de los representantes se extinguiría y aunque el artículo 44 no dice nada, entendemos que debería ser de aplicación lo establecido en la Directiva, es decir seguirán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales. Pensemos que esta medida de protección la normativa española la fija en un año, desde la finalización del mandato.

Es decir, aunque el artículo 44 del ET no lo especifique, habrá que entenderle integrado, siendo completado el mismo por el artículo donde se hace mención a la protección garantizada a cualquier representante una vez finalizado su mandato.

3. El impacto de la sucesión empresarial en el ejercicio de los derechos de información y consulta.

3.1. Los sujetos obligados a dar la información.

Los sujetos obligados a dar información son el cesionario y el cedente. Ello con independencia de que hayan sido ellos lo que hayan tomado la decisión de la transmisión o ésta haya sido por las empresas que ejercen el control sobre ellos. Por eso el artículo 44.10 del ET, plantea la obligación de información y consulta con carácter ineludible. Con independencia de quién haya tomado la decisión.

Si recordamos la redacción del antiguo artículo 44 establecía que la obligación en los supuestos de sucesión *inter vivos* era del cedente y subsidiariamente del cesionario.

Esta nueva redacción deriva de la aplicación del artículo 7.1 de la Directiva y tiene sus consecuencias en la ampliación del número de trabajadores informados, como del momento de darse esa información, como a continuación veremos.

3.2. Los destinatarios de la información: a) los representantes de los trabajadores; b) los trabajadores directamente.

Mientras que el deber de consulta se establece sólo con respecto a los representantes de los trabajadores, el deber de información en principio debe darse tanto a los representantes de los trabajadores, como a los trabajadores en caso de que éstos no existan. Además hay que tener en cuenta lo que antes decíamos, con la nueva redacción del artículo 44 del ET, la obligación de dar información se establece a favor de los representantes de los trabajadores de la empresa cedente como de la empresa cesionaria. En el caso de que éstos no existan, el cedente y el cesionario tendrán el deber de información pero sólo hacia los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión.

Esto que supone una novedad se deriva del contenido del artículo 7.6 de la Directiva comunitaria.

3.3. Contenido de la información.

La información viene especificada en el artículo 44.6 del ET. Ésta deberá contener necesariamente la fecha y los motivos de la transmisión. Así como las consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la transmisión para los trabajadores y las medidas previstas respecto de los mismos. Estos últimos requisitos deberán ser desarrollados por la jurisprudencia para poder llegar a valorar su alcance y que no se convierta en un mero trámite.

Mientras que el contenido de la información que se debe dar a los representantes de los trabajadores deriva del artículo 7.1 de la Directiva, el que se tiene que dar a los trabajadores que pudieran resultar afectados se deriva del artículo 7.6 de la misma. Es curioso que ni en el precepto nacional ni en la Directiva se establezcan las consecuencias de esta falta de información o de que existiendo sea incompleta o defectuosa. Lo deseable es que se hubiese establecido algún tipo de consecuencia jurídica, como inaplicación de las medidas, nulidad de la subrogación, entre otras, independientemente de las de orden sancionador que más adelante veremos.

3.4. Momento de la información: a) interpretación sobre el alcance de la expresión «suficiente antelación»; b) el particular supuesto de fusión y escisión de sociedades.

Tanto en la norma estatal como en la comunitaria se establece una precisión en orden a garantizar la eficacia de la información. El artículo 44.8 del ET establece que el cedente vendrá obligado a facilitar la información antes referida con la suficiente antelación, concretada esta previsión, en

todo caso a un momento anterior a la realización de la transmisión³⁰. En el caso del cesionario suficiente antelación significa en todo caso antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. Luego como podemos ver el momento de dar información a unos u a otros puede ser diferente, no tiene por qué coincidir.

Al igual que veíamos anteriormente si los empresarios, cedente y cesionario, incumpliesen esa obligación, la única previsión legal es la sancionadora establecida en el artículo 7.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social adicionada por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Este precepto contempla como infracción grave el incumplimiento del deber de información del artículo 44.7.

En relación al momento de cumplir el deber de información existen dos supuestos especiales en los que sí queda mejor delimitado ese tiempo, es el de fusión y el de escisión de sociedades. En estos supuestos debería entenderse tiempo suficiente de antelación en todo caso al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

El carácter de especial de estos dos supuestos no deriva de la norma comunitaria, sino del propio derecho nacional que lo establece. Los artículos 238 y 254 de la Ley de Sociedades Anónimas establece a favor de los representantes de los trabajadores un derecho de información semejante al de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones en el momento de la convocatoria de la junta que ha de adoptar el acuerdo de fusión. De la misma manera lo establece el artículo 94.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

3.5. La exigencia del período de consultas en los casos de adopción «medidas laborales» (art. 44.9 ET: a) planteamiento general y alcance de la obligación; b) su interacción con los supuestos de traslado colectivo y de modificaciones sustanciales de carácter colectivo).

El derecho de consulta previo en el Estatuto de los Trabajadores había quedado circunscrito a cuatro supuestos. El de suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción recogido en el artículo 47 del ET. Y aquellos casos en que ciertas medidas afectaren a un número determinado de trabajadores. Éstos eran los traslados colectivos, regulados en el artículo 40.2 del ET, modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, del artículo 41.4; y los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en el artículo 51 de la referida norma.

³⁰ Como indica Salvador DEL REY «...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 artículo 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 norma 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...» en DEL REY GUANTER, S., *op. cit.*, nota 16, págs. 339-342.

Ahora tras la reforma operada cabe preguntarnos si se amplía el número de supuestos en los que pudieran darse la necesidad del inicio de un período de consultas o si se trata simplemente de una norma de referencia. Es decir, si debe considerarse que el término «medidas laborales» debe hacer referencia a las medidas enumeradas en el párrafo anterior, o cabe algún tipo de medida diferente.

La norma comunitaria no aclara nada al respecto y sin embargo el precepto nacional sí hace referencia a dos de los supuestos antes referidos.

En todo caso y sin perjuicio de que la jurisprudencia vaya dotando de contenido a este término, lo que sí establece el precepto es que en los supuestos de traslados colectivos o modificaciones sustanciales el procedimiento de consultas se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 del ET.

Otra vez más nos asalta la duda, y si nos encontramos ante otro tipo de medidas que tengan establecido también un procedimiento diferente, como puede ser el de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Significa esto, que en este supuesto no estamos obligados a seguir el procedimiento establecido específicamente en la Ley. Significa, por el contrario, que la designación efectuada por el precepto, implica que no es un listado cerrado, sino meramente ejemplificativo.

Yo entiendo que lo más correcto sería pensar que no se trata de una enumeración que tenga el carácter de *numerus clausus*. Por otra parte, y por motivos de seguridad jurídica, pensamos que siempre que exista la adopción de alguna medida de las no contempladas específicamente en este artículo, que tenga establecido un procedimiento especial, a éste habrá que acudir para desarrollar el período de consultas de que se trate. Por otra parte el entender que se trata de una lista abierta de supuestos nos llevaría a pensar si podrían darse otro tipo de «medidas laborales», y en caso de que nuestra respuesta fuese afirmativa ¿cuál sería el procedimiento a aplicar?

No alcanzamos a pensar qué otro tipo de medida podría adoptarse que no fuera de las mencionadas al principio de esta pregunta, sin embargo merece la pena hacerse la anterior pregunta para remarcar una vez más la imprecisión técnica de la norma ³¹.

3.6. Las obligaciones de información y consulta en los grupos de empresa.

Con el título de este apartado queremos referirnos a las garantías establecidas en favor de los derechos de información y consulta en el artículo 44.10 del ET. Este precepto establece que estos derechos serán ineludibles independientemente de que la decisión relativa a la transmisión la hayan efectuado los empresarios cedente y cesionario o las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Esta regulación deriva de la aplicación del artículo 7.4 de la Directiva. Con ésta se pretende que el cumplimiento de las obligaciones de información y consulta no puedan ser limitadas ni incumplidas por el hecho de que no se ostente la información requerida o que el centro de adopción de decisiones de cara a la negociación prevista en este artículo no esté en la empresa transmitida.

³¹ Salvador DEL REY entiende que sí puede darse otro tipo de medidas que él llama no sustanciales, sin embargo no especifica cuál ha de ser el procedimiento a seguir cuando nos encontremos ante las mismas, ni tampoco especifica, ni ejemplifica qué puede ser una medida no sustancial. *Vid.* DEL REY GUANTER, S., *op. cit.*, nota 16, págs. 342-343.