

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra

Extracto:

SE plantea en este trabajo el estudio de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en relación al establecimiento por la misma de técnicas de solución a los problemas generados por las empresas en crisis, en orden al tratamiento legal que se ofrece a los efectos sucesorios en los procesos concursales, en sus dos fases, de concurso y de liquidación y siendo la pieza fundamental la solución negociada con la representación de los trabajadores, es decir, a través y en la fase de «convenio», según reza la Exposición de Motivos.

Contrariamente a lo esperado, en la citada Ley prima más la fase liquidatoria ofreciendo al adquirente la exoneración de obligaciones laborales, como son los efectos sucesorios o el pacto de modificación de condiciones de trabajo; obligaciones que debían ser relevantes en la fase de concurso donde el reflotamiento de la empresa es el objetivo prioritario antes que su liquidación en la fase final donde el eventual adquirente no pensará en reflotación empresarial alguna por su estado económico.

El presente trabajo contiene soluciones a este problema, previstas en nuestro Ordenamiento jurídico, para los supuestos de fusión de sociedades, uniones jurídico-mercantiles y uniones económicas *de facto* (supuestos de integración-participación económica) dables en la fase de concurso, así como para los supuestos de enajenación de la empresa producida tanto en la fase de concurso como en la de liquidación.

Sumario:

1. Normativa Europea y Derecho Español.
2. Movilidad de capitales.
 - A) Previsión legislativa.
 - B) Integración-participación económica: supuestos.
 - C) La enajenación de la empresa concursada.
 - a) Fase de concurso.
 - b) Fase de liquidación.

1. NORMATIVA EUROPEA Y DERECHO ESPAÑOL

La Directiva Europea 1977/187/CEE sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, se adoptó, entre otras ¹, en aplicación del programa de Acción social de 1974, de acuerdo a los artículos 100 y 117 del Tratado de Roma, con la finalidad de paliar en la medida de lo posible las consecuencias sociales de los procesos de reestructuración de empresas, protegiendo a los trabajadores a través del mantenimiento de sus derechos en supuestos de cambio de empresario. Años más tarde, esta Norma fue modificada por la Directiva 1998/50, de 29 de junio, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, adaptándose a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre todo respecto al entendimiento del ámbito de aplicación de la Norma europea, conceptos de traspaso y trabajador, procediendo a establecer un nuevo régimen jurídico en los supuestos en los que el cedente se encuentre afectado por un procedimiento concursal.

De este nuevo régimen jurídico de transmisión de empresas sujetas a procedimiento concursal dio buena cuenta el incorporado artículo 4.bis de la Directiva 1998 debido «a las repercusiones del mercado interior, a las tendencias legislativas de los Estados miembros en lo que se refiere al rescate de las empresas en dificultades económicas, a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, a la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos, a las normas legislativas de las legislaciones de los Estados miembros referidas a despidos colectivos y a las normas legislativas, en fin, vigentes en la mayoría de los Estados miembros».

Las dos Directivas han sido refundidas por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo (en adelante Directiva), en aras a una mayor racionalidad y claridad, codificándose la disciplina comunitaria sobre el tema de la transmisión de empresas.

El título jurídico a través del cual existe una transmisión, que no ha quedado modificado, y a efectos de la Directiva según el artículo 1.1.º, puede ser «la cesión contractual o la fusión». Son dos

¹ Las otras fueron: Directiva 1975/129, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos y Directiva 1980/897, de 20 de octubre, sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

formas posibles que autorizan la aplicación de la Directiva y, por tanto, la transmisión de empresa, que han sido interpretados por el Tribunal de Justicia Europeo de una forma teleológica, en orden a la garantía del mantenimiento de los puestos de trabajo ², incluyéndose los supuestos de transmisión por decisión judicial, aunque cuando se trataba de procesos concursales los efectos jurídicos no alcanzaban su plenitud como en los otros supuestos.

En efecto, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ³, en interpretación de la Directiva de 1977, entendió que si el procedimiento concursal tenía como finalidad la liquidación de la empresa y la garantía de los derechos de todos los acreedores no resultaría de aplicación esa Directiva, es decir, no estaríamos ante supuestos de transmisión; pero, si el procedimiento tenía como objeto la salvaguarda del patrimonio de la empresa, suspendiendo el pago de sus deudas para permitirle equilibrar su situación patrimonial y continuar su actividad, entonces la Directiva 77/1987 sí resultaba de aplicación.

El Alto Tribunal matizó su doctrina después valorando el elemento de la continuidad de la empresa, en cuyo caso no se aplicaría la Directiva a las transmisiones de empresas en el marco de un procedimiento concursal, pero sí cuando se acuerde que prosiga la actividad empresarial ⁴. A pesar de que las condiciones de trabajo podían verse reducidas para los trabajadores traspasados se valoró por el Tribunal el posible peligro en que se podían poner los planes de viabilidad pactados con el fin de conservar el empleo en las mismas. Siguiendo un criterio finalista se aduce por el Tribunal que la Directiva del 77 debía ser aplicada cuando la finalidad de la liquidación de una empresa mediante la transmisión es su continuidad.

La Directiva de 1998 que modifica la de 1977 incorporó, por esa causa, una regulación específica para los supuestos de transmisión en el marco de procedimientos de quiebra, insolvencia o procedimientos de crisis declarados por una autoridad competente y abiertos a supervisión judicial, recogida actualmente en el artículo 5 de la Directiva, tratando de facilitar la conservación de la empresa y del empleo en estas situaciones de crisis o dificultad económica.

De este modo, permite la Directiva que los efectos de la sucesión relativos al mantenimiento de los contratos de trabajo y a la subrogación empresarial no se apliquen a los traspasos efectuados en el marco de procedimientos de quiebra, insolvencia o análogo con vistas a la liquidación de los bienes de una persona física o jurídica y bajo la supervisión de una autoridad competente, exceptuando, por tanto, las disposiciones generales. Igualmente se considera que dichas excepciones deben permitirse también a un Estado miembro que tiene procedimientos especiales para promover la supervivencia de empresas que han sido declaradas en situación de crisis económica.

A pesar de que existe esta posibilidad para los Estados miembros de excluir esos beneficios para los trabajadores (efectos sucesorios) y para las propias empresas (responsabilidad), la Directiva

² SSTJCE de 15 de junio de 1988 (TJCE 167/1988), de 10 de mayo de 1992 (TJCE 99/1992), de 25 abril de 2001 (TJCE 22/2001), de 7 de diciembre de 1987 (TJCE 67/1988) o de 24 de enero de 2002 (TJCE 29/2002), por todas.

³ SSTJCE de 7 de febrero de 1985 (asunto C-135/1983 Abels) y 12 de marzo de 1998 (TJCE 2285/1998).

⁴ SSTJCE 25 de julio de 1991 (TJCE 250/1991) y 7 de diciembre de 1995 (TJCE 219/1995).

establece un complejo régimen que deja en la esfera estatal la decisión de su aplicabilidad, contemplándose varias posibilidades en función de la opción estatal elegida, y garantizándose en todas ellas, por otro lado, que los trabajadores traspasados estén representados adecuadamente hasta una nueva elección:

- a) Si se excluye la aplicación de esos efectos sucesorios (art. 5.2.º de la Directiva 2001), deberá tratarse de una empresa cedente sujeta a un procedimiento de insolvencia con vistas a la liquidación de sus bienes, con supervisión de una autoridad competente, como pudiera ser un interventor de empresas determinado por la normativa nacional. Esta opción hace prevalecer el principio de conservación de la empresa frente al de conservación de los derechos de los trabajadores.
- b) Si se incluye la aplicación de los efectos sucesorios para el supuesto de insolvencia, los Estados pueden concretar –bien acumulativa o alternativamente– las consecuencias de la fusión relativas, bien (1.ª) a la exoneración de obligaciones ya devengadas [art. 5.2.º a)], bien (2.ª) a la modificación de condiciones de trabajo de la mano de la autonomía colectiva [art. 5.2.º b)].

1.ª Si se opta por la exoneración de las obligaciones ya devengadas, se dispone por la Directiva el aseguramiento de una protección mínima equivalente a la dispuesta por la Directiva europea 80/987/CEE, sobre protección de los trabajadores en casos de insolvencia empresarial, relativa a la garantía de percepción de los salarios adeudados por la empresa insolvente, y permitiéndose, por tanto, a la empresa descargarse de costes laborales que pueden facilitar la prosecución de la misma ⁵.

2.ª Se faculta a las legislaciones nacionales para que se puedan realizar pactos entre las empresas cedente y cesionaria junto con los representantes de los trabajadores que impliquen cambios en las condiciones contractuales de empleo con la finalidad de mantener el empleo y garantizar la supervivencia de la entidad transmitida. Si resulta esta opción, hace falta la concurrencia de tres requisitos: a) que la situación de crisis económica grave lo sea de acuerdo a una disposición legal y existente antes de 17 de julio de 1998; b) que sea declarada esa situación por una autoridad pública competente, y c) con supervisión judicial. Si ello acontece es la autonomía colectiva la protagonista en cuanto al futuro del empleo y la salvaguarda de la empresa cesionaria.

A la vista de estas posibilidades el legislador español reformó el artículo 44 del TRLET por Ley 12/2001, de 9 de julio, renunciando a trasponer la primera, es decir, la que autorizaba a los Estados a no aplicar, o aplicar sólo parcialmente, el sistema de garantías individuales ante una situación crítica del cedente, por lo que, de acuerdo a los artículos 3 y 4 de la Directiva «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligacio-

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las transformaciones del Derecho Concursal y el cambio de titularidad de la empresa en crisis: Reflexiones jurídico-críticas». *Revista de Derecho Social*, núm. 3 de 1998.

nes 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» (art. 44.1.º del TRLET) y durante los tres años siguientes a la transmisión responderán solidariamente cedente y cesionario (art. 44.3.º del TRLET); régimen común aplicable a cualquier empresa independientemente de su situación económica.

Habiendo optado nuestro Ordenamiento por garantizar plenamente a los trabajadores transmitidos esas garantías, la Directiva dejaba nuevamente a los Estados para que en estos supuestos y ante la situación crítica de las empresas, bien alternativa o acumulativamente, optasen por regular la exoneración de las obligaciones ya devengadas (1.ª opción), y/o regulasen el establecimiento de pactos o acuerdos colectivos que impliquen cambios en las condiciones contractuales de empleo (2.ª opción), ambas en los términos ya referidos.

Pues bien, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante LC), es la Norma que se ha preocupado especialmente de las empresas en crisis grave o insolvencia, estableciendo las reglas atinentes a la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común.

2. MOVILIDAD DE CAPITALS

Esta Norma era del todo necesaria. Se trata de dar solución, entre otros, a los actuales procesos de transición de producción en serie a producción flexible donde los modelos de organización de empresas exigen que éstas se acomoden al cambio de producción constante, a las variaciones de la demanda así como a los de la tecnología. Esta realidad se ve acompañada por situaciones de crisis de empresas, normalmente grandes, con participación en ellas de otras más pequeñas que colaboran a través de técnicas de descentralización o por su participación-integración en las mismas debido a la movilidad de capitales.

La movilidad de capitales entre empresas es una de las consecuencias lógicas de las integraciones y desestructuraciones producidas tras un proceso de crisis. La Directiva europea sobre transmisión de empresas, al igual que las Directivas sobre despidos e insolvencia empresarial deben tratar de facilitar los procesos de reorganización y ajuste empresarial a la par que la protección de los trabajadores, creando las condiciones apropiadas para que la movilidad de capitales pueda contribuir a esas finalidades.

A) Previsión legislativa.

Con estos objetivos, la LC a la hora de establecer técnicas de solución a los problemas generados por las empresas en crisis contribuye, además, a que las mismas acompañen a las profundas transformaciones económicas y sociales del sistema de producción. Esta Norma plantea un nuevo

marco jurídico del proceso concursal, donde la pieza clave es la solución jurídica negociada con la representación de los trabajadores, es decir, el convenio (EM VI). En este orden de cosas, las participaciones e integraciones económicas en la concursada, así como la fusión de sociedades junto con la transmisión de empresas deberán ser los instrumentos jurídicos claves que respondan al principio de conservación de la empresa y del empleo y no al de liquidación final de la misma y satisfacción de acreedores, por ser aquella fase, la de concurso, la principal y la de liquidación la última, subsidiaria e irremediable (EM VII).

Sin embargo, ya lo veremos, la LC prevé en la fase de concurso como soluciones alternativas tanto la movilidad de capitales –integraciones y participaciones económicas y fusión de sociedades– (arts. 100.2.º primer párrafo y 100.3.º de la LC) como la enajenación de la empresa en crisis (art. 100.2.º segundo párrafo de la LC), a través de las que se puede garantizar la continuidad de la actividad empresarial y del empleo sin que se advierta por el legislador para el supuesto de venta un trato de favor hacia la adquirente en orden, al menos, a la exoneración de obligaciones contractuales anteriores a la transmisión o a la posibilidad de pactar modificaciones en las condiciones de trabajo. Estas ventajas han sido previstas, sin embargo, para el adquirente de la concursada en la fase liquidatoria. Es decir, precisamente, se ha previsto excepción al mecanismo de la sucesión en esta fase del concurso, la liquidatoria, que debe comenzar cuando no se alcanza o se frustra un convenio o, lo que es lo mismo, cuando no se ha podido reflotar la empresa por cualquier técnica (movilidad de capitales) ni se ha podido enajenar por la falta de excepciones a la aplicación de las reglas generales sobre sucesión.

Aunque la LC no se pronuncia expresamente respecto de sus objetivos y principios inspiradores, se advierte de la exposición de motivos y ciertos pasajes de la Norma un tono puramente mercantilista donde prima la satisfacción de los acreedores, el principio del mantenimiento o reflote de las empresas y del empleo existente en las mismas son también principios que han quedado consagrados en la misma ⁶, aunque parece que en tono menor.

Parece evidente que la fase de concurso se trate de salvaguardar el principio de continuidad de la actividad y del empleo más que en la fase liquidatoria en la que será la satisfacción de los acreedores lo que, en última instancia, se logrará.

La Directiva y el Tribunal Europeo, como ya hemos visto, posibilitan la exclusión de los efectos sucesorios cuando la transmisión de esa empresa tienda a la conservación de la misma y del empleo existente, habiendo advertido el Tribunal Europeo la posibilidad de arriesgar el mantenimiento del empleo ante situaciones todavía no definitivas de liquidación. De ahí que, como hemos señalado, la interpretación de este Tribunal mantuviese la aplicación de los efectos sucesorios en estas situaciones.

Sin embargo, el legislador español debía haber tenido en cuenta la finalidad de conservación de la empresa y del empleo no sólo en la fase de liquidación sino también en la de concurso para que

⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones de contrato de trabajo en las situaciones concursales», *Relaciones Laborales*, núms. 23-24/2003, págs. 105 a 108.

en ella hubiera tenido el adquirente, al menos, las mismas excepciones a los efectos subrogatorios de la transmisión, quedando, a continuación, en poder de la autonomía colectiva la regulación futura de sus condiciones de trabajo.

La LC debería haber asumido, en este sentido, la función técnico-jurídica de ser un instrumento finalista de la reestructuración de las empresas en dificultad económica que difícilmente va a conseguir primando las operaciones de liquidación y extinción de la concursada y, con ello, el interés de los acreedores. Si la LC debe primar en la fase de concurso el principio de conservación de la empresa y del empleo, se advierte cómo es en la liquidatoria, es decir, en la fase de la expulsión de esa empresa del mercado y consiguiente satisfacción de los acreedores, cuando la posible empresa adquirente se ve más beneficiada en cuanto a la posibilidad de exclusión de los efectos subrogatorios en la parte económica no atendida por el FOGASA y por la posibilidad de pactar con los representantes de los trabajadores la modificación de las condiciones de trabajo.

Para la fase de concurso existe en la Ley una forma de continuidad de la empresa cual es a través de técnicas de participación-integración económica de otra u otras y de fusión de sociedades que irremediamente incidirán en mayor o menor grado sobre la propia actividad económica y su estructura jurídica ante los eventuales cambios estatutarios y de titularidad, así como sobre la situación laboral de los propios trabajadores, donde se da entrada prevalentemente al principio de continuidad de los contratos de trabajo y, en algunos casos, como en el supuesto de fusión al efecto sucesorio.

Estas técnicas constatarían la viabilidad de esa empresa, su reflote y, con ello, la conservación del empleo, y, además, se superaría la solución liquidatoria en la que, en definitiva, se contempla a la empresa como un simple complejo de bienes o patrimonio inerte. La LC ha previsto estas técnicas para la fase de concurso, reservando para la fase liquidatoria la enajenación unitaria –como un todo– de la empresa, inserta en un plan de liquidación (art. 148 de la LC) o, en su defecto, esa misma enajenación unitaria pero con excepciones a las reglas generales sobre transmisión de empresas y con la posibilidad de que los pactos colectivos sean modificadores de las condiciones de trabajo (art. 149.2.º de la LC).

A pesar de fomentarse o incentivarse la enajenación de la concursada en la fase liquidatoria, la adquisición de esa empresa en ese momento, por el estado prácticamente inerte en que se puede encontrar la misma, implicará no sólo costes económicos de transacción sino sociales, por la pérdida de parte de los derechos económicos de los trabajadores adquiridos con anterioridad a la transmisión y porque la modificación pactada de sus próximas condiciones de trabajo será una consecuencia casi automática, pero la pérdida de los empleos estará asegurada con inmediata posterioridad por otras vías, como las previstas en los artículos 51 ó 52 c) del TRLET. La causa de este devenir no es otro que la tutela del interés de los acreedores frente al de conservación de la actividad de la empresa y del empleo de la misma.

De aquí que en el procedimiento concursal, la primera fase del mismo, la fase de concurso, debe ser la relevante frente a la liquidatoria en tanto se deben priorizan las soluciones preventivas o correctoras de la crisis, y el convenio final, como solución jurídica de la crisis, debe atender al prin-

cipio de conservación de la organización o unidad productiva viable admitiendo cualquier fórmula de saneamiento económico y de ahí, también, que esta fase se construya con una concepción finalista en la línea de tendencia de superar o evitar la segunda fase, la liquidación.

Ya hemos referido que la movilidad de capitales gravita, normalmente, en las crisis de las empresas, por ello vamos a ver el tratamiento ofrecido por la Ley a estos procedimientos y las consecuencias jurídico-laborales que la misma prevé, en una fase donde, ya hemos dicho, los principios de conservación de la empresa y del empleo son los prioritarios.

Según la Ley, y en líneas generales, el convenio (arts. 99 y ss. de la LC) se establece como solución normal del concurso y la Ley lo fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores y la conservación del empleo a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud. Establece la Ley que toda propuesta de convenio, que podrá albergar distintas soluciones, y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores, deberá contener proposiciones de quita y/o espera o, entre otras:

- a) Proposiciones alternativas (art. 100.2.º de la LC) para todos los acreedores o para de una o varias clases de ellos, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.
- b) La enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada (art. 100.2.º segundo párrafo de la LC).
- c) Fusión o escisión de la persona jurídica concursada (art. 100.3.º de la LC), sin que se admita la cesión (arrendamiento) de empresa para pago de acreedores ni la liquidación global de su patrimonio para la satisfacción de deudas.

Por su parte en la fase liquidatoria, en los artículos 148 y 149 de la LC se contempla dentro de la realización de los bienes y derechos del concursado:

- a) La «enajenación unitaria» de la empresa (art. 148.1.º de la LC, dentro del plan de liquidación).
- b) La «enajenación unitaria» (art. 149.1.º de la LC, en ausencia de plan de liquidación).

En este último supuesto, cuando una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales que existe sucesión de empresa, en cuyo caso, el juez podrá acordar la no subrogación del adquirente en la parte de la cuantía de salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA; igualmente para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo (art. 149.2.º de la LC).

De forma general, ante una situación de crisis económica, como la que presenta la concursada, establece la Ley que podrán llevarse a cabo medidas sobre los contratos de trabajo tendentes a la modificación de sus condiciones de trabajo o medidas que desemboquen en la suspensión de los contratos o, incluso, en la propia extinción de los mismos (arts. 8.2.º y 64 de la LC). Desde esta perspectiva, no hay obstáculo para la terminación del concurso en cierre de empresa y extinción colectiva de los contratos de trabajo. Se satisface, así, el interés de los acreedores pero no se mira prevalentemente por la salvaguarda del empleo existente.

Parece que el legislador quiera evitar ambos efectos conjuntamente cuando establece en el artículo 100 de la LC que puede haber otras medidas en la propuesta de convenio, diferentes al cierre y pérdida del empleo, como pueden ser los supuestos de integración-participación económica (movilidad de capitales y fusión) en la fase de concurso, y los de enajenación de la empresa concursada en ambas fases. Veremos por separado los supuestos de integración-participación económica y, a continuación, el de enajenación.

B) Integración-participación económica: supuestos.

Los tres tipos de uniones de empresas que conoce nuestro Ordenamiento jurídico son: a) Fusión de sociedades, b) Uniones jurídico-mercantiles y c) Uniones económicas *de facto*.

a) El Ordenamiento jurídico contempla la fusión de empresas societarias⁷ en el artículo 100.3.º de la LC como posibilidad alternativa que puede contenerse en la propuesta de convenio con la finalidad de continuar con la empresa y el empleo existente en la misma; por ello, la Ley no admite la cesión de la misma ni la liquidación global de su patrimonio con la única finalidad de pago de acreedores o satisfacción de deudas. En la fusión de sociedades los patrimonios de dos o más entidades jurídicas junto con sus socios se integran en una única sociedad para la consecución de unas finalidades y objetivos comunes, principalmente para actuar en mayores espacios económicos. Es un negocio mercantil que tiene por objeto la unión de empresas y que consigue evitar los problemas jurídico-mercantiles que se plantean tanto en los grupos y uniones económicas de sociedades (consolidación de cuentas o de diferentes centros de decisión y administración, entre otros), como en las uniones económicas *de facto*, principalmente a efectos laborales ante la búsqueda del verdadero y único empleador por la independencia jurídica de las empresas unidas o agrupadas.

La fusión legal de dos o más sociedades puede resultar de la ejecución de dos procedimientos distintos: a) Extinción de todas las sociedades que quieren fusionarse y la constitución de una nueva, llamada fusión «por creación de una nueva sociedad» y b) Absorción por una sociedad de otra u otras que se disuelven y extinguen, denominada fusión «por absorción». La legislación mercantil prevé, como caso especial de absorción, el supuesto en que la sociedad absorbente posea la totalidad de las acciones de la sociedad absorbida y desee tal absorción, en cuyo caso la simplificación del procedimiento de fusión es su única nota característica y diferenciadora⁸.

⁷ Artículos 233 de la LSA, 94 de la LSRL y 20 de la Ley 12/1991.

⁸ STS –Civil– de 5 diciembre de 1962 (Ar. 4761) establece que los fenómenos jurídicos de «fusión» y «absorción» son meras modalidades de la figura genérica de fusión.

En todos los supuestos de fusión –por constitución de una nueva sociedad o por absorción– hay una previa extinción de las sociedades que se van a integrar en la nueva y una transmisión de patrimonios, bien de forma universal a una nueva, en el primer supuesto, bien por la absorbente respecto de las sociedades absorbidas, en el segundo párrafo, viendo aquella aumentado su capital. Así, la sola presencia de una extinción de una sociedad con transmisión patrimonial «no íntegra» no será fusión en términos mercantiles, aunque podrá suponer una sucesión empresarial a efectos laborales si lo transmitido representa una unidad susceptible de explotación económica. En estos supuestos lo que el Derecho del Trabajo observa es si lo transmitido es «empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma» que reza nuestro Ordenamiento jurídico, o una «entidad económica», según el artículo 1.1.º b) de la Directiva, de tal modo que la traslación patrimonial sea entendida como entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva ⁹.

Desde este entendimiento la fusión prevista en el artículo 100.3.º de la LC resulta una buena solución para la continuidad de la empresa concursada, ahora fusionada, y para el mantenimiento del empleo existente, pues opera el mecanismo de la sucesión de empresas del artículo 44 del TRLET. No obstante, tampoco se han previsto en la Ley excepciones a las reglas sucesorias ni posibilidad de pactar modificación de condiciones de trabajo para los trabajadores. A pesar de la falta de previsión legislativa y con relación a la situación de los trabajadores respecto a sus condiciones de trabajo debemos partir de que éstos al entrar tras la fusión en un nuevo orden normativo les será de aplicación, tras la finalización del suyo propio, el convenio colectivo aplicable a la nueva empresa, con posibilidad de serles aplicadas técnicas salariales de compensación y absorción y de modificación, por adaptación, de sus categorías profesionales y sin que haya obligación de respeto a sus condiciones contractuales adquiridas por esa vía. Con todo, el acuerdo global de fusión puede ser el resultado de una negociación colectiva de acuerdo al Título III del TRLET para las empresas fusionadas, o un pacto extraestatutario o sobre derechos de opción, cuya eficacia será limitada a los firmantes y adheridos o, incluso, puede tratarse de un pacto al amparo del artículo 41 del TRLET.

Por otro lado, podemos cuestionarnos si la conversión del crédito en acciones, a que se refiere el artículo 100 de la LC como medida alternativa contenida en el convenio, puede acarrear de algún modo el control de la sociedad concursada por la acreedora. No estaríamos en presencia de un negocio jurídico de compra de la empresa, ni en una fusión, sino en la simple adquisición de un paquete de acciones, más o menos importante que, incluso, puede ser de la totalidad de las mismas, a resultas de esa conversión de su crédito. En este supuesto, la sociedad acreedora lo que ha adquirido de esta manera es exclusivamente las acciones al margen del entramado de la concreta actividad productiva de la concursada que sigue con su titularidad. La sociedad concursada, al mantener su propia identidad, su propia existencia y su propia personalidad jurídica, es claro que a ella sigue correspondiendo la titularidad de la empresa, siendo impensable mantener en estos supuestos su conceptualización jurídica como fusión legal que requiere la previa extinción de la misma.

Es éste un caso donde no hay, efectivamente, un cambio de titularidad en un sentido técnico-jurídico, pero sí aparece un cambio de control en la sociedad vendedora que pierde todo o gran par-

⁹ SSTs de 10 de mayo de 1991 (Ar. 3798). SSTJCE de 18 de marzo de 1986 (24/1985), 14 abril de 1994 (392/1992), por todas.

te del gobierno socioeconómico de su empresa y que nuestros Tribunales han rechazado en esos supuestos la aplicación del artículo 44 de la LET¹⁰. Mientras la sociedad cuyas acciones se adquieren mantenga su propia existencia y personalidad le seguirá correspondiendo, coherentemente, la titularidad de la empresa, pues no ha experimentado cambio alguno que permita aplicar el artículo 44 de la LET. Incluso, aunque una empresa adquiriese la totalidad de las acciones de otra, al no haber transmisión del conjunto organizado para fines productivos de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa, no estaríamos en presencia de una sucesión empresarial, sino ante un simple cambio en la titularidad de las participaciones del capital social.

b) Las uniones económicas vienen previstas en la Ley de 17 de julio de 1989 de Defensa de la Competencia y de forma expresa se prevén tres tipos diferenciados: las Agrupaciones de Interés Económico, las Uniones Temporales de Empresas (Ley de 29 de abril de 1991) y las Inversiones Financieras Intersocietarias (RD-L de 25 de febrero de 1977), supuesto este en el que una sociedad puede representar más del 50 por 100 de las acciones y en cuyo caso el artículo 42 del Código de Comercio les obliga a consolidar cuentas.

Se trata en este último caso de una unión de empresas basada en el hecho del dominio de una sociedad mercantil sobre otra a través de la participación en sus respectivos capitales y en la cuantía necesaria para adquirir el predominio en los órganos sociales (más del 50% de las acciones) para imponerle una dirección unitaria en el desarrollo de su actividad. En este supuesto los grupos de sociedades de dos o más de ellas que se forman constituyen verdaderas unidades económicas, siendo frecuente que la autonomía jurídica de las sociedades así unidas sea más aparente que real, como el caso contemplado en el artículo 42.1.º del Código de Comercio, citado, por el que se les obliga a la consolidación de cuentas.

Para el supuesto de que una empresa hubiese convertido su crédito en acciones que representen más del 50 por 100 de las mismas, tampoco nos encontraríamos en cambio alguno de titularidad ni, por tanto, en un supuesto de aplicación del artículo 44 del TRLET, pues, como en el caso anterior, la concursada mantiene su propia existencia y personalidad y, con ello, su titularidad diferenciada. No obstante, sí que podríamos estar en situación de control de la acreedora sobre la concursada al adquirir parte importante del gobierno socioeconómico de la misma.

c) Fuera de estos supuestos regulados por la legislación mercantil, y al preverse desde la Ley variadas posibilidades alternativas a los contenidos de la propuesta de convenio (art. 100.2.º de la LC), podríamos admitir los casos de concentración de empresas o de integración, como ejemplos de uniones de sociedades mercantiles que por razones económicas proceden a la concentración de capitales y de fuerzas industriales.

El dato diferenciador de estas y todas las uniones con la fusión es el hecho de que en las uniones cada una de las sociedades conserva su personalidad jurídica aunque pierdan en mayor o menor

¹⁰ SSTS de 19 de enero de 1987 (Ar. 65), 22 de marzo de 1991 (Ar. 1891), 29 de noviembre de 1994 (Ar. 9245). SSTSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1991 (AL Ref. 558/1992), Galicia de 13 de mayo de 1998 (Ar. 1427) y Castilla y León de 7 de septiembre de 1998 (Ar. 7111).

grado su autonomía económica. Desde esta perspectiva el mundo empresarial conoce varias formas de uniones fácticas: la contractual, con el objeto de limitar y regular la concurrencia recíproca en el mercado; la unión personal por virtud de la elección o nombramiento de administradores comunes y el objetivo de adquirir la dirección y dominio de las sociedades unidas, consecuencia las más de las veces de una unión de tipo financiero ¹¹ y, finalmente, la unión financiera a la que ya nos hemos referido.

En todos los supuestos de fusión operará el mecanismo de la sucesión de empresas y la aplicación, por tanto, del artículo 44 del TRLET; no hay prevista en la Ley exclusión ni excepción alguna al principio sucesorio. Por su parte, en los supuestos de participación e integración económica debidas fundamentalmente a la movilidad de capitales, el Derecho del Trabajo solamente resultará aplicable ante la presencia y constatación de una dirección unitaria, una confusión de plantillas y caja única de las empresas integradas o participadas, pues conservan su independencia jurídica ¹².

C) La enajenación de la empresa concursada.

a) Fase de concurso.

Una vez que se ha declarado el concurso éste, con carácter general, no interrumpe la actividad empresarial que viniera ejerciendo el concursado (art. 44.1.º de la LC). Sin embargo, en el artículo 44.4.º de la LC se dispone que los administradores del concurso previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores podrán solicitar del Juez que acuerde el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como cuando ejerciese una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta. Si estas medidas supusiesen la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el Juez actuará conforme a lo establecido en los artículos 8.2.º y 64 de la LC.

Ante esta posible situación y entre las propuestas de convenio el artículo 100.2.º segundo párrafo de la LC permite incluir la enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. En estos casos las proposiciones deberán incluir necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En todos estos supuestos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

¹¹ *Vid.*, por todos, PAZ-ARES: «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 1.324 y ss.

¹² SSTS de 26 de enero de 1998 (RJ 1062/1998), 21 de diciembre de 2000 (RJ 1870/2001), 26 de diciembre de 2001 (RJ 5292/2002) y 28 de junio de 2002 (RJ 10530/2002), por todas. Cfr. TAPIA HERMIDA, A.: «Comentario a las SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 14 y 21 de mayo de 2004, recs. núms. 595/2001 y 1786/2004, respectivamente», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 262/2005, págs. 171 y ss.

Puede darse el caso de que el convenio cuente con que la actividad empresarial, total o parcialmente, va a seguir activa, es decir, la empresa va a seguir funcionando en todo o en parte¹³; en este caso la propuesta deberá ir acompañada además de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (art. 100.5.1.º de la LC), y la concursada podrá adquirir créditos para la financiación de este plan de viabilidad que se satisfarán en los términos exactos fijados en el convenio (art. 100.5.2.º de la LC).

Estas propuestas de enajenación total o parcial de los bienes y derechos del concursado a que se refiere la Ley constituyen claramente supuestos de sucesión empresarial del artículo 44 del TRLET, precepto que se aplicará íntegramente. En efecto, la sucesión que se regula en el artículo 100.2.º segundo párrafo de la LC no contempla excepción alguna a la subrogación por el adquirente en salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación y no cubiertos por el FOGASA, ni tampoco la posibilidad de suscribir acuerdos entre cesionario y representantes de trabajadores sobre modificación de las condiciones de trabajo, a lo que ya nos hemos referido, pero que son medidas que, sin embargo, sí se contemplan para esa enajenación cuando la misma acontece en la fase liquidatoria.

b) Fase de liquidación.

Como segunda posibilidad de venta, ahora dentro de la fase liquidación, se contempla en la Ley (arts. 148 y ss. de la LC) la posibilidad de una enajenación conjunta o unitaria del establecimiento empresarial, sometiéndose a informe de los representantes de los trabajadores, del deudor y de los acreedores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, pudiéndose incluir en el plan de liquidación operaciones que supongan la extinción o suspensión colectivas de los contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, en cuyo caso y previamente a la aprobación de este plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC (art. 148.3.º y 4.º de la LC).

De acuerdo a la Directiva Europea, la Ley ha previsto que para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir estos acuerdos tendentes a la modificación de las condiciones colectivas de trabajo; no las individuales.

Esta situación en que se encuentran la concursada, la adquirente y los trabajadores es idéntica a la prevista en el artículo 100.2.º segundo párrafo de la LC en la fase de concurso: se prevé la enajenación unitaria de la concursada, la continuidad de la actividad empresarial por el adquirente, los efectos sucesorios completos y la posibilidad de pactos con la representación de los trabajadores que pueden alcanzar los mismos contenidos.

¹³ Cfr. GONZÁLEZ VELASCO, J.: «Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2004», rec. núm. 899/2002, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 263/2005, págs. 183 y ss.

Una tercera referencia a la posibilidad de enajenación de la concursada de esta misma forma unitaria, como tal empresa organizada, se contiene en el artículo 149.1.º de la LC que establece las reglas a las que deberán ajustarse las operaciones de liquidación final, contemplándose entre las mismas la enajenación. Desde esta perspectiva, las operaciones de liquidación previstas en la Ley son supuestos últimos del concurso que tratan, casi de forma desesperada, de satisfacer la deuda a los acreedores. En efecto, si ya se han sucedido dos oportunidades de enajenación y han resultado infructuosas, en esta tercera, cuando la empresa prácticamente ya es algo inerte y material, la finalidad de la venta difícilmente puede ser la continuidad de la actividad y del empleo existente en la misma.

La primera regla a que han de atenerse las operaciones de liquidación que menciona el citado precepto es: el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor se enajenarán como un todo, salvo que se estime más conveniente por el Juez su división. La enajenación se hará mediante subasta o, en otro caso, por enajenación directa. Es decir, da lo mismo si se vende íntegramente o por partes con las desventajas que pueden suponer para los trabajadores; o si se trata de que el comprador la adquiera a bajo precio y en pública subasta, indicativo de la falta de empresarios interesados seguramente por el estado que presentará esa empresa. Con todo, los representantes de los trabajadores tienen que ser oídos y debe darse cumplimiento al artículo 148 de la LC, referente al informe previo con las oportunas observaciones o propuestas de modificación efectuadas por los mismos.

Se considerarán preferentes las ofertas de compra que garanticen la continuidad de la empresa o, en su caso, de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores; en todo caso deberán ser oídos los representantes de los trabajadores. Lo que quiere decir que la Ley prevé ofertas de compra sin garantía de mantenimiento de los puestos de trabajo.

No obstante, para el supuesto en que sí haya continuación de la actividad y del empleo existente por haberse efectuado una enajenación como «un todo», es decir, como tal empresa a que se refiere el artículo 149.1.º de la LC, y la compradora mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará a efectos laborales que existe sucesión de empresa (art. 149.2.º de la LC), pudiendo el Juez acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendiente de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 del ET e, igualmente, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

Todas estas previsiones de la LC tanto en la fase de concurso como en la de liquidación son acordes con las contenidas en los artículos 44.9.º y 51 del TRLET y en la Directiva europea que permite, como ya hemos dicho, exceptuar el efecto subrogatorio y pactar modificación de condiciones colectivas de trabajo a ciertos casos de transmisión de empresas afectadas por procedimientos concursales e, incluso, la no aplicación o aplicación parcial de efecto sucesorio alguno. Sin embargo, nuestro Ordenamiento jurídico habiendo optado en primer lugar por la aplicación íntegra de tales efectos sucesorios, exceptúa tan sólo la subrogación en los términos indicados y la posibilidad de pactar modificación en las condiciones sustanciales de trabajo exclusivamente en la enajenación de

fase de liquidación y no en la de enajenación y fusión en la de concurso. Realmente siendo el mantenimiento de la actividad y del empleo más factible en la fase inicial de concurso debería ser éste el momento más necesitado de fomento e incentivación para las posibles empresas interesadas en la misma ¹⁴.

¹⁴ Sobre las excepciones que permite la Directiva y no recogidas en nuestro Ordenamiento: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», en la *Reforma laboral* de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002. La Ley 12/2001 y el ANC 2002 (I. GARCÍA-PERROTE, coord.), Valladolid, 2002, págs. 259 y ss. y SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa», *Revista Aranzadi Social*, núm. 10/2001.