

DANIEL MARTÍNEZ FONS

Profesor Ayudante Doctor. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido **Accésit Premio Estudios Financieros 2003** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Tomás SALA FRANCO, doña Amparo BALLESTER PASTOR, don Ángel BLASCO PELLICER, don José LAGUARDA RODRIGO, don Ricardo MARTÍNEZ BAU y don Rafael ORTIZ CERVELLO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

TRAS las modificaciones introducidas por la Ley 12/2001, la transmisión de empresa se contempla también como un fenómeno que presenta una dimensión colectiva. De entre las distintas materias colectivas introducidas, probablemente es en materia de información y consulta donde las innovaciones afectan de manera más significativa al régimen jurídico de la transmisión de empresa. Tal y como se puso de manifiesto en su día por la doctrina, resultaba evidente la inadecuación de la legislación española a las prescripciones de la normativa europea relativas a la información en caso de transmisión de empresa. En este sentido, la modesta intervención del deber de información «en grado menor» prevista en el artículo 44 ET no podía equipararse, por su contenido objetivo, por sus destinatarios y, en fin, por su finalidad a las exigencias relativas a la información en los fenómenos de sucesión empresarial en Derecho Comunitario. No obstante, la tipificación de la obligación de información en los procesos de sucesión de empresa presenta algunas dificultades relevantes, por un lado, de orden interpretativo relativas a las circunstancias que enmarcan el cumplimiento de dicha obligación, y, por otro, de identificación del modelo de participación que pretende establecerse en supuestos particulares de transmisión empresarial tales como la fusión y absorción. En el sentido ahora indicado, merece destacarse que, en primer lugar, la articulación general de los indicados derechos de información y consulta en la transmisión de empresa compadece mal con el modelo participativo que en el marco de la Unión Europea se ha consolidado a partir de la Directiva 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores en la empresa. Así, se impone la necesidad de proceder a una interpretación en consonancia con la evolución de los derechos de información y consulta que asegure su efectividad, evitando que se constituya en un mero aspecto formal de la transmisión. Asimismo, en segundo término, la transcripción casi literal de la mayor parte del contenido de la Directiva sobre transmisión de empresa no ha sido acompañada de una reflexión acerca de la articulación de la participación de los trabajadores en los complejos supuestos de fusión y absorción. Por el contrario, asistimos a una regulación en aluvión que produce serias dificultades interpretativas. Expresión máxima de dichas dificultades es la imposible relación entre los derechos de participación del artículo 44 ET y el derecho de información activa del que son titulares los representantes de los trabajadores en las fusiones y absorciones *ex* artículo 64.1.5.º ET. Otro tanto debe decirse en los supuestos de transmisión de empresa en el marco de los procesos concursales. La irrupción de la normativa concursal no sólo no ha sido aprovechada para establecer un esquema de la participación de los trabajadores en la transmisión de empresa incurso en situación de insolvencia, sino que además presenta serias dudas de adecuación a la normativa comunitaria sobre transmisión de empresa.

Sumario:

I. Introducción.

1. La participación de los trabajadores en la empresa en el derecho social de la Unión Europea.
2. Los aspectos colectivos de la transmisión de empresa impuestos por la normativa comunitaria y su regulación en el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley 12/2001.

II. La transmisión de empresa y la participación de los trabajadores. El supuesto base de la participación.

1. La adquisición o toma de control de la persona jurídica titular de la empresa.
2. La sucesión convencional de contratas.
3. Insolvencia y transmisión de empresa. Breves reflexiones a propósito de la reciente normativa concursal.

III. El derecho de información en la transmisión de empresa.

1. El sujeto activo y pasivo del deber de información en la transmisión de empresa.
 - 1.1. El sujeto gravado con la obligación de información: la información del empresario cedente y cesionario en la transmisión.
 - 1.2. Los destinatarios de información en la transmisión de empresa. El sujeto pasivo de la obligación de información.
 - 1.3. La información en las transmisiones de empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas en el seno del grupo de empresas: los procesos de filialización. La información en la transmisión de empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas de empresas integradas en un grupo.
2. El contenido material del deber de información.
3. Los elementos circunstanciales de la información: el tiempo y la forma del cumplimiento del deber de información.
 - 3.1. El parámetro temporal de cumplimiento de la obligación de información.
 - 3.2. Breve referencia a los requisitos formales de la obligación de información en la transmisión de empresa.
4. La obligación de información en los supuestos de fusión y escisión de sociedades.
 - 4.1. La información en la fusión y escisión de sociedades en la normativa mercantil y la nueva configuración del deber de información en el artículo 44 ET.
 - 4.2. La vigencia del derecho de los representantes de los trabajadores de informar en los procesos de fusión, absorción y modificación del estatus jurídico de la empresa tras la reforma del artículo 44 ET.
5. Los efectos del incumplimiento de la obligación de información empresarial en el marco de los procesos de transmisión.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La participación de los trabajadores en la empresa en el derecho social de la Unión Europea.

Sin duda alguna los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, a través de la intervención en el ejercicio de las prerrogativas empresariales, ha recibido una atención prioritaria dentro del derecho social comunitario. Tan es así que ha sido objeto de una intensa actividad, tanto de proposición de proyectos como propiamente legislativa, por parte de las instituciones comunitarias. En este sentido, la relevancia de la participación de los trabajadores en la empresa, a través de la información y consulta, en el marco de la política social, se ha reforzado en las reformas institucionales de la Unión Europea, así como en los documentos políticos y jurídicos del más alto nivel. Es sabido que la Carta de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989 contempla expresamente en diversos apartados la información y consulta de los trabajadores en los procedimientos de despido o los referentes a las quiebras y cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores. Previsiones reforzadas tras el Tratado de Maastricht, puesto que el nuevo artículo 137 del Tratado de la Unión reconoce expresamente la competencia de las instituciones comunitarias para actuar en materia de información y la consulta a los trabajadores. Merece recordarse que el nuevo artículo 137 del Tratado de Roma incluye las condiciones de trabajo entre las materias sobre las que las autoridades comunitarias pueden decidir de conformidad con la regla de la mayoría cualificada.

Del mismo modo, la reciente Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada en Niza, reconoce el ejercicio del derecho de información y consulta en el seno de la empresa conforme las previsiones del derecho comunitario y de las legislaciones y prácticas nacionales ¹. De este modo, la Carta Europea asegura constitucionalmente, de modo semejante a los ordenamientos jurídicos de diversos Estados miembros, un nivel mínimo de participación de los trabajadores en la empresa ². Ciertamente, a fecha de hoy, la Carta de Derechos Fundamentales es un documento político que no se integra en el esquema de fuentes del derecho comunitario; no obstante, resulta indudable el valor que poseerá como instrumento hermenéutico de primer orden en la exégesis del ordenamiento comunitario ³.

Ciertamente las razones de tal interés no cabe reducirlas a la mera divergencia de las legislaciones y prácticas en materia de participación de los trabajadores en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, seguramente deberán tomarse en consideración otros motivos.

En primer término, a diferencia de la regulación de otros aspectos colectivos, tales como la negociación colectiva, la participación de los trabajadores en la empresa es más próxima a los distintos modelos existentes en el seno de la Comunidad. Sin duda, la negociación colectiva forma parte del núcleo más resistente de las legislaciones nacionales a las influencias del derecho comunitario. Las razones que lo explican son diversas. Por un lado, es claro que las formas de concertación colectivas se sustentan sobre la importante diversidad de los elementos estructurales de los derechos colectivos⁴. No puede desconocerse que la negociación colectiva se halla estrechamente ligada a la autonomía colectiva de las partes, así como a la tradición nacional a través de la que se expresa la indicada autonomía y, por ello, todavía faltada de madurez para su integración. Nos referimos, entre otros, a las distintas tradiciones en materias relativas al contenido y la estructura de la negociación, a las formas y los productos de la negociación, a los modos de participación –y dentro de ellos a la participación sindical en el nivel de empresa y supraempresarial–, o, en fin, al grado de afiliación sindical. Por otro, las modificaciones en la realidad productiva, no ha generado la aproximación de los distintos modelos, sino que ha favorecido, aún más, su diferenciación⁵.

En segundo lugar, es en la empresa donde la participación de los trabajadores puede incidir directamente tanto en la productividad como en la paz social. En este sentido, no puede desconocerse, en primer lugar, que fenómenos tales como las nuevas tendencias de organización (tiempo de trabajo, cláusulas de empleo), que constituyen el principal motor de la negociación colectiva, representan la «interiorización» del Derecho del Trabajo por parte de la empresa. El desplazamiento del centro de gravedad de la normativa hasta la organización empresarial se acompaña, inevitablemente, del necesario reforzamiento de los interlocutores a nivel de empresa. Junto con ello, en segundo término, no debe desdeñarse la influencia en la actividad legislativa que generan algunos de los principales socios de la Unión Europea como Alemania o Francia. Estados que fundamentan el sistema de democracia industrial sobre un modelo de participación «fuerte» en el nivel empresarial⁶.

En tercer término, la regulación de la participación de los trabajadores en la empresa parece encontrar un acomodo más adecuado dentro de las competencias cedidas por los Estados a la Comunidad que la regulación de otros aspectos más institucionales. En este sentido, no puede olvidarse que, hasta la modificación del Tratado de Roma fruto del proceso político que culminó en Maastricht, las intervenciones legislativas en éste requerían de la unanimidad para su aprobación. Ahora bien, el citado precepto, a pesar de extender la cesión de competencias de los Estados a la Comunidad, ha confirmado la competencia exclusiva de algunos aspectos institucionales esenciales de las relaciones colectivas: el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga así como el cierre patronal. Finalmente, no puede olvidarse que la regulación de las formas de participación se han beneficiado de la regulación de la aproximación en otras materias cuyo principal objetivo se sitúa más o menos alejado de la política social.

Efectivamente, la actividad legislativa de la Unión Europea en esta materia se ha realizado sobre dos ejes claramente diferenciados ⁷. Por un lado, se realiza una aproximación desde la perspectiva propia de la política social, en cuanto modelo de participación en la gestión de las decisiones empresariales. Y, por otro, atiende a la participación de los trabajadores desde el derecho societario ⁸. Qué duda cabe que la regulación común de las formas de participación se ha beneficiado, indirectamente, de la aproximación de las legislaciones en materia de sociedades anónimas. Basta recordar el viejo proyecto de V Directiva sobre aproximación de las legislaciones en materia de derecho de sociedades de 1970 –génesis de la actual normativa sobre la Sociedad Europea–, en el que ya se contemplaba la participación de los trabajadores. Dentro de la primera de las manifestaciones hallamos la conocidísima Directiva 94/45/CE relativa a la constitución de comités de empresa europeos y procedimientos de información y consulta en las empresas y grupos de empresas europeos. Pero también la más reciente y, seguramente más relevante, Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general y relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea ⁹. Por su parte, también recientemente, se ha abordado la participación de los trabajadores a propósito de la armonización del derecho societario a través de la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores ¹⁰.

Uno de los principales avances en la política social comunitaria sobre participación de los trabajadores se ha producido en relación a la adaptación del modelo de participación a través de la información y consulta a los esquemas complejos de articulación de la realidad empresarial. Las Directivas 94/45/CE, relativa a la participación en los grupos de empresas de dimensión comunitaria y 2001/86/CE, a propósito de la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. La efectividad del modelo de participación resulta seriamente limitada cuando las decisiones empresariales arrancan de otros centros de decisión o se justifican en intereses que superan al empleador individual, y frente a las cuales los representantes de los trabajadores se encuentran totalmente ajenos ¹¹. La Directiva 2001/86/CE, desarrolla la participación de los trabajadores para las que se transformen en Sociedad Anónima Europea (SE) ¹². La articulación de la participación de los trabajadores en la indicada Directiva recuerda a la Directiva sobre el comité de empresa europeo, en particular, en lo referente a los procedimientos previstos para la implantación de la estructura representativa en el marco de la SE ¹³.

La citada Directiva sobre participación en la SE, al igual que la Directiva 94/45/CE de la que adopta buena parte de las características definitorias, tiende a garantizar la efectividad de los derechos de información y consulta en las empresas de estructura compleja y que operan en distintos Estados de la Unión Europea asegurando el acceso de los representantes de los trabajadores a los centros reales de decisión. También análogas a las normas sobre participación de los trabajadores en los grupos de dimensión comunitaria, son las de la SE, las relativas a la tutela de los representantes de los trabajadores y de tutela de la información confidencial de la empresa. En el caso de la Directiva 2001/86/CE los procedimientos concretos de información y consulta transnacional aplicables en cada SE deberán definirse mediante el acuerdo de las partes afectadas. En este caso, la Directiva ampara distintas soluciones: ya sea la de establecer un órgano de representación, ya sea la de implantar uno o varios procedimientos de información y consulta según el caso. Junto con ello, con la finalidad de

asegurar efectivamente los indicados derechos de información y consulta, en el Anexo de la Directiva se contempla la eventual aplicación de fórmulas de referencia, bien ante la eventual ausencia de acuerdo aplicación, con carácter supletorio, bien por acuerdo de las partes ¹⁴.

No obstante, merece destacarse que la Directiva 2001/86/CE va más allá del modelo participativo basado en la procedimentalización de ciertas decisiones de gestión empresarial, e introduce aspectos propios la cogestión. Así, bajo el concepto genérico de «participación» la norma comunitaria prevé la intervención del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de éstos de la SE bien mediante el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, bien el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad.

Por consiguiente, puede advertirse la convivencia –tan típica por otra parte del derecho social comunitario– entre, por un lado, la aplicación de una actuación individualizada relativa a la participación de los trabajadores en la empresa, sin un esquema de referencia claro en un momento inicial, y, por otro, la expresión en el máximo nivel de los derechos de información y consulta. En definitiva, como se habrá advertido ya, parece que el objeto perseguido no es tanto auspiciar una convergencia sobre un modelo abstracto y genérico de «democracia industrial», como la elección de una opción de política legislativa tendente a la autorregulación de los conflictos, en la que la participación «reparadora» en la toma de decisiones se erige en elemento esencial de dicho modelo de relaciones laborales ¹⁵. Y, en este sentido, debe advertirse que la convergencia legislativa en la Unión no se produce en relación con los aspectos orgánicos de la participación en la empresa, en los que las normas comunitarias permiten mantener las tradiciones nacionales sobre los modelos de representación, sino en sus aspectos funcionales ¹⁶.

Como es sabido, el ámbito en el que se ha ensayado y promocionado el modelo de participación comunitario ha sido, tradicionalmente, el relativo a los procesos de reorganización empresarial. Sobre la base de las directrices marcadas por el Programa de Acción Social de 1974, se adoptaron tres Directivas destinadas a atenuar los efectos de las reestructuraciones de la empresa sobre los derechos de los trabajadores. A saber, la Directiva sobre despidos colectivos, la directiva relativa a la transmisión de empresa y, finalmente, la directiva referente a la insolvencia del empresario. Ciertamente, el contexto en el que se elaboraron las citadas normas enmarca y ayuda a comprender la posición mantenida por el legislador comunitario. Por una parte, debe tenerse presente la situación económica en la que se generaron los textos: mediados y finales de la década de los setenta, marcada por la fuerte crisis económica que incidió directamente en las relaciones laborales, especialmente, en la tasa de desocupación. Por otra, no puede esconderse que en tal situación, cierta armonización de las garantías de los trabajadores en los fenómenos de reestructuración empresarial presentaban efectos preventivos en el marco de la libre competencia. En este sentido, es explícita la Directiva 77/187/CE cuando indica que las diferencias en la regulación sobre la transmisión de empresa entre los distintos Estados miembros «puede tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común».

De entre las referidas Directivas, en las relativas a despidos colectivos y la transmisión de empresa, la garantía de la posición del trabajador ante la reestructuración empresarial ofrece una relevante dimensión colectiva. Ello se advierte especialmente en la Directiva sobre despidos colectivos, en la que el elemento esencial de la regulación normativa consiste en la procedimentalización del poder empresarial en la especificación del nivel de empleo de la empresa. La Directiva indica que el empresario, ante la decisión de la extinción colectiva de contratos de trabajo, debe ofrecer a los representantes de los trabajadores una completa información sobre la decisión de extinción colectiva ¹⁷. Junto con ello, como es sabido, se dispone la necesidad de abrir un período de consultas con el objeto de evitar o reducir las extinciones contractuales o, cuando menos, atenuar sus consecuencias.

También en la originaria Directiva 77/187/CEE sobre transmisión de empresa ya se contemplaba la participación de los trabajadores, a través de la información y consulta en relación tanto con la transmisión propiamente dicha como respecto de las eventuales medidas que se adoptan a propósito del negocio transmisivo. No obstante, como es sabido, en el caso de la Directiva sobre transmisión de empresa las medidas procedimentalizadoras de la decisión empresarial, se acompaña reconocimiento de derechos materiales para los trabajadores «destinados a impedir que la reestructuración de las empresas se realice en perjuicio de los trabajadores de las empresas implicadas» ¹⁸.

En la década de los noventa se emprendió la tarea de modificación de las Directivas, despidos colectivos y transmisión de empresa. A pesar de las sucesivas modificaciones sobre aspectos sustanciales de las mismas, se ha mantenido inalterable uno de los principios básicos que las inspiraron: la participación de los trabajadores en los procesos de reestructuración con la finalidad de garantizar su posición jurídica en los supuestos de reorganización empresarial ¹⁹. En dichos procesos de reorganización de empresa la participación de los trabajadores, a través de los procedimientos institucionalizados de información y consulta, deviene instrumento de tutela del interés de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, el papel de la participación de los trabajadores no se ha visto claramente reforzado en las sucesivas modificaciones legislativas de las Directivas sobre despido colectivo y transmisión de empresa. Ciertamente, se han introducido mejoras técnicas tendentes a asegurar la participación de los trabajadores tales como las previsiones relativas a los procesos de reorganización en el seno de grupo de empresas o las referidas a la participación directa del trabajador ante la ausencia de representación institucional en el seno de la empresa. No obstante, el modelo de participación «reparadora», especialmente en los procesos de transmisión empresarial, se mantiene inalterado.

En este marco la aproximación parcial de los derechos de información y consulta previstos para los supuestos de reorganización empresarial ha venido a completarse recientemente con la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general y relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Nos hallamos, a pesar de las limitaciones que derivan del ámbito de aplicación de la citada norma, ante un verdadero marco general de los derechos de información y consulta en la empresa en todos aquellos aspectos relacionados con la organización del trabajo y el empleo ²⁰. En este sentido, tal y como indica en la Directiva 2002/14/CE se pretende que la participación de los trabajadores sea preventiva en tanto que dicha

intervención constituye la garantía del éxito de las transformaciones en la empresa y, a su vez, de la estabilidad del empleo en la misma ²¹. En definitiva, se produce, sin duda, un cambio sustancial en la consideración de la participación de los trabajadores, ya que se extienden las consultas con la finalidad de favorecer una concertación permanente en la empresa. Por consiguiente, la participación deja de tener el carácter «reparador o atenuador», reservado a situaciones de reorganización de la empresa con efectos directos sobre el empleo como el que hasta ese momento vino promocionando la normativa comunitaria ²². No obstante, y a pesar de las consideraciones ahora expuestas, no puede obviarse que, en aras al consenso en el seno de la Unión Europea, han quedado en el camino algunos de sus aspectos más relevantes como lo son las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones de información y consulta.

De conformidad con la filosofía que inspira la Directiva, debe informarse, en primer lugar, sobre la evolución reciente y la probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica. Asimismo, la información y consulta se prevé en relación con la situación de la empresa y la evolución probable del empleo en la misma o en el centro de trabajo; así como respecto de las eventuales medidas preventivas previstas que pudieren adoptarse, especialmente en caso de que exista riesgo para el empleo. Finalmente, también se exige que se dé cumplimiento con los deberes de información y consulta en todas las decisiones empresariales que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo incluidas las derivadas de la transmisión de empresa y las reguladas en la Directiva sobre despidos colectivos. Para este último supuesto, la Directiva precisa que las consultas deben desarrollarse «con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario» (art. 4.4.d).

En cuanto al contenido de las obligaciones empresariales, merece destacarse que el cumplimiento de la obligación de información se dirige a garantizar la apertura del período de consultas. En otras palabras, constituye el derecho de información instrumento imprescindible para asegurar la efectividad del ulterior período de consultas sobre la decisión empresarial. Por consiguiente, el contenido y el momento de la información deberá responder al citado objetivo de garantizar la medida de consulta. Tal y como indica la Directiva, las consultas deberán desarrollarse «con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario... y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular» (art. 4.4.c).

No cabe duda de la influencia que deberá ejercer en nuestro ordenamiento el modelo de información y consulta contemplado en la Directiva 2002/14/CE. Tal y como se ha indicado, por un lado, frente al carácter dinámico del deber de información en la Directiva, el artículo 64.1.1 ET se limita a imponer una obligación de informar trimestralmente al comité sobre la evolución del empleo ²³. Igualmente, deberá reconsiderarse la extensión de las consultas en el derecho español por cuanto que, como se habrá advertido, la Directiva las impone en todas las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, con independencia del número de trabajadores o fuente de regulación de la condición (arts. 39.5 y 41 ET) o la duración prevista inicialmente para la modificación (art. 40 ET).

A la luz de las consideraciones ahora expuestas, es fácil deducir que deberá reconsiderarse globalmente la procedimentalización de los poderes empresariales en la empresa. De esta manera, resultará determinante el concepto de *sustancialidad* del cambio, puesto que solamente las medidas de naturaleza no sustancial quedarán excluidas del procedimiento de consultas. Asimismo, unido a lo anterior, los regímenes modificativos o extintivos de carácter individual/plural deberán revisarse a la vista de las obligaciones contenidas en el artículo 4 de la Directiva. Y ello porque implica un procedimiento general en el que la participación no guarda relación directa en relación a la extensión de la afectación de la mediana empresa. En definitiva, de manera indirecta, la Directiva viene a favorecer la creación de un estatuto para la pequeña empresa, en la que la participación y, consiguientemente, procedimentalización de los poderes empresariales en función de la dimensión de la empresa. Junto con lo anterior, no puede desconocerse que el derecho de información pasiva a favor de los representantes de los trabajadores adquiere mayor relevancia en relación a los poderes empresariales. En este sentido, tanto la propia definición como las circunstancias relativas al cumplimiento de la obligación/derecho de información empresarial trasciende su carácter de instrumento fiscalizador de la decisión organizativa empresarial. Sin lugar a dudas, tal y como se verá, este hecho incide en la dimensión de los deberes de información en el marco de la transmisión de empresa.

En definitiva, a través de la Directiva 2002/14/CE, se materializa la ya apuntada tendencia a la institucionalización de la colaboración mediante las consultas para solucionar problemas en la gestión empresarial ²⁴. Se institucionaliza la actividad negociadora de carácter permanente y más informal, a través de acuerdos *ad hoc* para la solución de situaciones que inciden directamente sobre el empleo, tanto de manera inmediata como a medio plazo.

2. Los aspectos colectivos de la transmisión de empresa impuestos por la normativa comunitaria y su regulación en el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley 12/2001.

La normativa comunitaria sobre transmisión de empresa arranca en la conocida Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, modificada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio. Ambas han sido derogadas recientemente por la Directiva 2001/23/CE que codifica la normativa comunitaria en materia de transmisión de empresa. Ya se avanzó más arriba que el objetivo de la regulación comunitaria en la materia no es otro que el salvaguardar el derecho de los trabajadores en caso de cambio de titular de la organización productiva, asegurando que sus condiciones de trabajo serán las mismas de las que venían disfrutando con el empresario cedente ²⁵. Dicha finalidad se pretende alcanzar desde una doble óptica: por un lado, en el plano individual, garantizando el mantenimiento de los derechos de los trabajadores de la empresa transmitida; y, por otro, en el plano colectivo, asegurando la participación de los trabajadores tanto en la transmisión como en las medidas de reorganización empresarial que se adopten con ocasión del indicado cambio de titularidad.

Es sabido que la Directiva sobre transmisión de empresa es una de las normas comunitarias en materia de política social que más jurisprudencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo ha generado ²⁶. En este marco, las reformas introducidas por la Directiva 98/50/CE obedecieron, en buena medida, a las principales dificultades en la aplicación de la Directiva, que justifican y guían la nueva

redacción dada a la mayoría de los artículos modificados. En este sentido, la Directiva hace suyas, en buena medida, las orientaciones del TJCE en aplicación de la Directiva original. A modo de ejemplo baste señalar la exclusión de la aplicación de la Directiva en los procesos de reorganización administrativa de organismos públicos y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas a otros introducida en el artículo 1 por la Directiva 98/50/CE; modificación que fue avanzada por la Corte de Justicia ²⁷.

Tal y como ha venido señalando la doctrina, la modificación de la normativa comunitaria sobre transmisión corrige algunas de las construcciones relacionadas con la delimitación de su esfera de aplicación, buscando con la nueva redacción cerrar el paso a construcciones jurisprudenciales que consideraba poco acertadas ²⁸. Así, en materia de transmisión de empresa en situación de insolvencia o crisis económica se introduce un régimen jurídico más flexible y matizado. La Corte de Justicia había venido sosteniendo la aplicación del régimen subrogatorio de la Directiva en los procedimientos de insolvencia del empleador que no tuvieran por finalidad la liquidación de la empresa, esto es, a los procesos en los que su finalidad fuera la del saneamiento y conservación de la unidad productiva ²⁹. La aplicación del mecanismo subrogatorio en tales supuestos de insolvencia podía, sin embargo, constituir un obstáculo para la consecución de la finalidad perseguida. La reforma de la Directiva trató de resolver los problemas aplicativos que se generaban en las situaciones ahora descritas. Así el legislador comunitario, a través de la diferenciación del régimen jurídico en los supuestos de quiebra, insolvencia y crisis económica, pretendió establecer un punto de equilibrio entre las garantías individuales de los trabajadores, el nivel de empleo en la empresa y la salvaguardia de la supervivencia de la empresa ³⁰. Tal voluntad cristalizó en un conjunto de regímenes particulares de aplicación matizada (o débil) del régimen de garantías general de la Directiva 98/50/CE ³¹.

Con todo, es conocido que es en la abundante jurisprudencia del TJCE sobre el concepto de empresa a efectos de su transmisión donde se halla base de la sustancial reforma normativa operada en 1998 a través de la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio. Señala expresamente la Directiva que la «seguridad y transparencia jurídicas requieren que se aclare el concepto de traspaso a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Así, con la voluntad de confirmar la línea inicialmente apuntada por el Tribunal de Justicia a partir de la Sentencia de 15 de octubre de 1996 (Asunto Henke), y confirmada en la Sentencia de 11 de marzo de 1997 (Asunto Süzen) ³², se exige que el objeto de la transmisión cuente con un «conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria» ³³. Se confirma, de este modo, la noción de empresa-organización, ya que la mera circunstancia que se prosiga la misma actividad no es suficiente para la aplicación de la Directiva. Ahora bien, la mera ausencia de activos materiales o inmateriales transmitidos no excluye, *per se*, la aplicación de la normativa sobre sucesión. Así, en los supuestos en los que la actividad se fundamente en buena medida en los elementos personales, la existencia de la sucesión no dependerá de la cesión de los medios materiales. Es más, precisa el Tribunal que debe considerarse la existencia de transmisión de empresa cuando el cesionario asuma el conjunto de los trabajadores, a pesar de que no concurra la cesión de activos materiales ³⁴. Así, recientemente se ha confirmado que en los supuestos en que la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra, la identificación de una colectividad de trabajadores que desarrollan dicha actividad

de modo estable, a través de la asunción por el nuevo empresario bien *ex* convenio colectivo, bien por decisión empresarial, puede considerarse una entidad económica de las que se contemplan en la Directiva 2001/23/CE ³⁵.

Una breve descripción del contenido de la regulación comunitaria ayudará a enmarcar la garantía de los derechos colectivos en las operaciones de transmisión empresarial. Comenzando por la dimensión individual, la disposición fundamental es la contenida en el artículo 3.1 de la Directiva que, como se ha dicho, asegura que las obligaciones y derechos derivados de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de empresa son transferidas al cesionario. En este sentido, es sabido que la transmisión de empresa comporta, *ipso iure*, la transmisión del cedente al cesionario de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Se deja a la decisión de los Estados miembros la adopción de la eventual responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario que pudiere derivar de las obligaciones contractuales de los trabajadores cedidos. Con el mismo objetivo se prevé que la transmisión de empresa no puede constituir, ni para el cedente ni para el cesionario, motivo de despido. No obstante, la norma no impide la extinción de contratos de trabajo fundamentada en motivos económicos, técnicos u organizativos derivados de la transmisión. En este sentido, deberán tomarse en consideración las circunstancias objetivas en las que se produce la extinción del contrato para determinar si la extinción se vincula directamente a la transmisión de empresa. En particular, siguiendo al Tribunal de Justicia, deberá tomarse en consideración si el despido se produjo en una fecha próxima a la de la transmisión y si el trabajador despedido ha sido nuevamente contratado una vez producida la transmisión ³⁶.

Asimismo, la normativa comunitaria, con la finalidad de evitar lagunas en relación con las condiciones de trabajo articuladas en las normas convencionales, ha previsto dos hipótesis distintas. En este sentido, se contempla la aplicación del mecanismo subrogatorio de la transmisión en relación con las condiciones pactadas en convenio colectivo. Para el caso de que a los trabajadores de la entidad transmitida les sea de aplicación un convenio colectivo distinto del aplicable al cesionario, éste deberá mantener las condiciones pactadas en aquel convenio hasta la fecha de su expiración. En este caso se contempla la posibilidad de que los Estados miembros atenúen la duración de la obligación, siempre que garanticen la aplicación de las condiciones de trabajo del convenio colectivo de la empresa cedente durante un período mínimo de un año. Sin embargo, el cesionario, y ésta es la segunda de las hipótesis que se contempla, no queda vinculado a mantener las condiciones del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa transmitida a partir de la fecha de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo que sea de aplicación al cesionario. No obstante lo anterior, de conformidad con la normativa comunitaria, los Estados miembros pueden atenuar temporalmente la obligación relativa a la continuidad del convenio colectivo aplicable, respetando como mínimo un período transitorio de un año.

En materia de derechos colectivos, la normativa comunitaria reconoce la continuidad de los órganos de la representación colectiva de los trabajadores en la empresa siempre que la entidad transmitida conserve su autonomía. Para los supuestos en los que la entidad transferida no conserve su autonomía, la Directiva conmina a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar a los trabajadores de la entidad cedida una representación durante el período necesario para la adopción de una nueva representación empresarial. En caso de que la transmisión acarree la expira-

ción del mandato de los representantes de los trabajadores, se garantiza que éstos continuarán beneficiándose de las medidas de protección para los representantes previstas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

Con todo, merece destacarse que las prescripciones más importantes en materia colectiva son las relativas a los procedimientos de información y consulta que se acompañan a la decisión transmisiva, así como a las eventuales decisiones reorganizativas derivadas del hecho de la transmisión. La Directiva prevé la obligación del cedente y del cesionario de informar, con la suficiente antelación, a los representantes de los trabajadores acerca de las circunstancias de la transmisión y de sus efectos sobre los trabajadores. Asimismo, junto con la obligación de información si el cedente o el cesionario prevé la adopción de medidas en relación con sus trabajadores, está obligado a consultarlo «con el fin de llegar a un acuerdo». Las indicadas obligaciones procedimentalizadoras de las decisiones reorganizativas pueden ser limitadas por los Estados miembros, en dos supuestos: (1) si la legislación nacional reconoce la posibilidad para los representantes de los trabajadores de recurrir al arbitraje sobre las medidas que deban adoptarse respecto de los trabajadores y (2) a las empresas o centros de actividad que, con respecto al número de trabajadores, cumplan las condiciones necesarias para contar con un órgano representativo de los trabajadores.

Sin embargo, frente a los significativos cambios ahora apuntados en relación con la esfera de aplicación y tutela de la Directiva, las modificaciones introducidas en el plano colectivo puede decirse que se reducen a la adecuación puntual de los derechos de información y consulta a las prescripciones derivadas de la evolución normativa de dichos derechos en el derecho social comunitario. En este sentido, se pretende asegurar la garantía de los derechos de información y consulta contemplados en la norma comunitaria contemplando dos supuestos inicialmente no previstos en la Directiva 77/187/CEE: la ausencia de representación colectiva institucionalizada en la empresa objeto de transmisión, por una parte; y, por otra, la presencia de un conglomerado de interés económico en el que se integra como parte del mismo la empresa transmitida.

La Directiva 92/56/CE, de 24 de junio, que modificó la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, sobre despidos colectivos, reforzó el derecho de información y consulta, indicando que las obligaciones empresariales relativas a la información y consulta debían operar con independencia de que la decisión de extinción colectiva de contratos de trabajo fuera tomada por el empresario o «empresa que ejerza el control» sobre aquél ³⁷. Con ello se introduce una respuesta a las quiebras funcionales que sufren los esquemas representativos en el marco de los conglomerados empresariales. De este modo, la normativa comunitaria se decanta por reforzar los derechos de participación en los grupos de empresa mediante la previsión de una suerte de responsabilidad objetiva en su incumplimiento: no solamente se impone la obligación de información con independencia de que la decisión empresarial sea adoptada por la empresa, sino que además, su inobservancia no podrá ampararse en el hecho de que la empresa que ejerce el control sobre el empresario no suministró la información pertinente. En definitiva, recae sobre el empresario la responsabilidad objetiva y directa del cumplimiento de las obligaciones, sin que su inserción en la estructura de un grupo de empresas le exima de tal responsabilidad. Asimismo, la citada Directiva avanzó el concepto de grupo de empresa en el derecho social comunitario, concepto definitivamente normalizado a partir de la Directiva

94/45/CE sobre comités de empresa europeos. Tal y como se ha señalado, con dicha previsión se pretende introducir un principio que inspirará el derecho de información y consulta en el derecho social europeo: garantizar que la información y consulta constituye un verdadero procedimiento de participación en la toma de decisiones y que no se ven reducidos a un mero formalismo ³⁸.

Junto con ello, la modificación de la Directiva 77/187/CEE operada en 1998 introdujo un régimen especial del cumplimiento del deber de información para los casos en los que, por causas ajenas a la voluntad de los trabajadores, no existan representantes legales de éstos. Se extiende, de este modo, el principio de información directa a los afectados que ya se contenía en otras normas tales como la relativa a la prevención de riesgos laborales en el lugar de trabajo ³⁹. Por el contrario la modificación de 1998 supuso la restricción de los supuestos en los que procedía la información directamente a los representantes de los trabajadores (ausencia de representantes por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores), frente al carácter más extenso que ofrecía la normativa comunitaria en la redacción originaria contenida en la Directiva 77/187/CEE. Se trata, sin embargo, de un obligación alternativa, de idéntico contenido que la principal que nacerá en ausencia de representantes de los trabajadores, cuyo fundamento difiere de la obligación de información individual al trabajador sobre las condiciones de trabajo o para el caso del desplazamiento en el marco de una prestación transnacional de servicios ⁴⁰. La normativa relativa a la información individual se concibe como un instrumento de la autogestión de sus propios intereses, para posibilitarle su reacción en caso de incumplimiento empresarial ⁴¹. La indicada tendencia a la revalorización de la información individual, permite advertir el carácter «procedimental» que adopta la protección de ciertos derechos. Por su parte, la información *uti singuli* en el marco de los procesos de participación de los trabajadores en la empresa se erige en cláusula de salvaguardia de los derechos de información ante las decisiones organizativas empresariales, directamente entroncado con los derechos colectivos y como elemento básico de un sistema moderno de relaciones laborales ⁴². En este sentido, el contenido y finalidad de la información desborda la mera repercusión individual que pudiera tener la información transmitida, y se pone en relación con la decisión empresarial respecto de la unidad productiva.

El legislador español aprovechó la tramitación legislativa de la convalidación del RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de la competitividad, para adoptar cumplir con la obligación de transposición de la Directiva 98/50/CE cuyo plazo de transposición expiraba el 17 de julio de 2001. En este sentido, la mayor parte de las modificaciones del nuevo artículo 44 ET dicen con los aspectos colectivos del fenómeno sucesorio. Tras las modificaciones introducidas por la Ley 12/2001, la transmisión de empresa se contempla también como un fenómeno que presenta también una dimensión colectiva y, al mismo tiempo, de posible tratamiento colectivo ⁴³. Así, se adapta la legislación española a las previsiones contempladas en el derecho europeo en relación con los efectos de la transmisión sobre la institución representativa, la vigencia de la normativa colectiva aplicable a los trabajadores de la unidad transmitida y, en fin, a los derechos de información y consulta en caso de sucesión empresarial. En este sentido, se ha dicho por la doctrina, y no sin razón, que el objetivo perseguido y la consecuencia de la reforma legal de artículo 44 ET «no han sido otros que la de lograr la correcta, aun cuando extemporánea, transposición del derecho armonizado de primera generación sobre transmisión de empresa a la legislación interna» ⁴⁴.

De entre las novedades relativas a la dimensión colectiva del fenómeno de la transmisión de empresa, creemos que, sin lugar a dudas, las más relevantes son las relativas a la información y consulta. En primer lugar, como ha quedado dicho, destaca la importancia de dichos derechos en la procedimentalización de las facultades empresariales. En particular, la consulta que se integra en vía principal en la decisión sobre los efectos que acompañan a la decisión de transmisión. En segundo término, la laguna en el ordenamiento español de las garantías relacionadas con aspectos tales como las vicisitudes de los órganos de representación o la determinación del convenio colectivo aplicable tras las operaciones de transmisión de empresa habían sido integradas por los Tribunales en soluciones que presentaban un distinto grado de adecuación a la normativa comunitaria ⁴⁵.

Así, en primer lugar, en relación con el convenio colectivo aplicable no puede decirse que el nuevo artículo 44 ET integre la mera legalización de la jurisprudencia. Seguramente se recordará que la sucesión de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo se inferían indirectamente del carácter completo de la subrogación en caso de transmisión. Tal era el sentido que se atribuía a la expresión «quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior». En este sentido, varias fueron las soluciones aportadas por los Tribunales para determinar la elección del convenio colectivo aplicable en caso de sucesión empresarial. Así, se postuló a favor de la aplicación única del mismo convenio colectivo para todos los trabajadores de la misma unidad empresarial, de manera que no cabía considerar la efectiva aplicación de normas convencionales diferenciadas ⁴⁶. Sin embargo, de manera mayoritaria se vino considerando que la elección del convenio colectivo aplicable debía hacerse a través del principio de norma más favorable contemplado en el artículo 3.3 ET ⁴⁷.

Tras la inclusión del nuevo apartado 4 en el artículo 44 ET, siguiendo la previsión de la Directiva, se mantiene la continuidad temporal del convenio colectivo que fuera de aplicación en el momento de producirse la transmisión. Este régimen transitorio se extiende hasta la producción de uno de estos hechos: bien la finalización de la vigencia del convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión ⁴⁸, bien la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a «la entidad económica transmitida» ⁴⁹. Es claro, por tanto, que a la vista de las indicadas innovaciones, deberán reconsiderarse las posiciones mantenidas por nuestros Tribunales ⁵⁰.

Asimismo, el nuevo artículo 44.4 ET introduce la eventual adopción de sistemas de renegociación *ante tempus* del convenio colectivo. Es conocido que la jurisprudencia venía admitiendo que la obligación impuesta por el artículo 44 ET no resultaba incompatible con un pacto unificado de las diversas condiciones de trabajo de las empresas integradas en una nueva entidad con todos los representantes de los trabajadores ⁵¹. Tras la indicada modificación, el apartado 4 del artículo 44 ET admite que una vez consumada la sucesión, mediante acuerdo entre cesionario y los representantes de los trabajadores, pueda dejarse sin efecto la continuidad provisional de la norma convencional aplicable.

Tampoco el artículo 44 en la versión de 1980 contenía referencia alguna a los efectos de la transmisión de empresa sobre los órganos de representación. No obstante, en relación con la representación unitaria, el Tribunal Supremo ya avanzó la previsión de la normativa comunitaria ahora incluida en el nuevo artículo 44.5 ET. En este sentido, se entendió que la subrogación no debía alte-

rar la institución representativa si la unidad transmitida conservaba su identidad ⁵². No obstante lo anterior, la adecuación de la legislación española a la normativa comunitaria no ha sido completa. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que a pesar del silencio del apartado 5 del artículo 44, y por mandato del artículo 6.3 de la Directiva 2001/23/CE, en caso de extinción del mandato representativo el representante de los trabajadores que haya perdido tal condición por el traspaso de empresa conservará las garantías contempladas en el artículo 68.c) ET. En este sentido, a pesar del silencio de la Ley, parece que la solución más lógica sea considerar que dichas garantías serán de aplicación únicamente durante el año siguiente a la expiración del mandato por causa de la sucesión de empresa, con independencia del período que restara hasta agotar el mandato en el momento de consumarse la transmisión.

A pesar de la relevancia de las novedades introducidas en el artículo 44 en los aspectos acabados de reseñar, ya ha quedado dicho que es en materia de información y consulta donde las innovaciones afectan de manera más significativa al régimen jurídico de la transmisión de empresa. Empezando por los derechos de información en caso de sucesión empresarial, resultaba evidente la inadecuación de la legislación española a las prescripciones de la normativa europea relativas a la información en caso de transmisión de empresa ⁵³. Efectivamente, la reconstrucción de las dispersas obligaciones de información en los supuestos de sucesión empresarial abonaban tal conclusión.

Las características que identificaban el deber de información contemplada en la regulación originaria sobre transmisión de empresa diferían del carácter procedimentalizador y colectivo que dicha obligación presenta en el derecho comunitario. El artículo 44 en la redacción de 1980, únicamente aludía a la notificación formal a los trabajadores, cuya exigencia resultaba difícil de relacionar con la propia idea de tutela colectiva que presenta el derecho de información en el marco de la transmisión ⁵⁴. Por una parte, la notificación de la transmisión de titularidad solamente podía identificarse con un deber de información en el sentido «débil» que no se adecuaba a la finalidad contemplada en la Directiva ⁵⁵. Así, el contenido de la información presentaba un carácter esencialmente formal y limitado a la fecha de la cesión y a la identificación del sujeto patronal ⁵⁶. Lo limitado de la finalidad y contenido de la notificación se reflejaba también en el modo en que debía darse cumplimiento a dicha obligación informativa. Como se recordará, la observancia del deber de información no atañía de forma exclusiva al cedente, ni de forma indistinta a ambos empresarios. Sólo en defecto de la notificación por el cedente, procedía de manera subsidiaria la intervención del cesionario ⁵⁷.

Ciertamente, la notificación del cambio de titularidad contenida en la norma estatutaria debía completarse con las previsiones contenidas en la normativa sobre sociedades anónimas para los casos en los que el negocio transmisivo afectaba a personas jurídicas que adoptaran tal forma societaria. Es conocido que el artículo 238 LSA obliga a poner a disposición de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, documentos tales como el proyecto de fusión, las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participan en la fusión o el balance de fusión de cada una de las sociedades. Dicha normativa resulta de aplicación, asimismo, para los casos en los que se produzca la escisión de la empresa *ex* artículo 254 LSA.

No puede decirse que la información contemplada en el artículo 238 LSA sea suficiente para colmar las exigencias en materia de información derivadas de la normativa comunitaria sobre transmisión de empresa. Basta con la rápida lectura del contenido del derecho de información documental en la fusión de sociedades con el previsto en la Directiva, para advertir que el contenido de la información en uno y otro caso no son equivalentes. Frente a los aspectos societarios que constituyen el objeto documental de la información en la normativa relativa a la fusión de sociedades, el deber de información en caso de transmisión gira, en buena medida, en torno a los efectos de la fusión sobre los trabajadores. El distinto alcance objetivo del deber de información deja bien a las claras la distinta función del deber de información documental para el caso de la fusión empresarial y la obligación de informar a los representantes de los trabajadores en la sucesión empresarial. El deber de información documental previa a la decisión de la Junta de accionistas sobre la fusión de sociedades se infiere del contrato social y se atribuye al socio en defensa del interés propio o del interés social ⁵⁸. De ahí que el objeto de la información relativa al proyecto de fusión deba contener una información correcta sobre la fusión proyectada y sus datos reflejen la situación actualizada. La indicada información deberá relacionarse con la información contable y societaria cuya finalidad es garantizar el conocimiento por los representantes de la indicada información para que puedan llegar a deducir los aspectos esenciales sobre la situación presente, pasada y futura de la actividad productiva ⁵⁹. No obstante, a pesar del carácter preventivo de la información en uno y otro caso, puede decirse que tal carga de información difiere en su finalidad con la prevista para los supuestos de transmisión empresarial. Así se desprende también de la propia Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre, sobre fusión de sociedades, en la que se fundamenta el régimen jurídico de la LSA. Dicha norma establece que la protección de los trabajadores en caso de fusión de sociedades se arbitrará a partir de la aplicación de las previsiones relativas a la sucesión de empresa.

Finalmente, tampoco desde el punto de vista subjetivo la redacción del precepto estatutario sobre transmisión de empresa se ajustaba a las exigencias comunitarias, puesto que, de conformidad con la literalidad del originario artículo 44 ET, el deber de notificación no alcanzaba a los representantes legales de la empresa cesionaria. De este modo, solamente a través una interpretación teleológica adecuada del texto legal a la Directiva comunitaria, mantenida por un sector de la doctrina podía extenderse la obligación al empresario cesionario ⁶⁰. Sin duda se trataba de una interpretación excesivamente forzada tanto desde el tenor literal del precepto como desde el objeto de regulación del mismo que no era otro que la ordenación de los efectos de la transmisión sobre los trabajadores de la empresa cedida. Consiguientemente, el incumplimiento o cumplimiento extemporáneo de la notificación podía llegar a tener efectos sobre el cómputo del período de responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario establecida en el artículo 44 ET ⁶¹.

En definitiva, la modesta intervención del deber de información «en grado menor» prevista en el artículo 44 ET no podía equiparse, por su contenido objetivo, por sus destinatarios y, en fin, por su finalidad a las exigencias relativas a la información en los fenómenos de sucesión empresarial en Derecho Comunitario ⁶².

Por lo que se refiere a la obligación de consultar las medidas adoptadas a propósito de la transmisión, la ausencia de referencia expresa en el artículo 44 en su versión de 1980, obligaba a la lec-

tura integrada de los distintos preceptos estatuarios para establecer el grado de adecuación de nuestra normativa a las obligaciones de consulta que emanan del artículo 6 de la Directiva sobre transmisión de empresa.

Inicialmente, en la labor ahora apuntada, constituía obligada referencia el artículo 64.1.5.º ET. Como el citado precepto indica que los representantes de los trabajadores deberán emitir un informe sobre los efectos de la transmisión en el caso de que la misma se ocasione a resultas de una fusión, absorción o modificación de su estatus jurídico, y siempre que dicho cambio vaya a tener efectos sobre el volumen de empleo de la empresa⁶³. En este sentido, la emisión del informe por parte de los representantes de los trabajadores constituye una de las formas en las que se manifiesta el derecho de consultas en su concepción teórica más tradicional⁶⁴.

Desde la literalidad del precepto, la indicada intervención resultaba en sí misma insuficiente teniendo a la luz del derecho de la obligación de consultar que contempla norma comunitaria. Ciertamente, según la opinión expresada por un sector de la doctrina, este derecho de información activa previsto inicialmente en el citado artículo 64.1.5.º ET para la representación de los trabajadores de la empresa cedida cabe extenderlo, asimismo, a la representación de los trabajadores de la empresa cesionaria, ya que la transmisión con toda probabilidad tendrá repercusiones, aunque desigualmente, en todas las empresas afectadas por el fenómeno sucesorio⁶⁵. No obstante, a pesar de los esfuerzos hermenéuticos es evidente que, de conformidad con las exigencias europeas que reclaman la información en cualquier supuesto de cambio de titularidad de la empresa, incluyendo los casos en los que dicho cambio obedece a una transformación societaria o a una fusión, las previsiones legales contempladas en el citado artículo 64.1.5.º ET resultaban claramente insuficientes⁶⁶. Y, en fin, terminando con la delimitación objetiva de las consultas, resultan igualmente inadecuadas las medidas que de conformidad con dicho precepto exigen de la previa consulta: las medidas reestructuradoras que incidan directamente en las dimensiones de la plantilla, esto es, despidos y nuevas contrataciones⁶⁷.

Con todo, es la propia naturaleza de la consulta prevista en la Ley la que impedía considerar la equivalente al procedimiento establecido en la normativa comunitaria. La emisión del informe de los representantes de los trabajadores en los casos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que afecta al volumen de empleo nada tiene que ver con el deber de consultas con vistas a la consecución de un acuerdo que se contempla en la Directiva comunitaria. En este sentido, ha sido claro el TJCE cuando ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza del período de consultas. Sostiene la Corte de Luxemburgo, en la Sentencia de 8 de junio de 1994 (Comisión vs. Reino Unido), que constituía solamente una adaptación parcial a la normativa europea el Reglamento del Reino Unido según el cual sólo se obligaba al cedente o al cesionario que preveían la adopción de medidas en relación con los trabajadores afectados por una transmisión a iniciar consultas con los representantes de los sindicatos reconocidos por ellos, a tomar en consideración todas las observaciones que formulen dichos representantes y a responder a tales observaciones y, si las rechazaban, a indicar los motivos del rechazo. Se afirma en este sentido que el deber de consulta contemplada en el redactado actual del artículo 6 de la Directiva 2001/23/CE, obliga a consultar a los representantes de los trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo. Así pues, la finalidad del deber de consulta que recae sobre ambas partes es la de llegar a un acuerdo y no, meramente, la de cumplir los requisitos formales que se prevea en cada una de las legislaciones estatales⁶⁸.

No obstante, esta inicial aproximación debería completarse a la luz del régimen jurídico aplicable a los medios de reorganización y que acompañan el régimen jurídico aplicable a las medidas de reorganización que acompañan a las situaciones de reestructuración empresarial generadas en el proceso sucesorio. De ello podría inferirse, en una primera aproximación, que la legislación española de 1980 colmaba, si bien de forma poco sistemática, las exigencias derivadas de la regulación comunitaria. Ahora bien, tal y como puso de manifiesto la doctrina, es suficiente con un somero análisis de la regulación legal de las medidas modificativas, suspensivas y extintivas en la relación de trabajo para desmentir aquella inicial apreciación ⁶⁹. En este sentido, basta recordar que, a la luz de los artículos 40 y 41 ET, los empresarios cedente y cesionario pueden adoptar medidas de traslado o de modificación sustancial de las condiciones sin necesidad de iniciar un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores a su servicio cuando dichas medidas no alcancen el carácter colectivo previsto en la norma. Así, por ejemplo, en relación con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo no requieren de la consulta las modificaciones de condiciones disfrutadas por los trabajadores a título individual ni tampoco las modificaciones funcionales o de horario de trabajo que, sea cual fuere, su fuente de reconocimiento no supere los umbrales numéricos establecidos legalmente. Otro tanto cabe decir de la modificación del lugar de la prestación que carezca del citado componente colectivo. La exclusión de la consulta en los supuestos como los ahora expuestos resultaba incompatible con la extensión de dicho procedimiento que a cualquier decisión empresarial derivada de la reestructuración se contemplaba en la Directiva ⁷⁰. En el mismo sentido, abundando en la adecuación parcial de la legislación española a los supuestos de consultas, tampoco el régimen jurídico legalmente previsto para los supuestos de suspensión y extinción del contrato por causas empresariales en caso de que tuviere que aplicarse en el marco de la transmisión de empresa ⁷¹.

En definitiva, la regulación española de las obligaciones de información y consulta en los supuestos de transferencia de empresa no cumplían con los principios básicos de la intervención colectiva en la normativa comunitaria sobre transmisión de empresa. Inadecuación que únicamente cabía solventar a través de la modificación legislativa en los términos del nuevo artículo 44 ET.

II. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES. EL SUPUESTO BASE DE LA PARTICIPACIÓN

El presupuesto desencadenante de la aplicación del precepto estatutario es el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma. El supuesto de hecho del artículo 44 ET, al que se anuda el mecanismo sucesorio, y la consiguiente subrogación del nuevo empleador en la posición del anterior empresario, exige la concurrencia de dos elementos. El primero de carácter subjetivo: la transmisión directa o tracto sucesivo del antiguo propietario, que puede producirse a través de una extensa gama de mecanismos, ya sea por cualquier tipo de convención –permuta, venta, etc.– o por circunstancias impuestas –subasta judicial, venta, etc.–. El segundo de carácter objetivo, la transmisión efectiva de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

Desde sus primeros pronunciamientos, el TJCE rechazó una interpretación literal de la noción de «cesión contractual», amparando una interpretación amplia de la causa de la transmisión de empresa ⁷². A partir del objetivo de la Directiva de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, ha estimado que debe aplicarse a todos los supuestos en los que se produce efectivamente la transmisión ⁷³. De este modo, se ha considerado de aplicación de la Directiva incluso en los supuestos de inexistencia de un vínculo convencional directo entre dos empresas ⁷⁴. En sentido similar, la jurisprudencia española, en consonancia con la fórmula genérica empleada en el artículo 44 ET que posibilita la admisión de cualquier cambio de titularidad, acoge una noción amplia del negocio transmisivo ⁷⁵.

Sin querer revisar detalladamente la rica jurisprudencia comunitaria, es claro que el Tribunal de Justicia ha elaborado una noción de transmisión de empresa que se caracteriza por su elasticidad y adaptabilidad a las distintas manifestaciones de la transmisión de la organización productiva. Por consiguiente, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, el elemento causal de la transmisión perdió rápidamente su función tipificadora; función que ha quedado desplazada al elemento objetivo de la transmisión ⁷⁶. En este sentido, son numerosísimos los pronunciamientos judiciales y doctrinales acerca de la aplicación de la disciplina jurídica de la sucesión de empresa a fenómenos tales como la sucesión de contratas, a la transmisión de empresa en el marco de la administración pública o, en fin, la regulación que deba disciplinar los fenómenos de segregación y filialización empresarial.

Sin duda no es éste el lugar de analizar los distintos supuestos en los que se presenta la transmisión de empresa. No obstante, la dimensión colectiva del fenómeno sucesorio, que afecta tanto a la información como a las medidas laborales de reorganización, permite, en nuestra opinión, interrogarse hasta qué punto en ciertos supuestos resultan de aplicación o no las garantías colectivas contempladas para la transmisión de empresa. Y nos explicamos. La determinación acerca de la inclusión o no de ciertos negocios dentro del fenómeno sucesorio quedaba limitado a la estrecha dimensión individual de la transmisión; esto es, al reconocimiento *ex lege* de los derechos subjetivos individualizados. Tras la nueva redacción del precepto que supera la estricta perspectiva individual del originario artículo 44 ET, cabe interrogarse acerca de la eventual aplicación de algunas de las garantías colectivas previstas en el régimen jurídico de la transmisión de empresa en determinados supuestos. Nos referimos a dos supuestos particulares: por un lado, la adquisición o toma de control de la persona jurídica titular de la empresa y, por otro, la sucesión convencional de contratas. Ciertamente la problemática de base presente en los negocios señalados difiere sustancialmente desde la consideración legal del fenómeno sucesorio. En el caso de la toma de control de la persona jurídica titular de empresa se ha discutido si debe atribuírsele la condición o no de transmisión de empresa. Ciertamente, la dimensión colectiva que puede presentar la transmisión de la persona jurídica titular de la empresa presenta numerosos puntos de contacto con los efectos derivados de la transmisión, de manera que cabría pensar en la eventual intervención de los representantes de los trabajadores en tales procedimientos.

Por su parte, en el caso de la sucesión de contratas a través de convenio colectivo, resulta pertinente preguntarse a la luz de la doctrina de la Corte de Luxemburgo, si debemos o no aplicar las obligaciones de información y consulta previstas en el artículo 44 ET.

Más allá de los supuestos ahora indicados, en los que se halla presente una evidente dificultad en la calificación del supuesto de base de la transmisión, resulta oportuno que nos interroguemos acerca de la aplicación de las garantías colectivas en el supuesto de la sucesión empresarial en el marco de los procedimientos concursales. Es sabido que en el artículo 44 ET no se explicitaba regla alguna sobre la transmisión en los procesos concursales. No obstante, tal y como se ha dicho, la interpretación amplia y omnicomprendensiva del elemento subjetivo en el negocio transmisivo ha permitido integrar estos cambios de titularidad dentro de la sucesión de empresa del artículo 44 ET⁷⁷. En este sentido, para el caso de que el procedimiento concursal termine con la liquidación de la integridad de los bienes del deudor, el artículo 51.11 ET especifica que resultará de aplicación el artículo 44 ET si la enajenación cumple con el elemento objetivo de la transmisiva. Así pues, integrarán el concepto de transmisión de empresa, en primer lugar, la venta judicial, bien sea con vistas a la liquidación concursal ya sea la incluida en el convenio con los acreedores; y, en segundo, la cesión en pago a los acreedores⁷⁸.

El régimen jurídico de garantías alternativo o debilitado previsto en la normativa comunitaria para las sucesiones empresariales que se producen en el marco de la suspensión de pagos y quiebra no se extiende, en principio, a los aspectos colectivos de la transmisión. La inaplicación parcial del régimen jurídico de la transmisión de empresa contemplado en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE únicamente se refiere a las garantías anudadas a la aplicación del mecanismo subrogatorio. Así, los Estados miembros pueden optar bien por inaplicar las garantías previstas en los artículos 3 y 4 de la Directiva, de manera que no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente derivadas del contrato de trabajo; bien por establecer un régimen flexible o matizado de las mismas, en cuyo caso se articulan distintas alternativas que pueden darse al mismo tiempo de manera alternativa. Así, se contempla que se no transfieran las obligaciones contractuales al cesionario en los términos fijados por el artículo 3.1 de la Directiva siempre y cuando: (1) se contemple una protección similar a la de la Directiva 80/987/CEE, sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia; y/o (2) se articulen mecanismos de participación de los trabajadores en la transmisión de la empresa en crisis. En este sentido, se contempla un procedimiento de consulta-negociación particular entre el cesionario y el cedente –o quien ejerza sus funciones– y los representantes de los trabajadores puedan pactar modificaciones en las condiciones de trabajo con la finalidad de la supervivencia de la empresa o centro de trabajo y asegurar el nivel de empleo. Como se indicó más arriba, esta importante innovación en el tratamiento comunitario de las transmisiones de empresas vinculadas a procedimientos concursales o de insolvencia, pretende superar la disyuntiva entre la aplicación o no de la totalidad de la Directiva⁷⁹. Consiguientemente, *a contrario sensu*, es lógico entender que resultan de aplicación las prescripciones de carácter colectivo en la transmisión de empresa: garantía de mantenimiento de la institución representativa y procedimiento de información y consulta⁸⁰.

No obstante, a esta inicial afirmación podrían oponerse algunas objeciones relevantes. La primera de las objeciones a la conclusión inicialmente apuntada deriva el eventual procedimiento de renegociación de las condiciones laborales previsto en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/23/CE en los supuestos en los que la legislación prefiera inaplicar las garantías del artículo 3.1 de la misma. De tal previsión cabría inferir, *a contrario sensu*, que de no contemplarse expresamente la participación de los trabajadores en la transmisión de empresa insolvente no resulta de aplicación. No obs-

tante, no creemos que sea ésta la lectura que deba realizarse del indicado precepto. Es claro que de alcanzarse un acuerdo en tal negociación no deberán celebrarse las posteriores consultas para la adopción de las medidas de carácter laboral. Con ello se pretende la promoción de la negociación colectiva para los casos de insolvencia entendiéndose que se trata del mejor mecanismo para asegurar la supervivencia de la unidad productiva y de mantener las oportunidades de empleo.

En segundo lugar, sería dable pensar que en la medida en que, desde un punto de vista lógico, los procedimientos colectivos de la Directiva son instrumentos dispuestos para asegurar la finalidad de la indemnidad de la posición del trabajador –finalidad última de la citada Directiva–, la inaplicación de las garantías individuales no tiene sentido la aplicación de los procedimientos colectivos. Sin embargo, no puede obviarse, por una parte, que el régimen jurídico alternativo para la transmisión en el marco de procedimientos concursales no se fundamenta en la exclusión de la aplicación de la Directiva, sino en la aplicación matizada o debilitada de la misma. En este sentido, entendemos que el punto de equilibrio para la transmisión de empresas que pretende la Directiva insolventes debe buscarse en el debilitamiento de la aplicación de los mecanismos subrogatorios manteniéndose la participación de los trabajadores en el proceso. Ello se refleja, asimismo, en la referida posibilidad que la Directiva reconoce a los Estados para que inapliquen la sucesión de responsabilidades al cesionario si, al mismo tiempo, contemplan la participación de los trabajadores, a través de negociación colectiva, en los procesos de reorganización empresarial en la transmisión de las empresas insolventes. Por otra parte, una conclusión distinta resultaría contradictoria con la tendencia de la regulación de los derechos de información y consulta en el marco del derecho social europeo. En definitiva, deberá informarse de las circunstancias de la transmisión y consultarse las medidas organizativas que se adopten basándose en la misma.

El régimen de garantías debilitado introducido por la Directiva 98/50/CE no se contempla en el nuevo artículo 44 ET, de modo que debe entenderse que el legislador ha optado por mantener el rigor de la subrogación *in integrum* del cesionario en las obligaciones laborales del empresario cedente. Consiguientemente, con independencia de la valoración desde el punto de vista de política legislativa acerca de conveniencia o no de la aplicación rígida de las garantías en este ámbito, no cabe duda de que la opción legislativa se ajusta a las exigencias derivadas de la normativa comunitaria⁸¹. Ciertamente, la transmisión de empresa en los supuestos de venta judicial de la empresa o su cesión en pago a los acreedores modulará los términos de la obligación de información que recae sobre el cedente. Efectivamente, no cabe duda de que resultará difícil de precisar el momento de la transmisión, por lo que la información «con la suficiente antelación antes de la transmisión» no siempre resultará viable.

Junto con las consideraciones vertidas hasta aquí a propósito de la transmisión de empresas en situación de insolvencia, es necesario referirse a los efectos que pueda representar la legislación concursal en preparación sobre el régimen laboral de la transmisión en dichos supuestos⁸². Tal y como se verá más adelante, parece que es de manera indirecta, a través de la nueva normativa concursal, actualmente en trámite parlamentario, que el legislador pretende matizar los efectos de la sucesión empresarial cuando el cedente estuviera inmerso en un procedimiento de liquidación de sus bienes supervisado por la autoridad pública. En este marco, creemos que resulta oportuno el análisis de la futura regulación concursal a la luz de las obligaciones impuestas por la Directiva 2001/23/CE.

1. La adquisición o toma de control de la persona jurídica titular de la empresa.

Como es sabido la polémica acerca de la aplicación o no del mecanismo subrogatorio en los supuestos de toma de control empresarial a través de la adquisición de acciones sociales es tan antigua como el mismo artículo 44 ET. Tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia se ha considerado, de forma prácticamente unánime, que dentro del citado precepto estatutario no cabe la adquisición completa o mayoritaria del accionariado que permite la toma de control de la sociedad titular de la empresa ⁸³. Es claro que toma de control de la sociedad, en lo que se refiere a la finalidad del artículo 44 ET, carece de relevancia, ya que no se produce una alteración en la persona titular de la empresa que es precisamente la base de la garantía subrogatoria. La norma sobre transmisión de empresa exige que, bajo cualquier título, se produzca el cambio de titularidad de la misma, de una unidad productiva de la misma o de elementos patrimoniales suficientes para continuar, por sí solos o mediante un aporte adicional de medios, la actividad empresarial. Tal transmisión de empresa no se produce mediante la adquisición de acciones, puesto que la sociedad adquirida mantiene su personalidad jurídica, así como su condición de empleadora en relación con los trabajadores de la misma. Así pues, la adquisición de acciones sólo afecta a la titularidad de la sociedad empleadora.

Así las cosas, la aplicación de los mecanismos correctores únicamente es viable, en primer término, cuando se produzca en el marco de una operación más compleja que dé lugar a la transmisión de elementos patrimoniales, humanos y organizativos entre empresas ⁸⁴. Así, la adquisición de participaciones societarias tendrá la consideración de sucesión de empresa cuando se produzca en el marco del grupo y se generen entre las diversas empresas implicadas relaciones que supongan la incorporación de elementos humanos y materiales de una empresa a otra, lo que equivale a una fusión fáctica o de hecho ⁸⁵. En todo caso, el origen de esa responsabilidad habrá que buscarlo no en el hecho de la transmisión de determinadas participaciones sociales, sino a partir de las relaciones existentes entre ambas sociedades a partir del momento de la transmisión ⁸⁶. Y en segundo lugar, en aquellos supuestos en los que la transmisión de la titularidad de las acciones supongan la despatrimonialización de la sociedad, será aplicable la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica ⁸⁷. De este modo, son manifestaciones de esta posibilidad los frecuentes supuestos de descapitalización de una sociedad, la privación de su viabilidad económica a favor de otras empresas del grupo, el traslado de la producción de una empresa a otra en el seno del grupo, entre otras. En definitiva, resulta plenamente acorde con la lógica esencialmente individual con que se contemplaba la sucesión de empresa la irrelevancia de los avatares relativos al control de la persona jurídica que continúa siendo titular de la empresa.

Con todo, si bien la adquisición de participaciones no cuestiona en principio el mantenimiento de las relaciones laborales existentes, que es la finalidad que sustenta el artículo 44 ET, el que de ella pueda derivarse efectos sobre el volumen de empleo, las condiciones de trabajo, las relaciones colectivas, etc., plantea si cabe o no extender las garantías colectivas contempladas en el precepto estatutario ⁸⁸. En este sentido, la situación descrita no resulta completa si no se toman en consideración dos elementos que coadyuvan a favor de una interpretación de la eventual aplicación de las garantías colectivas a los supuestos de negocios transmisivos de participaciones sociales.

En primer lugar, los efectos que los cambios de participaciones presentan en la dinámica de los grupos de empresas. Por un lado, dichos negocios jurídicos se han constituido en una de las fórmulas de integración empresarial facilitando la creación de grupos de empresas⁸⁹. En este sentido, es un mecanismo esencial en la gestión de los conglomerados económicos que constituyen las empresas. En primer lugar, el control de la sociedad a través de la toma de acciones es el mecanismo habitual a través del que se produce la incorporación al grupo de empresas hasta entonces externas al mismo⁹⁰. Igualmente, es el método empleado por el grupo para desinvertir en los sectores en los que deje de tener un interés directo o en los que las perspectivas económicas de las filiales así lo recomienden⁹¹. No quiere decirse con ello que no pueda diferenciarse entre la adquisición de acciones que tiene una finalidad meramente inversora y aquella otra que tiende a obtener una participación significativa y, por tanto, el control de la sociedad. Ahora bien, no puede desconocerse, tal y como se ha señalado, que la formación de los grupos se efectúa frecuentemente mediante la participación accionarial en otra sociedad.

A pesar de que en los supuestos indicados no hay transmisión formal de la titularidad de la empresa, la integración dentro de la sociedad adquirida dentro de un *holding* presente efectos materiales directos e indirectos sobre las relaciones laborales de la sociedad sobre la que se ha tomado el control. En este marco, toma especial relevancia la doctrina del Tribunal de Justicia a propósito de la obligación de información en el marco de los grupos de empresa de dimensión europea. Indica el Tribunal en Sentencia de 29 de marzo de 2001 (Asunto Bofrost) respecto del derecho de información regulado en la Directiva 94/45/CE que éste constituye un requisito previo necesario para determinar la existencia de una empresa o de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, que a su vez es condición previa para crear un comité de empresa europeo o establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores. Por consiguiente, de manera lógica se indica que «los trabajadores de una empresa perteneciente a un grupo de empresas, como se definen en el artículo 2 apartado 1 letra b) de la Directiva, disfrutan de este derecho de información incluso antes de que se compruebe que dentro del grupo existe una empresa que ejerce el control en el sentido del artículo 3 de dicha Directiva».

Igualmente relevante es la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en relación con el contenido objetivo de la obligación de información. En este caso, se mantiene la información a que se refiere la Directiva debe permitir a los trabajadores afectados o a sus representantes acceder a la información necesaria para poder apreciar si tienen o no derecho a exigir la apertura de negociaciones. De ello el Tribunal infiere que «cuando los datos sobre la estructura o la organización de un grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un comité de empresa europeo o de establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores, corresponderá a cualquier empresa de dicho grupo proporcionar los datos de que disponga, o que pueda obtener, a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten».

En sentido similar, piénsese en los efectos que pueda tener la integración de la sociedad, a través de la adquisición de acciones, en el grupo en el que se contemplen órganos de representación de dimensión intragrupal. Del mismo modo, en el ámbito transnacional, podemos referirnos a los supues-

tos en los que la sociedad adquirida se integra en la estructura de un *holding* que voluntariamente haya adoptado la forma de Sociedad Europea; en cuyo caso, serán de aplicación tres instrumentos o sistemas de participación diferentes: información, consulta y participación en las estructuras orgánicas de decisión de la Sociedad Europea. En particular, merece destacarse que el derecho de información se identifica con la transmisión por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situado en otro Estado miembro o que exceda de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro ⁹².

Por otro lado, la integración dentro del grupo presenta asimismo otro efecto colectivo: el relativo a la aplicación de la norma colectiva aplicable. A este respecto debe tenerse en cuenta que, a la luz de la doctrina dictada en unificación de doctrina por nuestro Tribunal Supremo, y en tanto no se produzca un reconocimiento legal de la negociación colectiva en el grupo de empresas, cabe la negociación estatutaria del grupo sin presencia directa de representantes directos de alguna o algunas de las empresas del grupo. Así las cosas, no resultará extraño que pueda surgir un eventual conflicto entre la aplicación del convenio de la empresa integrada en el grupo y el convenio colectivo de grupo, de existir éste.

Queda bien a las claras que, a pesar de que no exista técnicamente una transmisión de empresa, de la integración en el grupo pueden derivarse efectos en las relaciones de trabajo. En este sentido, un sector de la doctrina ha considerado que, en el marco de la regulación general del fenómeno de grupos de empresa deberían contemplarse medidas tendentes a asegurar los derechos de los trabajadores para los cambios operados en relación con la persona jurídica titular de la empresa ⁹³. Así, se indica que la referida regulación debería contener dos tipos de garantías. Unas de carácter procedimental, identificadas con la información, consultas y negociación; otras de naturaleza sustantiva, relativa a la responsabilidad patrimonial derivadas del control potencial de grupo que dotaría a los trabajadores de la sociedad cuyo control se ha transmitido de una garantía frente a eventuales maniobras defraudatorias ⁹⁴.

En segundo lugar, dejando de lado las particularidades que representa la creación o consolidación de estructuras empresariales complejas a través de la fórmula de adquisición de acciones, desde el derecho de sociedades europeo se han producido ya algunos intentos de contemplar la dimensión del empleo en ciertas operaciones destinadas a la toma de control de sociedades. En concreto, el último proyecto de Directiva relativa a las ofertas públicas de adquisición del capital de sociedades contempla, dentro de la protección de los interesados, el deber de información a los trabajadores –bien a través de sus representantes, bien directamente al propio personal– de las condiciones y efectos de la oferta de adquisición. La obligación de informar a los trabajadores de la sociedad objeto de la Oferta Pública de Adquisición recae tanto sobre el oferente como sobre la sociedad objeto de la oferta ⁹⁵.

Por una parte, se contempla la obligación de informar debidamente a los trabajadores acerca de las condiciones de la oferta. De conformidad con el último proyecto de Directiva, entre la información mínima que debe contener la oferta de adquisición deben constar las intenciones del oferente con respecto a las actividades futuras de la sociedad afectada, sus empleados y su dirección, inclui-

do todo cambio material de las condiciones de empleo ⁹⁶. Igualmente se obliga a adoptar los mecanismos necesarios para que los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores de la sociedad afectada puedan acceder rápida y fácilmente a toda la información o documentación necesaria. Por su parte, el órgano de administración de la sociedad afectada por la oferta de adquisición, deberá elaborar y hacer público un documento en el que se exponga su parecer sobre las repercusiones de la oferta en los intereses de la sociedad, incluido el empleo ⁹⁷.

Ciertamente, la carga de informar a los trabajadores se presenta, tanto en la forma como en el contenido, con menor intensidad que la prevista por la normativa comunitaria para los supuestos de reorganización empresarial. Seguramente ello se explica fácilmente desde las particularidades presentes en la regulación. En primer lugar, la finalidad perseguida por la Directiva es, en vía principal, la protección de los socios. Nos situamos en la salvaguardia del interés de los titulares de valores de la sociedad afectada, y los trabajadores son, simplemente, terceros en el marco de la operación de adquisición o toma de control. Y, en segundo término, se trata de información en un momento inicial en el que solamente se ha concretado la oferta de adquisición, y en el que simplemente se anticipan algunas de las eventuales medidas que pueden adoptarse en relación con los trabajadores. Sea como fuere, no debe pasar inadvertido el hecho de que se reconocen, normativamente, los efectos que sobre el nivel de empleo y condiciones de trabajo pueden derivar de la adquisición o toma de control de una sociedad. Y, es, precisamente, en virtud de los efectos que seguirán a la transmisión de la propiedad de la sociedad titular de una empresa que debe facilitarse la información adecuada a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores.

A la luz de lo antedicho entendemos que puede reconsiderarse la aplicación de ciertos aspectos de las garantías colectivas para los supuestos de cambios sustanciales en la titularidad de la persona jurídica. Tal y como se indicó, la adquisición o toma de control de la sociedad titular de la empresa no afecta a la dimensión individual de la transmisión de empresa, puesto que la continuidad formal de la sociedad titular de la empresa no requiere de la garantía del mecanismo subrogatorio. No obstante, como se ha visto, la toma de control presenta una evidente dimensión colectiva: con ocasión del negocio en relación con la persona jurídica normalmente se adoptarán medidas que pueden incidir directamente sobre el empleo o las condiciones de trabajo del conjunto de trabajadores. Igualmente, la creación o consolidación de conglomerados empresariales a través de la adquisición o toma de control de sociedades repercute en las instancias representativas de los trabajadores en el grupo en todos aquellos supuestos en los que dicha participación aparece legal o convencionalmente institucionalizada. Consiguientemente, que a pesar de que, en puridad, el fenómeno de la toma de control de la sociedad no pueda identificarse con el negocio jurídico de la transmisión de empresa en ambos casos se halla presente un efecto sobre la lógica colectiva de las relaciones de trabajo en la organización productiva.

Las consideraciones ahora expuestas son suficientes, en nuestra opinión, para postular favor de la aplicación analógica del deber de información a los representantes de los trabajadores en todos los supuestos en los que se produce la toma de control de la sociedad ⁹⁸. El derecho de información presenta en este sentido un carácter esencialmente instrumental respecto de las garantías individuales y colectivas previstas para la transmisión.

Idéntica conclusión podría alcanzarse acerca de las eventuales medidas reorganizativas introducidas a propósito de la cesión del control de la persona jurídica ⁹⁹. No obstante, creemos que la conclusión avanzada debe ser completada con algunas consideraciones adicionales. Mediante la obligación de consultar con los trabajadores la adopción y aplicación de cualquier medida laboral en el marco de los procesos de transmisión se tiende a garantizar las condiciones y nivel de empleo anteriores a la cesión empresarial. Así, en tanto que la toma de control de la persona jurídica titular de la empresa no compromete formalmente, en el sentido de la Directiva, la posición individual de los trabajadores, resultaría lógico pensar que cabe extender el indicado proceso de consultas *ad hoc* para aquellas decisiones organizativas acometidas a propósito del negocio jurídico ahora abordado.

Con todo, esta interpretación formal, por un lado, no toma en consideración que la cesión del control de la sociedad titular de la empresa suele acompañarse de decisiones que inciden directamente en el nivel de empleo y condiciones laborales de sus trabajadores; en particular cuando tal operación significa la integración de la sociedad en un conglomerado empresarial de referencia. Por otro lado, debe recordarse que si bien inicialmente en el derecho comunitario la participación a través de la consulta aparece de manera excepcional en relación con ciertas medidas organizativas –*v.gr.* los despidos colectivos– o respecto de circunstancias particulares que inciden en la reorganización –la cesión de empresa–, la Directiva 2002/14/CE institucionaliza la consulta como mecanismo inescindible en todos los procesos de reestructuración y reorganización de la empresa. Tal y como se indicó *supra*, la citada Directiva estandariza la actividad negociadora de carácter permanente, y más informal –a través de acuerdos *ad hoc*–, para la solución de situaciones que inciden directamente sobre el empleo, tanto de manera inmediata como a medio plazo.

Creemos que las consideraciones ahora indicadas son razones suficientes para justificar la aplicación, en términos análogos a los previstos en la normativa sobre sucesión de empresas, de la obligación de las consultas «con vistas a la adopción de un acuerdo» en todas las medidas laborales que se adopten a propósito de la toma de control de una sociedad, a pesar del mantenimiento formal del sujeto empresarial.

2. La sucesión convencional de contratas.

Es sabido que, a pesar de la coincidencia sustancial en la tesis del Tribunal Supremo sobre la noción de empresa con la jurisprudencia del TJCE, la posición de nuestro Tribunal conduce a conclusiones más rígidas y radicales que la mantenida por aquél. En relación con el objeto de transmisión, indica el TJCE, en el asunto Süzen (Sentencia de 11 de marzo de 1997), que el mecanismo subrogatorio de la transmisión de empresa no resultaba de aplicación, *a priori*, en la sucesión de contratas en el servicio de la limpieza cuando el nuevo empresario, no asumía una parte esencial de los trabajadores que el anterior empresario ocupaba en la contrata. No obstante, no puede perderse de vista que el concepto de organización que defiende el Tribunal es funcional, en atención a las características de la empresa o centro de empresa ¹⁰⁰. De este modo, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, la transmisión de los activos patrimoniales no excluyen la transmisión de empresa en los términos de la normativa sucesoria, puesto que en la medida de que la empresa, centro de trabajo o

unidad productiva autónoma funcione sin elementos materiales significativos, deberán ponderarse las circunstancias presentes. Deberá estarse, por ejemplo, al valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión ¹⁰¹, el que se haya transmitido la clientela, la duración de una eventual suspensión de las actividades y, en particular, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores ¹⁰². En relación con este último punto interesa precisar que el Tribunal de Justicia ha considerado que en los sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en término de número y competencias, del personal ¹⁰³.

La jurisprudencia española defiende también la noción de empresa-organización, si bien aplica estrictamente el requisito de la transmisión de elementos del activo, sin tomar en consideración criterios que, como los expresados por el TJCE, permiten modular el concepto de empresa a efectos de su transmisión. Ello conduce, como es conocido, a la inaplicación del artículo 44 ET de los fenómenos de sucesión de contratas o de concesiones cuyas actividades consisten en la prestación de servicios que requieren de un escaso soporte material y, en los que, consiguientemente, su organización descansa sobre el componente personal de la prestación ¹⁰⁴.

Así las cosas, con la finalidad de asegurar la estabilidad en el empleo de los trabajadores al servicio de empresas auxiliares, cuyas necesidades de personal aparecen directamente condicionadas a la vigencia de las contratas celebradas con las empresas clientes, se ha venido empleando como instrumento principal de tutela la imposición del mecanismo subrogatorio a través de convenio colectivo. En especial, ha devenido una práctica extendida en aquellos sectores de actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso aporte material, y en los que el nivel de temporalidad y rotación de los trabajadores es ciertamente elevado. Y en este sentido, no es ocioso recordar que el nivel de negociación adecuado para imponer la citada subrogación es el sectorial, ya que el convenio colectivo de empresa no podrá regular obligaciones para sujetos no afectados por su ámbito personal.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo ha considerado que, de la aplicación del mecanismo subrogatorio en virtud de la previsión convencional, no puede dogmáticamente incardinarse dentro del fenómeno de la sucesión empresarial si dicha subrogación no se acompaña del traspaso de los elementos materiales de la actividad en los términos antes indicados. Con carácter general dos son los principios interpretativos fundamentales manejados por la jurisprudencia en relación con la subrogación convencional. En primer lugar, en tanto que dichas subrogaciones no encajan dentro del artículo 44 ET, se indica que en la determinación de su ámbito de aplicación debe estarse a los presupuestos, extensión y límites establecidos en el convenio colectivo o, en su caso, el pliego de condiciones. Junto con ello, en segundo lugar, se indica que las dudas aplicativas en este ámbito habrán de resolverse empleando criterios interpretativos extremadamente rígidos o restrictivos ¹⁰⁵.

La conclusión lógica del razonamiento del Tribunal no es otra que considerar que en tales supuestos nos hallamos ante una cesión de contratos «cuya característica fundamental respecto de aquella otra situación radica en que requiere el consentimiento del trabajador, conforme a las exi-

gencias generales del artículo 1.205 CC»¹⁰⁶. El consentimiento del trabajador en el cambio de la persona del empleador no puede ser sustituido por un acuerdo colectivo sobre el método de la subrogación de personal. De conformidad con esta doctrina, la conclusión lógica que se infiere no puede ser otra que la ausencia de dicha conformidad o consentimiento individual expreso o tácito determina la continuidad de la relación contractual de trabajo con la empresa anterior con la que se estableció el nexo contractual. Por consiguiente, a lo más que la negociación colectiva puede llegar es a reconocer un derecho de opción a los trabajadores afectados por el cambio de contratista entre permanecer en la empresa saliente o incorporarse en la plantilla de la empresa que asumirá la contrata¹⁰⁷.

A idéntica conclusión se llega en los supuestos en los que la subrogación en caso de sucesión de empresa venga impuesta en el pliego de condiciones para acceder a la contrata. Tal es el caso de la serie de Sentencias del Tribunal Supremo a propósito de la cesión de los servicios de *handling* por parte de AENA en favor de una empresa contratista¹⁰⁸. Así, se indica que a pesar de lo expresado en el pliego de condiciones respecto de la necesaria subrogación en los contratos de los trabajadores por parte de la empresa no puede considerarse la existencia de transmisión de empresa, si no existe traspaso de los bienes afectados a la realización de la actividad empresarial.

La indicada rigidez del planteamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta especialmente relevante a la luz de los últimos pronunciamientos de la Corte de Luxemburgo respecto de la sucesión de contratas. De conformidad con la Sentencia de 24 de enero de 2002 (Asunto Temco), puede decirse que el TJCE deja bien a las claras que en los supuestos en los que un convenio colectivo sectorial obliga al nuevo contratista a asumir a la totalidad o a la mayor parte del personal de la contratista anterior deberá aplicarse la Directiva sobre transmisión de empresa, puesto que nos hallamos ante una verdadera sucesión empresarial¹⁰⁹. En concreto, se precisa de manera rotunda que resulta de aplicación la Directiva cuando el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del contrato.

La repercusión entre nosotros de esta doctrina jurisprudencial es indudable, a la vista de la proliferación de normas sectoriales y cláusulas de pliegos administrativos en que se exige la asunción por el nuevo contratista del personal anterior, o de una parte de él¹¹⁰. Asimismo resulta evidente que la consideración de la existencia de transmisión de empresa las subrogaciones convencionalmente impuestas exige de la revisión de los principios interpretativos mantenidos por el Tribunal Supremo respecto de las subrogaciones impuestas por el convenio colectivo.

Igualmente, deberá reconsiderarse la vigencia de las construcciones jurisprudenciales a propósito de aspectos particulares de la subrogación a través de convenio colectivo tales como el incumplimiento de ciertos requisitos formales impuestos en la subrogación empresarial¹¹¹ o las facultades generales de oposición por parte del trabajador individual¹¹². En relación con ello debe recordarse que el TJCE ha declarado que ni el cedente ni el cesionario, ni el trabajador ni sus representantes pueden excepcionar la aplicación del principio subrogatorio¹¹³. Ahora bien, el propio Tribunal ha admitido la facultad del trabajador para negarse a que su contrato sea transferido al cesionario. En

este caso, la situación del trabajador depende de la legislación de cada Estado miembro ¹¹⁴. En definitiva, se indica que el artículo 3 apartado 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el contrato de trabajo o la relación laboral de un trabajador empleado por el cedente en la fecha de la transmisión de la empresa continúe con el cedente, cuando dicho trabajador se oponga a la transferencia de su contrato de trabajo o de su relación laboral al cesionario.

En conclusión, la aplicación *ex lege* del mecanismo subrogatorio en tales casos obligará a revisar tanto de la legalidad de algunos compromisos estipulados en la negociación colectiva como de la interpretación que de ellos ha realizado la jurisprudencia. Asimismo, conducirá a la aplicación, en toda su extensión, de la obligación de información; así como, en su caso, del procedimiento de consultas con carácter previo a la aplicación, a propósito de la transmisión, de decisiones empresariales sobre las condiciones laborales.

3. Insolvencia y transmisión de empresa. Breves reflexiones a propósito de la reciente normativa concursal.

Los efectos laborales de la proyectada legislación concursal fueron ampliamente comentados en términos muy críticos por la doctrina más autorizada ¹¹⁵. Los últimos trámites previos a la reciente aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) han permitido corregir algunos de los aspectos más criticados de los sucesivos proyectos de reforma concursal. No obstante, creemos que las consideraciones críticas acerca de las implicaciones de la nueva legislación del concurso sobre el régimen jurídico de la transmisión de empresa han pasado bastante inadvertidos. Efectivamente, la reforma de la legislación concursal afecta, de modo indirecto, al régimen jurídico de la transmisión de empresa contemplado en el artículo 44 ET. En este sentido, avanzando ya la conclusión, somos de la opinión que, en las previsiones finales contenidas en la LC, presentan serias dudas de adaptación a las obligaciones impuestas por la Directiva 2001/23/CE. Y nos explicamos.

Es sabido que la nueva regulación concursal ha representado una verdadera revolución de la legislación concursal española. Entre sus aspectos más relevantes merece destacarse, por una parte, el carácter omnicomprensivo de la regulación concursal que recoge en un solo texto legal los aspectos materiales y procesales del concurso. Por otra, se supera la diversidad de instituciones concursales históricamente presentes en nuestro ordenamiento. De conformidad con la nueva regulación, el procedimiento concursal se articula en dos fases diferenciadas. Una primera fase de tramitación común que, con posterioridad, desemboca en dos soluciones diferenciadas en función de que se opte bien por mantener la continuidad del patrimonio del concursado –conviniendo con los acreedores cómo se satisfarán sus créditos–, bien por la enajenación de los bienes del concursado.

La fase común se abre con la declaración del concurso. Durante esta fase de concurso, el titular queda privado del ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad de la empresa que pasan a ser ejercitados por los administradores judiciales del concurso. En este marco, el artículo 64.2 de la LC atribuye a los administradores del concurso, al deudor y a los trabajadores de la empresa a través

de sus representantes la facultad de solicitar del juez del concurso la modificación, suspensión o extinción de las relaciones laborales del empleador concursado ¹¹⁶. Tal previsión se completa con una significativa alteración de los trámites procedimentales necesarios para la aprobación de las medidas empresariales solicitadas. En el proyecto de Ley el indicado trámite procedimental se caracterizaba por la supresión de buena parte de las garantías instauradas por el legislador laboral tales como la causalidad, la intervención de la Autoridad Laboral en el procedimiento del artículo 51 ET, la mediación administrativa en los procedimientos de consultas, o, en fin, la documentación que debía entregarse en los períodos de consultas ¹¹⁷. No obstante, la redacción definitiva dada al artículo 64 LC ha tratado de superar algunos de sus aspectos más críticos, tales como la intervención de la Autoridad Laboral en el procedimiento de extinciones colectivas o una mayor precisión en la especificación de la presencia de la causa habilitante para la adopción de las medidas, así como de su acreditación.

Una vez los administradores judiciales del concurso han presentado el informe del estado del concurso y determinada la masa activa y pasiva del concurso, a través de la elaboración del inventario y la lista de acreedores, se cierra la fase del concurso. Llegados a este punto las soluciones que ofrece la Ley son dos: el convenio y la liquidación, para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento ¹¹⁸.

El convenio pretende asegurar la satisfacción de los acreedores mediante un acuerdo entre éstos y el concursado ¹¹⁹. En caso de optarse por el convenio, éste nunca podrá consistir en la enajenación parcial o universal de los bienes de la empresa sujeta a concurso. Ahora bien, se contempla expresamente que el convenio tenga por contenido la dación en pago de acciones o participaciones sobre la sociedad. De producirse la conversión del crédito en acciones, cabría considerar la eventual aplicación del régimen colectivo de la transmisión cuando ello pudiere significar la asunción de la mayoría por parte de los deudores. Las razones de tal conclusión, a las que nos remitimos, han quedado consignadas más arriba cuando abordamos los fenómenos de adquisición de sociedades a través de la adquisición del paquete accionario de control de la sociedad.

Mucho más interesante resulta, a los efectos de la materia que nos ocupa, la opción por la solución liquidatoria del concurso. La liquidación del patrimonio concursado se realiza sobre un plan de liquidación que deberá elaborar la administración judicial del concurso y sobre el que el concursado y los acreedores podrán formular observaciones antes de su aprobación ¹²⁰. La Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas integradas en la masa del concurso mediante su enajenación como un todo. A estos efectos el concursado quedará sometido a la suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y será sustituido por la administración judicial. Asimismo, con la finalidad ahora indicada, en la fase de liquidación de la empresa cabrá la eventual modificación de las condiciones de trabajo, así como la extinción o suspensión de los contratos de trabajo con vistas a garantizar la continuidad de la empresa para su venta judicial. Son, por consiguiente, medidas laborales que se amparan directamente en el hecho sucesorio. Las conclusiones que se infieren de tal previsión legal son claras.

En primer lugar, es claro que el legislador, indirectamente, ha optado en los supuestos de liquidación por la inaplicación de la garantía individual del mecanismo sucesorio en aras de la continuidad de la unidad productiva. Sin duda alguna, esta opción resulta plenamente admisible a la luz del

artículo 5.1 de la Directiva 2001/23/CE. La segunda de las conclusiones tiene que ver con la dimensión colectiva de la transmisión en tales supuestos. Como quedó dicho más arriba, la inaplicación de la garantía individual no excluye la aplicación de las previsiones colectivas anudadas al hecho transmissivo. Así las cosas, es manifiesta la ausencia de adecuación de las prescripciones procedimentales relativas a la modificación, suspensión y extinción de las relaciones de trabajo en la fase de liquidación del empleador concursado con vistas a garantizar la continuidad de la empresa tras su venta judicial a las exigencias derivadas de la Directiva comunitaria sobre transmisión de empresa.

El apartado cuarto del artículo 148 de la LC indica literalmente que «en el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de los contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan deberá darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 64» de la misma Ley. De dicha remisión se deriva que únicamente se contempla un período de consultas para los supuestos de alteraciones sustanciales de las condiciones de trabajo así como para las extinciones y suspensiones contractuales. Resultan excluidas, por consiguiente, las medidas laborales distintas de las indicadas. Objeto claramente insuficiente a la vista del artículo 6 de la norma comunitaria.

Asimismo, por otro lado, el artículo 64.2 de la LC solamente contempla los trámites previstos para las modificaciones, extinciones y suspensiones de carácter colectivo, excluyéndose todas aquellas que, de conformidad con los artículos 40, 41 y 52.c) ET, no presenten el referido carácter colectivo. A la vista de la remisión legal contenida en el referido artículo 148, y ante el silencio normativo, parece lógico inferir que en tales casos deberá considerarse de aplicación el régimen legal propio de las individuales y plurales. Es claro que dicha distinción propiciada por la lectura de los artículos 64 y 148 de la LC se opone a la obligación de instaurar un trámite de consultas previa a la adopción de medidas laborales que se adopten con ocasión de la transmisión de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Asimismo, tal y como indicó la doctrina con carácter general, puede advertirse una clara contradicción entre la proclamación de los principios de conservación de la empresa y mantenimiento del empleo que inspiran el régimen de la liquidación y el escaso papel asignado a la representación de los trabajadores en el proceso concursal ¹²¹.

Finalmente, a todo ello aún debían añadirse las dudas que, a propósito de la vinculación del juez del concurso ante el eventual acuerdo alcanzado en el período de consultas, derivaban de la lectura del artículo 63.3 del proyecto de LC ¹²². Solución que resultaba del todo punto contraria al espíritu del período de consultas, con vistas al acuerdo, recogido en la Directiva 2001/23/CE. Afortunadamente, el artículo 64.7 de la LC impone la aceptación al órgano judicial del acuerdo alcanzado en el período de consultas.

De lo dicho hasta aquí, es dable afirmar que la exigencia derivada de la Directiva sobre transmisión empresa acerca de la obligación de consultar las medias laborales adoptadas a propósito de la misma no resulta colmada en la nueva legislación laboral. A dicha conclusión no se opone que el artículo 148.3 de la LC prevea un trámite de consultas de los representantes de los trabajadores acerca del plan de liquidación. En primer lugar, dicho trámite no puede identificarse con la obligación de consultas contemplada en la normativa comunitaria, puesto que tal y como indica el citado pre-

cepto de la normativa concursal se trata de un trámite a los representantes de los trabajadores «a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificaciones». Y, en segundo lugar, el resultado del trámite informativo no puede asimilarse al espíritu del período de consultas previsto en la Directiva sobre transmisión de empresa, dado que el juez que deba aprobar el plan de liquidación no quedará vinculado por las observaciones o propuestas de los representantes de los trabajadores según se desprende del artículo 148.3 LC ¹²³.

III. EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

1. El sujeto activo y pasivo del deber de información en la transmisión de empresa.

1.1. El sujeto gravado con la obligación de información: la información del empresario cedente y cesionario en la transmisión.

El nuevo artículo 44.6 ET contempla dos obligaciones de información autónomas: una para el empresario cedente y otra para el empresario cesionario. Se trata de obligaciones jurídicas independientes en las que cada uno de los sujetos empresariales que participan en el negocio transmisivo aparecen como responsables únicos de su cumplimiento frente a los respectivos representantes legales de los trabajadores. Así, la inobservancia del titular de la obligación de información no puede ser sustituida por ningún otro sujeto ¹²⁴. Así se desprende claramente tanto de la interpretación literal del precepto estatutario como de la lectura de la norma comunitaria a la que ha pretendido ajustarse el legislador.

No cabe duda que para el empresario transmitente la obligación de información procede en toda transmisión, sea cual fuere la causa de la misma. Por el contrario la delimitación de los supuestos en los que el empresario cesionario debe informar a los representantes de los trabajadores resulta algo confusa. Si bien el apartado 6 del artículo 44 prescribe la citada obligación tanto para el cedente como para el cesionario, para este último en el apartado 8 del citado precepto se indica que estará obligado a informar con la suficiente antelación «y en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y trabajo por la transmisión». Atendiendo a la interpretación sistemática de los citados apartados 6 y 8, un sector de la doctrina ha entendido que la obligación de información del empresario cesionario respecto de los representantes legales de sus trabajadores solamente procederá cuando la transmisión de empresa se acompañe de decisiones organizativas con efectos sobre aquéllos ¹²⁵. De no ser así, faltará el presupuesto de hecho de la obligación de informar y del correlativo derecho a ser informado por parte de los representantes de los trabajadores.

No obstante, en primer lugar, no debe pasar desapercibido el hecho de que el contenido de la obligación de información se prevea en idénticos términos tanto para el cedente como para el cesionario. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el contenido de la información no se limita a las consecuencias y medidas previstas para los trabajadores. Parece lógico concluir que de la norma se desprende

que los trabajadores afectados en una transmisión empresarial no sólo son los de la unidad transmitida, sino también los que ya estuvieren prestando servicios por cuenta del cesionario, así como los que permanecen en la empresa originaria ¹²⁶. En este sentido, puede decirse que no existe una relación directa entre la obligación de información y la afectación directa sobre el empleo o las condiciones de trabajo de la plantilla de los empresarios implicados en el negocio transmisivo. Una interpretación en sentido distinto conduciría a considerar el deber de información como un deber meramente instrumental de la consulta-negociación prevista para las medidas empresariales de reorganización adoptadas con ocasión de la transmisión. Ciertamente, la indicada obligación de consultas integra una obligación de información, pero sin duda se trata de una obligación de intensidad y naturaleza diferenciada de la información que debe proporcionarse con carácter general antes de la transmisión de empresa.

Junto con ello, una interpretación restrictiva en el sentido de limitar la obligación de información del cesionario en los supuestos en los que la transmisión presente efectos directos sobre las condiciones de empleo y trabajo de sus trabajadores se sitúa fuera de la literalidad del artículo 7.1 la Directiva 2001/23/CE, en la que la única diferencia entre la obligación del cedente y cesionario debe buscarse en la regla temporal de su cumplimiento ¹²⁷. Efectivamente, en el párrafo primero del citado precepto comunitario recoge la obligación de información, mientras que en el párrafo segundo se recogen las condiciones temporales de su condición. La indicación temporal en la que debe cumplir el cesionario es ciertamente confusa, pero, en nuestra opinión, en ningún caso debe entenderse en el sentido que limite el ámbito objetivo de la obligación de información a los supuestos de adopción de decisiones que afecten a los trabajadores. En relación con ello debe tomarse en consideración la naturaleza del derecho de información en el derecho comunitario, tiende a superar su consideración como un mero mecanismo de participación orientado al tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio empresarial. Baste recordar que la reciente Directiva 2002/14/CE sobre información y consulta tiende a superar la orientación tradicional en los procesos de transformación o crisis empresarial, reforzando la información sobre la situación de la empresa o centro de trabajo.

Finalmente, resulta contradictorio afirmar, por un lado, que con carácter general no resulta exigible la obligación de información del cesionario mientras que, por otro, el párrafo segundo del apartado 8, indica claramente que en los supuestos de fusión y escisión el deber de información debe cumplirse, a más tardar, al tiempo de publicarse las convocatorias de juntas generales de accionistas. El carácter imperativo de la indicada obligación en los términos contemplados por el norma conduce a considerar que nos hallamos ante una obligación unida a la sucesión empresarial, con independencia de que posteriormente se adopten medidas empresariales que tengan efectos sobre la plantilla de las empresas fusionadas o de la futura empresa matriz. En este sentido, la indicada precisión vendría a integrar una regla que completaría los supuestos en los que el cesionario debe proceder a informar a sus representantes. Desde este punto de vista, no parece que existan suficientes razones para justificar que el cesionario únicamente deba cumplir con la obligación de información, con independencia del efecto sobre las condiciones laborales de los trabajadores, en los supuestos de escisión y fusión.

Ciertamente, la delimitación de las circunstancias temporales en las que enmarcan el cumplimiento de la obligación del cesionario adolecen de falta de claridad. Sin entrar en este momento, desenmarañar la regla temporal contemplada en el apartado 8, es evidente que de la lectura conjunta se derivan

conclusiones distintas para el cedente y el cesionario. Mientras que para el cedente, la obligación se deberá cumplir en todo caso antes de la transmisión, para el supuesto del cesionario de manera más críptica se indica que será con la suficiente antelación y, en todo caso, «antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y trabajo por la transmisión». En una primera aproximación podría pensarse que es posible que se cumpla con el deber de información con posterioridad a la transmisión, en tanto que los trabajadores no se vean afectados en sus condiciones de trabajo. Ello se reforzaría en oposición con la regla destinada a disciplinar el cumplimiento de la obligación del cedente. No parece que la ahora indicada sea la interpretación más lógica, puesto que resulta contradictorio con el propio hecho de la transmisión a la que se alude con la referencia a la «suficiente antelación» en el mismo apartado 6 del artículo 44 ET. En este sentido, debe entenderse que la suficiente antelación de la información que constituye la regla principal se refiere al hecho de que se produzca la sucesión ¹²⁸.

La lectura armónica del citado precepto, lleva a considerar que el legislador ha pretendido establecer una regla particular para los supuestos en los que la sucesión se acompañe de medidas laborales en relación con los trabajadores que integran la plantilla del cesionario. Es posible que el cesionario proceda a la adopción de decisiones organizativas derivadas de la transmisión en un momento anterior a que ésta se produzca. En tal caso es lógico pensar que la información no procederá en cualquier momento anterior a la transmisión, sino, con la antelación suficiente, a que los trabajadores del cesionario se vean afectados en sus condiciones de trabajo. De ahí que se prevea la obligación de informar con anterioridad a la ejecución de decisiones empresariales sobre las condiciones de trabajo de los empleados pertenecientes a la plantilla del cesionario adoptadas con ocasión de la futura transmisión.

Por contra, la indicada alternativa de cumplimiento de la obligación de información no se contempla en relación con la plantilla del cedente. En este caso, deben tomarse en consideración las especiales cautelas tanto de la legislación, así como de los Tribunales, acerca de las decisiones organizativas que se enmarcan en el proceso de sucesión empresarial y que priorizan la garantía de la aplicación del mecanismo subrogatorio sobre las decisiones preventivas en el marco de la sucesión. Con carácter general, ya ha quedado dicho que no cabe la adopción de tales medidas preventivas en relación con la plantilla que deba transferirse que tengan su fundamento en las exigencias impuestas por el cesionario. Ciertamente, las circunstancias derivadas de la transmisión habilitarán al empresario cesionario a la adopción de dichas medidas, es por ello que la lógica indica que lo más adecuado es que sea en el ámbito de la organización en la que se produce donde deba aportarse la meritada justificación de la decisión. De lo contrario, se debilitaría injustificadamente la garantía del fenómeno sucesorio que tan celosamente aplica el TJCE.

En este sentido, es preciso recordar que el TJCE ha declarado la nulidad de las decisiones que adopte el empresario transmitente con la finalidad de dejar sin efecto las garantías derivadas de la aplicación del mecanismo subrogatorio. El Tribunal de Justicia ha defendido el principio de conservación del puesto de trabajo en los supuestos de cambio de titularidad, de manera que los despidos producidos en la empresa cedente fundamentados únicamente en la sucesión deben reputarse ilegales ¹²⁹. En concreto, indica que, en la difícil labor de determinar si el despido únicamente se fundamenta en el hecho de la transmisión, deberá atenderse las circunstancias objetivas en las que se ha producido el despido: por ejemplo, que éste ha tenido efecto en una fecha próxima a la transmisión, que los traba-

jadores de que se trata sean empleados de nuevo por el cesionario. Si bien con ello no parece que se excluya, con carácter general, la adopción de decisiones organizativa en relación con los trabajadores del cesionario, puede inferirse una especial intensidad tanto en la obligación de justificación de la medida adoptada por el cesionario dentro del proceso de cesión. En cualquier caso, de constatare la existencia de una causa legalmente prevista, con carácter previa a la transmisión, nada impedirá que se adopte la decisión empresarial ¹³⁰. Otra cosa será que en las operaciones de fusión y absorción de empresas pueda adelantarse la aplicación de la reorganización; y singularmente la extinción de contratos por la duplicidad de estructuras organizativas derivadas de la transmisión. Según ha defendido la doctrina, solamente podrá entenderse que concurre la causa en los supuestos en los que exista un acuerdo firme entre cedente y cesionario, a pesar de que en términos legales, se haya perfeccionado aun el traspaso acordado por no haberse llegado el término fijado o producido la condición prevista ¹³¹. Ahora bien, en tal caso, parece lógico considerar que deberá igualmente adelantarse la responsabilidad del empresario cedente al indicado momento del acuerdo sobre el que se justifica la cesión.

A idénticas conclusiones deberá llegarse en relación con las modificaciones de las condiciones de trabajo que integran las obligaciones del empresario que se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario. En este sentido, tal y como indica la doctrina, parece que deberá presumirse la conexión de las medidas con la transmisión de empresa cuando «se adopten coetáneamente o de manera próxima a la transmisión» ¹³². Por consiguiente, la indicada presunción se debilitará cuanto más lejos se esté del momento de la transmisión.

En definitiva, la asimetría de las obligaciones entre el empresario cedente y el cesionario no encuentra otra razón de ser que el distinto grado de afectación de los sujetos implicados en la operación de transmisión: los sujetos más concernidos por la misma son los del empresario cedente que ven cómo se sustituye su empleador. De esta manera solamente con carácter anterior a la fecha de la transmisión podrá entenderse satisfecho el interés de los trabajadores de la plantilla del cesionario. Frente a ello el interés de los trabajadores de la empresa cesionaria es más complejo y, normalmente, aparece diferido al momento en que se adopten las medidas económicas, sociales o laborales que aparecen unidas a la transmisión. Queden aquí apuntadas las cuestiones esenciales sobre las circunstancias temporales de la obligación de comunicación y sobre las que volveremos más adelante en el apartado dedicado a las circunstancias de tiempo y forma en la que debe cumplirse la obligación de información.

1.2. Los destinatarios de información en la transmisión de empresa. El sujeto pasivo de la obligación de información.

a) Los representantes de los trabajadores.

La delimitación de la parte laboral titular del derecho de información se realiza a través de la llamada genérica a los «representantes de los trabajadores». Se trata de la misma fórmula empleada en otros pasajes legales (arts. 40, 41 y 51) por el ET, de modo que resulta lógico atribuirle idéntico contenido en todos ellos. Por consiguiente, no cabe duda de que la indicada referencia comprende tanto a la representación unitaria como sindical ¹³³.

Con toda seguridad las cuestiones más complejas en relación a la identificación del sujeto pasivo titular del derecho de información se presentarán en relación a las cesiones parciales de empresa o en las cesiones que tienen lugar en el marco de las estructuras de grupo de empresa. La transmisión en el ámbito de grupo será abordada con detenimiento en el epígrafe siguiente; de este modo que aquí nos limitaremos a exponer unas breves reflexiones sobre la obligación de información en los supuestos de transmisión parcial. En particular, nos referimos a los supuestos en los que la operación afecta a un centro de trabajo de la empresa.

Con carácter general el ET se refiere a la información y consulta con los representantes sin distinguir, sin embargo, entre la instancia de los representantes a los que se deba facilitar la indicada información y con la que se deba proceder a las subsiguientes consultas. Así las cosas, en principio, podría considerarse que para los supuestos en los que la transmisión no afectase a todos los centros de trabajo de la empresa cedente no cabría pensar en la existencia de la obligación de facilitar la correspondiente a los representantes de los trabajadores de los centros no afectados –o en su caso del comité intercentros– por la transmisión proyectada, por cuanto que no serían parte inicialmente afectada por la transmisión y, por ello, parte interesada. En otras palabras, en los supuestos de cesión de centro de trabajo bastaría con informar a los representantes de los trabajadores de la unidad empresarial objeto de transmisión si los hubiere. Esta inicial conclusión no encuentra obstáculo en las exigencias normativas de la Directiva sobre transmisión de empresa. En efecto, la norma comunitaria, en diversos pasajes, parece dar a entender que el marco de cumplimiento de la obligación puede ser la empresa o, en su caso, el centro de actividad transmitido. Así se desprende del artículo 7.5 de la Directiva 2001/23/CE cuando señala, con la finalidad de otra finalidad de permitir a las legislaciones nacionales la decisión de inaplicar las garantías colectivas a las pequeñas y medianas empresas, que cabrá limitar las obligaciones de información «a las empresas o *centros de actividad* que, con respecto al número de trabajadores, cumplan las condiciones necesarias para la elección o designación de un órgano colegiado que represente a los trabajadores»¹³⁴. Con todo, parece lógico pensar que en los supuestos en los que la transmisión de alguno o algunos de los centros de trabajo tuviere consecuencias sobre los trabajadores de los centros no transmitidos, debería procederse a informar al conjunto de los representantes de los trabajadores de la empresa.

En nuestra opinión, no creemos que la conclusión ahora expuesta sea la que se deba inferir del texto estatutario. Bien al contrario. Ante la alternativa ofrecida por la Directiva en la definición de la instancia empresarial que enmarca la obligación de información, del silencio de la Ley se desprende la voluntad de ofrecer un tratamiento indiferenciado para toda operación de transmisión, con independencia de que la cesión empresarial lo sea del conjunto de la empresa o de una parte de la misma. De esta manera, debe decirse que en todo caso procederá la información a la instancia representativa de los trabajadores en la empresa. Cosa distinta es que en las posteriores consultas que derivadas de la adopción de medidas laborales concretas cuyos efectos se circunscriban a una parte de la empresa –un centro de trabajo–, se desarrollen con la instancia de los trabajadores pertinente –en los representantes en dicho centro–. En tal caso, en la medida en que las decisiones proyectadas no afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa cedente el período de consultas procederá con los representantes de los trabajadores del centro de trabajo afectado. Conclusión que será igualmente aplicable al procedimiento de consulta desarrollado en el marco de la empresa cesionaria.

b) La información individual a los trabajadores afectados por la transmisión.

Junto con las reglas ahora apuntadas, la normativa comunitaria prevé un régimen especial en la información y consultas que operará en empresas o centros de actividad en los que por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores no hubiere representantes de éstos ¹³⁵. En ausencia de representantes de los trabajadores, siguiendo los principios contemplados en la Directiva, el empleador deberá facilitar la información directamente a los trabajadores afectados por la transmisión. De este modo, en términos similares a los previstos en otras normas comunitarias, se pretende asegurar que la ausencia de representantes de los trabajadores deje sin efecto una de las garantías sobre las que se construye la tutela de los trabajadores en la transmisión de empresa.

Inicialmente, el artículo 44.7 ET, recogiendo la prescripción presente en la norma comunitaria, únicamente indica de manera genérica que deberá informarse a los trabajadores que «pudieren resultar afectados por la transmisión». Por consiguiente, el procedimiento de información es sustituido por una obligación de informar a los trabajadores. Obligación que deberá cumplirse respecto de todos los trabajadores afectados, tanto de la cedente como de la cesionaria; y cuyo cumplimiento corresponderá a ambos empresarios, cada uno respecto de sus empleados. Debe precisarse que la norma interna omite la referencia a la ausencia de representantes por la voluntad de los trabajadores, hecho que pone de manifiesto una tutela más amplia, ya será suficiente con que no existan representantes de los trabajadores, aunque sea por falta de interés de los mismos trabajadores ¹³⁶.

Como se habrá advertido la norma española introduce un giro gramatical que pretende completar el alcance de los trabajadores afectados por la transmisión, al indicar que deberá informarse a los «que pudieren resultar afectados por la transmisión». A la vista de la literalidad del precepto, parece lógico considerar que la norma, a partir de la distinción entre los trabajadores afectados y los que no lo son, da a entender que no siempre procede la información individual a todos los trabajadores de la plantilla del cedente y del cesionario ¹³⁷. Por consiguiente, debería desecharse la interpretación según la cual los trabajadores afectados por la transmisión lo son todos los trabajadores de las plantillas de las empresas implicadas. La anterior afirmación, no obstante, requiere de mayores precisiones.

De entrada, cabe preguntarse si tal interpretación representa una limitación de los sujetos destinatarios de la información en los términos previstos por la norma comunitaria, por cuanto que en ella únicamente se alude, con carácter general, a los «afectados» por la transmisión. Genéricamente afectados por la transmisión pueden serlo todos: los trabajadores de la empresa cedente y cesionaria, con independencia de que aquella operación incida en su relación laboral o condiciones de trabajo. Sin embargo, no creemos que sea tal la interpretación que deba realizarse del artículo 7.6 de la Directiva 2001/23/CE. La información individual a los trabajadores en ausencia de representantes legales constituyen, en el espíritu de la norma comunitaria, el mecanismo de garantía de la indemnidad de la posición del trabajador ante la transmisión. En este sentido, resulta lógico pensar que la aplicación del régimen de información cuando resulte de aplicación el mecanismo tutelar previsto para la cesión de empresa. Así pues, de conformidad con la interpretación coherente con la filosofía de la norma comunitaria, cabe entender que el apartado 7 del artículo 44 ET se ajusta a las prescripciones impuestas por ésta.

Sentado lo anterior, se advierte fácilmente que la cuestión fundamental no es otra que la de especificar qué trabajadores deban ser considerados como afectados por la transmisión y, por ende, informados con carácter previo a que ésta produzca sus efectos. Inicialmente cabría sostener que los trabajadores afectados son aquellos que «directamente» se ven afectados en su relación de trabajo por la transmisión de empresa. Esto es, los trabajadores transferidos junto con la organización empresarial. En este sentido, el objeto esencial de tutela de la Directiva sobre transmisión no es otro que asegurar la continuidad de las relaciones de trabajo en sus dos vertientes fundamentales: la continuidad de la relación de trabajo, por una parte, y la conservación, frente al cesionario, de las condiciones de trabajo derivadas de la relación laboral entablada con el cedente.

No obstante, debe advertirse que la transmisión puede tener efectos sobre las relaciones de trabajo distintos de la aplicación del mecanismo subrogatorio. Efectivamente, junto al efecto directo que en vía principal supone la transmisión de empresa, no cabe duda que la sucesión de la organización empresarial puede afectar asimismo a los trabajadores de la plantilla del cedente no transferidos o a los de la plantilla de la cesionaria. Es claro que en tal caso se trata de trabajadores igualmente afectados por la transmisión, aunque lo sean solamente de manera indirecta y derivada de la reorganización de la empresa cesionaria o, en caso, de la cedente.

Sin embargo, deben destacarse dos aspectos que, sin duda, no habrán pasado inadvertidos. En primer lugar, a pesar de que el destinatario de la información sea el trabajador individual, el régimen jurídico de la indicada obligación es coincidente en todos los casos. Por consiguiente, tanto el contenido de la información como las circunstancias relativas a su cumplimiento son de aplicación también para los supuestos en los que los destinatarios son los trabajadores individuales. De este modo, deberá incluirse la información relativa a los efectos de la transmisión y a las medidas laborales que pretenden adoptarse a propósito de la transmisión. Es claro que dichas medidas pueden afectar a los trabajadores no transferidos de la empresa cedente así como a los trabajadores de la cesionaria (amortización de puestos de trabajo, reorganización de la clasificación profesional, expectativas de promoción, etc.). En tales casos, se deberá proceder de conformidad con el período de consultas legalmente establecido en el mismo artículo 44 ET. En definitiva, puede decirse que la noción de trabajador afectado empleado por la Directiva trasciende al conjunto de los trabajadores transferidos para incluir también a todos los que lo sean a consecuencia de la sucesión empresarial, tanto en la empresa cedente como en la cesionaria.

En segundo lugar, no puede obviarse que la garantía de la intangibilidad de la posición del trabajador en la transmisión de empresa se articula a través del conocimiento de la operación a través de la información y, la posterior posibilidad de expresión en la consulta-negociación de los efectos de la transmisión. De este modo, los trabajadores cuyo contrato no resulte modificado por la novación subjetiva de la posición del empresario, pero cuyas condiciones de empleo o trabajo puedan serlo a consecuencia de la transmisión, deben igualmente disfrutar del indicado mecanismo de tutela; y, por ende, del derecho de información.

En definitiva, deberá facilitarse la información a todos los trabajadores que directa o indirectamente sean afectados por la transmisión de empresa. Ello incluye, evidentemente, la información

a todos los trabajadores transferidos con la organización a la empresa cesionaria. Asimismo, igualmente afectados son los trabajadores que queden sujetos a las medidas laborales derivadas de la transmisión de empresa.

Finalmente, no debe confundirse la información ahora indicada con la que corresponde facilitar a cada uno de los trabajadores acerca de los cambios que afectan a aspectos relevantes de su relación laboral en virtud del artículo 8.5 ET y el RD 1659/1998, de 24 de junio, que desarrolla el citado precepto. Ciertamente, el contenido de una y otro resulta parcialmente similar, por lo que seguramente es admisible afirmar que existirá una coincidencia parcial de ambas obligaciones¹³⁸. No obstante, no cabe duda de que nos hallamos ante dos obligaciones cuyo fundamento y finalidad aparecen claramente diferenciados, de modo que, a pesar de la indicada concurrencia en su objeto, «actúan en paralelo, pero con total independencia el uno del otro»¹³⁹.

1.3. La información en las transmisiones de empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas en el seno del grupo de empresas: los procesos de filialización. La información en la transmisión de empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas de empresas integradas en un grupo.

Es sabido que uno de los supuestos más característicos en el actual sistema de reorganización de empresas son los llamados procesos de filialización destinados a crear por adquisición o, normalmente, por escisión, empresas filiales o subsidiarias a través de las cuales organizar la entera actividad del grupo¹⁴⁰. Con ello se posibilita el ejercicio de las actividades contenidas en el objeto social no directamente por la sociedad matriz sino a través de sus filiales. Los procesos de filialización integran el supuesto de hecho del artículo 44 ET, y, por consiguiente, dan lugar a una transmisión de empresa siempre que la unidad productiva transmitida sea susceptible de explotación autónoma e independiente¹⁴¹. Ya nos hemos referido en las páginas anteriores a la toma de control de sociedades como mecanismo de creación y estructuración de los grupos de empresas. Nos detendremos en las obligaciones de información en los procesos de escisión o descomposición de la empresa en otras empresas de menor dimensión.

Resulta lógico pensar que en los procesos de filialización la obligación de informar a los representantes de los trabajadores recae sobre la empresa cedente que es quien diseña la operación de filialización. En aquellos supuestos en los que el procedimiento de filialización se conduce mediante operaciones mercantiles de escisión de sociedades será de aplicación el párrafo segundo del artículo 44.8 ET¹⁴². En dicho pasaje legal se especifica que el deber de información deberá cumplirse al tiempo de la publicación de la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos. Asimismo, deberán aplicarse las obligaciones de información particulares que la Ley de Sociedades Anónimas reconoce a favor de los representantes de los trabajadores. Dejamos consignada la cuestión sobre la que nos detendremos en el *infra* en el epígrafe 4.

Cuestión distinta será la adopción de medidas empresariales derivadas de la constitución de la filial sobre la plantilla de la nueva sociedad filial. En este caso, debe tomarse en cuenta que, de conformidad con la doctrina, el marco legal no impide que en el período de consultas participen tanto la dirección de la empresa matriz como de la empresa cesionaria si es que ésta ha sido ya constituida¹⁴³.

Ahora bien, es evidente que de entre los fenómenos de filialización los más habituales son los que se producen en el marco de un grupo de empresas. O si se prefiere, puede decirse que de entre los fenómenos sucesorios en los que participan los grupos de empresa, presenta especial relevancia los fenómenos de filialización. Es indudable que en la transmisión de unidades jurídico-económicas pertenecientes a un mismo grupo es perfectamente posible aplicar el artículo 44 ET ¹⁴⁴. La presencia del grupo es irrelevante a efectos de la transmisión. Como es sabido las únicas exigencias que condicionan la legalidad de las operaciones de filialización en el marco del grupo son, por una parte, que lo transmitido constituya una unidad productiva susceptible de ser transmitida; y, de otra, que la operación no tenga por finalidad eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacerlos ineficaces ¹⁴⁵. No entraremos aquí a estudiar la complejidad de los problemas aplicativos del mecanismo subrogatorio en el marco de los grupos de empresa que han sido tratados con profundidad por la doctrina más autorizada ¹⁴⁶.

Asimismo, el régimen transmisivo se aplica a los fenómenos de sucesión entre dos sociedades que se integran en el mismo grupo, a pesar de que éstas no dispongan de ninguna autonomía real para determinar, la una respecto de la otra, su línea de actuación en el mercado. Así lo ha indicado el TJCE en Sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto Allen) cuando indica que el objetivo de la Directiva es regular toda mutación jurídica de la persona del empleador, y que por tanto puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferenciadas que mantiene, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores. Es más, sostiene el Tribunal que la circunstancia de que se trate de sociedades que tengan no sólo los mismos propietarios, sino también la misma dirección y las mismas instalaciones y trabajen en la misma obra es indiferente. En este sentido, nada justifica que, para la aplicación de la Directiva, la unidad de comportamiento en el mercado de la sociedad matriz y de sus filiales prevalezca sobre la separación formal entre estas sociedades que tienen personalidades jurídicas diferenciadas. En conclusión, nos dirá el TJCE, «excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, iría precisamente en contra del objetivo de ésta, que es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos en caso de cambio de empresario».

Dentro de las obligaciones de información en la sucesión de empresa, se contempla una garantía específica o adicional para los supuestos en los que la transmisión de empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma se produce en el marco de procesos ordenados desde instancias diferenciadas del cedente y cesionario. En concreto, el apartado 10 del artículo 44 excluye que pueda justificarse el incumplimiento de la obligación de consulta, por el hecho de que la decisión de transmisión provenga de una empresa que ejerce el control sobre la transmitente o transmitida, aun cuando aquélla ni hubiere facilitado la información necesaria al titular de la obligación. En otras palabras, contempla el derecho a ser informados los representantes de los trabajadores por la empresa formalmente responsable, aunque materialmente la decisión haya sido tomada en otra instancia, en otra empresa sobre la que se ejerce el control ¹⁴⁷. Así, será de aplicación en los supuestos como los ahora vistos: filialización, filialización dentro del grupo, transmisión de empresa entre filiales del grupo o, en fin, la venta de una filial del grupo a otros. Ciertamente, la previsión estatutaria presenta un radio de acción mucho más amplio que los indicados procesos de filialización, aunque con probabilidad será en ellos donde despliegue toda su virtualidad ¹⁴⁸.

Repárese en que la imposibilidad de exoneración de responsabilidad se aplica, de conformidad con la literalidad del precepto, a las «empresas que ejerzan el control» sobre cedente o cesionario. Parece evidente que con la noción de «control» se alude a los denominados grupos de empresa por dominación en la definición ya tradicional del derecho comunitario y que se ha trasladado, parcialmente, a propósito de la adaptación del derecho interno a las exigencias de aquél, la responsabilidad de la empresa dominante, esto es, la que ha tomado el control. Con todo, si bien la noción de «control» referida a la participación en el capital de las empresas implicadas en la cesión, entendemos que será también aplicable a los grupos de empresas generados sobre una base contractual o por yuxtaposición y en los que exista una empresa que, en base a las relaciones contractuales, ejerza el control sobre las decisiones de otras empresas integradas en el mismo grupo.

Según se desprende de una lectura inicial del apartado 10 del artículo 44 ET, la obligación de información recae siempre y en todo caso sobre la empresa formalmente cedente o cesionaria, de manera que el incumplimiento por parte de las indicadas empresas no podrá ser exigido a la instancia en la que se adoptó la decisión sobre la transmisión. Se disocia, por así decirlo, el obligado formalmente a informar a los representantes de los trabajadores de quien efectivamente adopta la decisión empresarial y dirige la operación de transmisión ¹⁴⁹. Desde este punto de vista, se establece una tutela ciertamente limitada, en la que se excluye la posibilidad de que cumpla la obligación el sujeto que es el verdadero responsable ¹⁵⁰.

Junto con la aproximación general ahora expuesta, es dable identificar diversos supuestos en los que en el marco del grupo de empresas concurrirán otras obligaciones de información a propósito del fenómeno transmisivo. Así, en primer lugar, debe tomarse en consideración la presencia de los derechos de información en el ámbito de las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria de conformidad con la Ley 10/1997. Aunque, en principio, las competencias del comité de empresa europeo deberán ser fijadas por la comisión negociadora que lo establece, en virtud del artículo 6 de la citada Ley, no cabe duda de que nos hallamos ante una de las materias sobre las que opere la obligación de información. Además debe recordarse que el artículo 18 de la Ley, entre las disposiciones subsidiarias para la constitución del comité de empresa europeo, establece que el derecho de la indicada representación a ser informado cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores. Entre las cuales, sin duda se hallarán los fenómenos transmisivos. Evidentemente, en los supuestos en los que la reestructuración dentro del grupo sea ejecutada estrictamente por la cedente, no quedará eximida de informar convenientemente al comité de grupo ¹⁵¹. En sentido similar, al ahora expuesto, se presentan también las obligaciones de información generadas a través de la negociación colectiva institucionalizada en grupos de empresa que caen fuera del ámbito de aplicación de la Ley 10/1997.

Por consiguiente, es probable que se activen diversos procesos de información y consulta simultáneos, uno en el nivel de la empresa afectada, participando en ella los representantes legales de los trabajadores elegidos de acuerdo con la legislación nacional; y otro en el nivel de empresa o grupo en el que actuará el comité de empresa europeo. No obstante, debe tomarse en consideración que dicha información, si bien se produce en el marco de la transmisión, quedará enmarcada en su contenido y

elementos circunstanciales por las reglas que disciplinen la información en el marco del grupo de empresas. Por consiguiente, es evidente que la información en la instancia del grupo, no sustituirá el cumplimiento de las obligaciones legalmente previstas para la transmisión de empresa.

En relación con la información en el marco del grupo se ha planteado la cuestión de si la obligación se extiende solamente a los supuestos en los que previamente se hubiera «institucionalizado», de un modo u otro, la existencia del grupo, por ejemplo, a través de instancias representativas *ad hoc* o, si por el contrario, debe extenderse en todos los supuestos en el que la decisión se actualice por otra empresa que ejerce el control. En este sentido, solamente se podría predicar la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de informar para el caso en que se hubiere determinado previamente que se trata de una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas. En principio podría decirse que cualquier otra interpretación impediría saber qué empresas tienen la obligación de facilitar la información o cómo la empresa encargada de proporcionarla debe obtener la información solicitada sobre otras empresas con las que no tiene relación en el marco de un grupo de empresas en el sentido de la Directiva. Ahora bien, tal y como ha indicado el TJCE a propósito del comité de empresa europeo, tal derecho de información «constituye un requisito previo necesario para determinar la existencia de una empresa o de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, que a su vez es condición previa para crear un comité de empresa europeo o establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores». Por consiguiente, concluirá el Tribunal, «los trabajadores de una empresa perteneciente a un grupo de empresa disfrutan de este derecho de información incluso antes de que se compruebe que dentro del grupo existe una empresa que ejerce el control»¹⁵². En otras palabras, el hecho de que no se haya institucionalizado o determinado previamente la existencia de un grupo de empresas que ejerza el control no excluirá de la obligación de información.

Igualmente, la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, siguiendo el esquema de la Directiva 94/45/CE, se encarga a la negociación entre la instancia empresarial y los representantes la determinación del contenido y circunstancias de las obligaciones de información. Con todo, en el Anexo I, se recogen las disposiciones de referencia que deben adoptar los Estados y que servirán de reglas supletorias para los supuestos de ausencia de acuerdos en el seno de la Sociedad Europea. Así en la Parte 2 referida a las disposiciones de referencia sobre información y consulta, se indica que procederá la información a los representantes de los trabajadores en el marco de la Sociedad Europea cuando concurran circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores, entre los cuales, se citan «los traslados, ventas, cierre de empresas». Asimismo, con carácter ordinario se prevé que en el marco del derecho de información y consulta entre el órgano competente de la Sociedad Europea y el órgano de representación de los trabajadores, se celebrarán reuniones, como mínimo de periodicidad anual, en las que deberá tratarse obligatoriamente de «la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, de la producción y de las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos procesos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierres de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos».

A pesar de que el sustento y finalidad que presenta la información en el marco de los conglomerados de empresas, ya sea en forma de grupo, ya sea a través de la constitución en Sociedad Europea, no es coincidente con el deber de información en el marco de la transmisión, la estructura de la información en las realidades empresariales expuestas permite interrogarnos acerca de la exoneración de responsabilidad que para el empresario que ejerce el control se deriva implícitamente del apartado 10 del artículo 44 ET. Ciertamente, el apartado 10 tributario de la literalidad de la Directiva obedece a un punto de la evolución normativa comunitaria en relación con la participación de los trabajadores en el grupo de empresa. La referencia a la irrelevancia de la estructura de grupo en la justificación del incumplimiento que se toma literalmente de la Directiva sobre despidos colectivos se sitúa en una primera aproximación al fenómeno del grupo de empresas, cuya finalidad no es otra que la de establecer una mínima garantía de los derechos de participación en cuanto que forma de asegurar que los derechos individuales de los trabajadores no serán defraudados por la existencia de una estructura de grupo.

El segundo estadio de la evolución normativa en la participación es el reconocimiento legal de los canales institucionales de participación en las empresas con estructuras de grupo. La adecuación de la participación de los trabajadores a la estructura de grupo se encamina a promover la participación en los grupos de empresas. Es evidente que el punto final de esta evolución será asegurar la efectividad de los derechos de información dentro de las empresas de grupo. Así lo demuestra la experiencia de los últimos años a propósito de la participación institucional de los trabajadores en el grupo. Tan es así que, desde las mismas instancias comunitarias se ha planteado imperiosa necesidad de actualizar la Directiva 94/45/CE que tienda a garantizar el derecho de los trabajadores a ser informados mediante mecanismos que aseguren adecuadamente la eficacia del marco jurídico del comité de empresa europeo. En este sentido basta recordar en los últimos años supuestos tan conocidos como el cierre de centros de trabajo de Renault-Vilvoorde, Marks & Spencer en Europa o la fusión de la ABB y Alstom en los que las decisiones de reestructuración empresarial no se comunicaron o se hicieron de forma escasamente eficaz a los órganos de representación de grupo. Con la finalidad de reforzar la eficacia de las formas de participación de los trabajadores en el marco de los grupos de empresas se han presentado diversas alternativas. Seguramente se recordará que el conflicto Renault-Vilvoorde situó, de nuevo, en primer plano la cuestión de cómo asegurar el efecto útil de las normas comunitarias; efecto que conduce a descartar las interpretaciones que tengan por consecuencia el debilitamiento del efecto útil de una disposición. En este sentido, debe recordarse que la Sentencia de 8 de junio de 1994 (Comisión vs. Reino Unido) a propósito del incumplimiento de ciertos preceptos de la Directiva 75/129/CEE, sobre despidos colectivos, se indica que el efecto útil de las disposiciones implica que los Estados miembros están obligados a «adoptar todas las medidas que resulten oportunas para que sean efectivas las normas de la Directiva»¹⁵³.

Al margen de los esfuerzos interpretativos relativos al efecto útil, la situación descrita puso de manifiesto que la garantía de la efectividad de los derechos de participación exigía, en vía principal, de la reforma de la normativa comunitaria sobre el particular. Reforma cuyo objetivo debía consistir en asegurar que las reestructuraciones empresariales se efectúen en un contexto «socialmente aceptable». En este sentido, diversas instancias comunitarias admitieron explícitamente la necesidad de revisar y endurecer las sanciones previstas para los incumplimientos de la obligación

de información y consultas ¹⁵⁴. Asimismo, la conflictiva aplicación de la Directiva 94/45/CE como el de Renault-Vilvoorde permitió dar un impulso decisivo a la tantas veces citada Directiva sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en el marco de la Unión Europea. No obstante, tal y como se indicó *supra*, en aras del consenso la redacción final ha sido vaciada de sus aspectos más innovadores: la nulidad de las decisiones de reestructuración empresarial que se adopten con infracción de los procedimientos de información y consultas ¹⁵⁵.

Desde la evolución ahora indicada, es evidente que el mantenimiento en la Directiva sobre la transmisión de empresa de la indicada referencia no se ajusta a la propia concepción tendente a la efectividad de los derechos de información en la empresa. La garantía de los indicados derechos de información en el ámbito del grupo debería permitir reconsiderar el sentido de las sanciones propuestas para el incumplimiento de las sanciones en este marco. Efectivamente, la tendencia a asegurar el ejercicio de los derechos de información en el ámbito de grupo requiere no sólo de la adecuación de las estructuras representativas a la realidad del grupo, sino también de la garantía de los deberes de información. Consiguientemente, la efectividad de los derechos de información en los procesos de sucesión dentro del grupo de empresas exigiría la extensión de la responsabilidad del cumplimiento de la obligación de información a la instancia empresarial que ha diseñado el indicado proceso. Es claro que, de la letra de la Ley no cabe inferir la extensión de la responsabilidad a la empresa matriz que no sea obligada en vía principal de conformidad con el artículo 44.10 ET, salvo para los supuestos en los que el grupo de empresas presenta un nivel integración tal del que puede predicarse la unidad empresarial ¹⁵⁶.

No obstante, entendemos que, *de lege ferenda*, la construcción de un sistema de sanciones de los incumplimientos de la obligación de información adecuado y proporcional debería facilitar la extensión de la responsabilidad del incumplimiento a la instancia empresarial de la que parte la decisión acerca de la transmisión empresarial. Y ello con independencia de la intervención directa que pudiere tener en el citado proceso transmisivo en calidad de cedente.

2. El contenido material del deber de información.

El apartado 6 del artículo 44 ET especifica el contenido de la información que debe trasladarse a los representantes de los trabajadores. La disposición reproduce literalmente la previsión contenida en el derecho comunitario. La norma comunitaria revela el intento del legislador de no predeterminar un elenco imperativo de materias que pudieran eventualmente restringir el contenido de la información, recogiendo de este modo, indicaciones genéricas acerca del contenido mínimo de la misma ¹⁵⁷. De la lectura inicial de dicho apartado se advierte fácilmente que la información se presenta con dos aspectos diferenciados: uno relativo a la operación empresarial de transmisión y otro a las consecuencias laborales que se infieran de la misma.

En este sentido, es sabido que deberá transmitirse la información relativa a los motivos de la operación de transmisión, así como la fecha prevista para su efectividad. De entre las razones que conducen a la transmisión parece que no bastará con la identificación de los motivos particulares que

hubieren conducido a la cesión de la empresa, sino que debe referirse a las razones empresariales que han empujado a cedente y cesionario a realizar la operación transmisiva. En este sentido, la información relativa a los motivos de la transmisión deberá extenderse a las valoraciones de orden económico-financieras de la operación. Por consiguiente, deberá ponerse en conocimiento de los representantes los aspectos económicos y organizativos en los que se enmarca la cesión empresarial.

Por su parte, en relación con la fecha prevista para la transmisión debe considerarse como tal la acordada por las partes. No obstante, ello no siempre se producirá en los términos legalmente previstos. Los términos previstos en la norma son la concurrencia de diversas fases de negociación, acuerdo y consumación de la transmisión. Si bien con carácter general será la secuencia válida, en algunas ocasiones no se dará –porque la efectividad sea en el mismo momento del acuerdo–, «sin que sea realista pensar que la dinámica económico-mercantil vaya a modificarse para poder cumplir la exigencia laboral en sus propios términos»¹⁵⁸. Ciertamente cabe pensar en supuestos en los que la fecha de efectos de la transmisión coincida con el momento en el que se perfecciona la sucesión empresarial; no obstante, supuestos como los ahora indicados parece que serán excepcionales dada la complejidad que suele acompañar tales operaciones. Con todo, a pesar del carácter excepcional de tales supuestos, debemos preguntarnos acerca de las circunstancias en las que deberá cumplirse con la obligación de información de producirse la operación en las condiciones acabadas de indicar. Es evidente que en una primera aproximación, puede considerarse que la información procederá en un momento posterior a los efectos de la transmisión. Dicha opción resulta plenamente acorde con el papel que la norma reserva a los representantes de los trabajadores en las operaciones mercantiles de transmisión, así como con las posibilidades de impugnación de los acuerdos. Ahora bien, es igualmente claro que el cumplimiento *ex post* de la obligación de información, puede dejarla sin efecto práctico. Así las cosas, quedará, por consiguiente, especificar las circunstancias en las que deberá darse cumplimiento a la obligación de información en tales supuestos.

Inicialmente una eventual solución consistiría en imponer la obligación de información con carácter previo al acuerdo definitivo que, asimismo, consuma la transmisión de información. Son claras las dificultades de índole práctico que derivan de tal interpretación. Asimismo, y sin perjuicio de las ulteriores consideraciones que se indicarán sobre el particular, no parece que pueda desprenderse ni del espíritu ni de la letra de la Ley que deba procederse a la intervención con carácter previo al acuerdo definitivo entre el cedente y el cesionario sobre la transmisión. Por el contrario, la norma únicamente contempla la información y consulta una vez consumado el acuerdo sobre la transmisión y definidos sus efectos y consecuencias sobre los trabajadores. Así pues, en la medida en que sobre la información de los aspectos de la transmisión ahora apuntados se sustentan la fiscalización de las consecuencias derivadas de la transmisión, o lo que es lo mismo, permiten conocer e impugnar las eventuales decisiones empresariales adoptadas a propósito de la transmisión, parece lógico considerar que las consecuencias que acompañan a la transmisión solamente podrán producirse una vez se transmita dicha información. Por consiguiente, creemos que en las transmisiones en las que la cesión sea coetánea al acuerdo sobre la misma, los efectos laborales de la transmisión quedarán en suspenso en tanto que no se produzca la transmisión en los términos legalmente previstos.

Junto con ello, se establece la carga de informar sobre los efectos que trae consigo la transmisión de empresa. De conformidad con la norma la información trasladada a los representantes de los trabajadores deberá contener las consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores. De esta manera, entre las consecuencias jurídicas deberán incluirse las que se infieran de la nueva realidad empresarial a tenor de lo dispuesto en el mismo artículo 44 ET. Así, deberán contemplarse aspectos tales como los efectos sobre la institución representativa tras la transmisión, la indicación del convenio aplicable, la diversidad de estatutos retributivos, la entrada en juego de medidas de acción social, etc.¹⁵⁹. En definitiva, la información deberá alcanzar a los distintos ámbitos afectados por la sucesión de empresa.

Entre las medidas previstas sobre los trabajadores no cabe duda que se refiere a aquellas medidas organizativas que afecten a la plantilla. En este sentido, resultará imprescindible presentar el cuadro general de las consecuencias sobre las condiciones de trabajo y nivel de empleo de la plantilla que pudieran inferirse de la transmisión. No puede desconocerse que la Ley indica que deberá informarse de todas las medidas que afecten directamente a la plantilla; de manera que deberán incluirse todas aquellas medidas que de una u otra forma incidan en el «mercado de trabajo» interno de las plantillas del cedente o del cesionario¹⁶⁰. Pero también cabrá obligar a informar en relación con otros aspectos de la relación de trabajo que puedan verse afectados por la transmisión: los efectos sobre la clasificación profesional, desarrollo de la carrera profesional, vacantes, etc., de los trabajadores transferidos y de los propios de la plantilla del cesionario o de los que se mantienen en la plantilla del cedente.

Qué duda cabe que tan relevante es el objeto de la información como la identificación del grado de cumplimiento que implica la carga informativa en la transmisión de empresa. Como no podía ser de otra manera, en la identificación del objeto de la información no aparecen, ni directa ni indirectamente, remisiones que permitan especificar su contenido concreto que colma la obligación de información. Ni se alude a las fuentes documentales que deban trasladarse para dar cumplimiento a la obligación de información, ni se remite a otras fuentes normativas que permitan identificar el mínimo cumplimiento de la obligación de información. Ciertamente, a pesar de que el objeto de la información es, en esencia, determinable a través de su enunciación legal, no puede decirse lo mismo sobre las condiciones que permitan afirmar su cumplimiento. La norma no aporta criterios auxiliares que permitan identificar el grado de cumplimiento mínimo para entender satisfecha la carga de información.

La indicada ausencia de criterios es, en ciertos casos, fácilmente eludible a partir de la interpretación sistemática del cuadro general de los derechos de información de los representantes de los trabajadores. Tal será el caso, por ejemplo, de la información relativa a los motivos que dan lugar a la transmisión en las sociedades por acciones. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1.3.º ET *in fine*, la pauta general puede ser la de exigir que la información abarque, cuanto menos, el nivel ofrecido a los accionistas¹⁶¹. No obstante, con carácter general es claro que no puede acudir a parámetros de referencia, directos o indirectos, que permitan identificar el contenido mínimo del deber de información.

A pesar de la ausencia de parámetros específicos respecto del contenido de la información regulada en el artículo 44.6 ET, es factible la identificación de principios hermenéuticos suficientes que permitan especificar las reglas generales sobre las exigencias que derivan de su cumplimiento. En primer término, con carácter general, tal y como se ha venido indicando, con la obligación de información se pretende institucionalizar la vía de diálogo sobre la cual abordar las consecuencias laborales de la sucesión empresarial. La finalidad de la Directiva exige que las obligaciones que prevé se cumplan de modo tal que permita a los trabajadores afectados o a sus representantes acceder a la información necesaria para poder apreciar las razones y consecuencias para los trabajadores de la operación transmisiva ¹⁶². Es claro, por consiguiente, que la identificación del objeto de la información se realiza a partir de la identificación funcional del derecho de información. En este sentido, la eficacia del deber de información se hace depender de que efectivamente se facilite el conocimiento de la situación. En este sentido, será de aplicación la doctrina del TJCE en la Sentencia de 29 de marzo de 2001 (Asunto Bofrost), que a propósito de la información en el marco de la constitución del comité de empresa europeo señaló, como ya quedó dicho, la obligación de facilitar la información necesaria para determinar si, eventualmente, existen las condiciones legalmente exigidas para iniciar el procedimiento negociador en vistas a la consecución del comité de empresa europeo. En aplicación de meritada doctrina del Tribunal de Justicia, puede concluirse que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a solicitar toda aquella información que sea precisa para la consecución de la finalidad de la información.

Asimismo, se deduce de lo anterior la necesidad de garantizar el acceso de los representantes de los trabajadores, o, en su caso, de los trabajadores afectados, a la información necesaria para poder apreciar las consecuencias de la transmisión. Igualmente, se podrá exigir la correspondiente entrega de documentos que precisen y aclaren la información imprescindible para asegurar la finalidad del procedimiento de información, siempre que esta entrega resulte necesaria. En este sentido, el contenido de la información que deba transmitirse será toda la información precisa para evaluar si los efectos y las medidas laborales que se derivan o se proponen a partir de la operación transmisiva realmente se ajustan a las circunstancias económicas y organizativas de la transmisión. Igualmente, será precisa la información que permita discutir acerca de las previsiones que justifican las consecuencias económicas, sociales y jurídicas.

De la misma forma, una interpretación sistemática de los derechos de información de conformidad con la regulación general que de ellos se hace en la Directiva 2002/14/CE pone de manifiesto que no debe tratarse de la traslación formal de información relativa a los aspectos relatados en el precepto estatutario. En este sentido, es preciso retener que el artículo 2 de la indicada Directiva identifica el cumplimiento de la obligación de información con la transmisión de datos para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo. Es claro, por tanto, que ello incluirá toda la información necesaria para realizar la composición general sobre la transmisión. Así las cosas, es claro que la mera comunicación formal de aspectos parciales que hagan imposible la finalidad de la información deberá considerarse un cumplimiento defectuoso equiparable a la inobservancia de la obligación ¹⁶³. En este sentido, la efectividad del derecho requiere que la información transmitida a los representantes les permita conocer la situación y las medidas unidas a la operación sucesoria en grado tal que les faculte para contradecir las decisiones empresariales.

riales. No puede desconocerse que el contenido de la información constituye también elemento determinante en el posterior examen conjunto de las medidas laborales propuestas en el marco del período de consultas.

En definitiva, cabe apreciar la inobservancia de la carga informativa contemplada en el artículo 44.6 ET en los supuestos de: (1) ausencia total de información sobre alguna de las materias referidas en el artículo 44.6 ET, y (2) la retención, ocultamiento o expedición de informaciones inexactas siempre que su resultado sea limitar o impedir la efectividad del derecho de información ¹⁶⁴. De esta forma, la verificación del incumplimiento del contenido del deber de información exigirá un análisis caso por caso de sus consecuencias sobre la eficacia de la información. En definitiva, parece que deberá ser considerado incumplimiento grave aquel que afecte a la propia efectividad del derecho de información.

Con todo, en ciertas circunstancias, la transmisión de la información a los representantes de los trabajadores puede llegar a tener efectos sobre la perfección del negocio jurídico de la operación de transmisión. En particular, no puede desconocerse que la filtración de la información relativa a la operación que se está gestando puede, en numerosas ocasiones, crear graves obstáculos a la operación proyectada de compra-venta o fusión entre empresas ¹⁶⁵. Así las cosas, en atención a las circunstancias que rodean la transmisión empresarial, cabe interrogarse acerca de la viabilidad de una eventual restricción del contenido de la información que deba suministrarse a los representantes de los trabajadores. Es sabido que nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en las normas internacionales y –más recientemente– en las comunitarias, no contempla la facultad del empresario de exonerarse de la obligación de suministrar información a los representantes de los trabajadores si considera que de ello se puede inferir un perjuicio para la empresa ¹⁶⁶. Así las cosas, en ausencia de un reconocimiento expreso de dicha facultad excepcional, así como de las vías adecuadas para la impugnación de la decisión empresarial, no cabe alegar el perjuicio para negarse a informar sobre la operación de transmisión en los términos legales previstos ¹⁶⁷. Cosa bien distinta es informar sobre el transcurso de las negociaciones llevadas a cabo con vistas a la concreción de la operación de transmisión. Resulta difícil pensar que la obligación de información exige la difusión anticipada de la operación que se proyecta fuera del ámbito de gestión empresarial directo ¹⁶⁸. La efectividad del derecho de información no requiere del conocimiento de todas las negociaciones habidas a propósito de la transmisión, de modo que únicamente deberá trasladarse aquella información relativa a los extremos contemplados legalmente una vez cerrada la operación entre cedente y cesionario ¹⁶⁹.

Íntimamente relacionado con las consideraciones ahora expuestas se presenta la cuestión del grado de «vinculatoriedad» que implica la traslación o no de cierta información unida a la operación de transmisión a los representantes de los trabajadores. En este sentido, cabe imaginar supuestos en los que las partes implicadas en la transmisión no adviertan inicialmente consecuencias sobre el nivel o condiciones de empleo y, sin embargo, dichas medidas se tengan que materializar poco después, contradiciendo la información remitida inicialmente. Se insiste por la doctrina que la justificación e información que ofrezcan cedente y cesionario sea lo más completa y rigurosa posible respecto de las consecuencias laborales aparejadas a la operación empresarial, «salvo de imprevistos propinados por la acción de los mercados» ¹⁷⁰. De nuevo debemos decantarnos por la efectividad del dere-

cho de información. Así, en primera instancia, la ausencia total o parcial de comunicación de los efectos derivados de la operación transmisiva constituirán una infracción del derecho de información; excepto que del conjunto de circunstancias concurrentes, así como del conjunto de información unida a la transmisión, no pudieran inferirse razonablemente los efectos laborales sobre los que no se ofreció la información. En otras palabras, la introducción de medidas laborales que no se infieran o concuerden con el cuadro informativo ofrecido en el momento de la transmisión deberán atribuirse inicialmente a un cumplimiento defectuoso de la obligación de información.

Desde las consideraciones antedichas cabe interrogarse acerca de las consecuencias unidas al incumplimiento grave de la obligación de suministrar la información en los términos materiales normativamente exigibles. Es claro que la información inexacta o incompleta podrá ser sancionada administrativamente cuando revista la gravedad suficiente –en los términos ya vistos– para integrarse en el tipo del artículo 7.7 LISOS. Asimismo, sin perjuicio de las consideraciones que se abordarán más adelante a propósito de los efectos, en nuestra opinión la correcta y completa información acerca de los efectos laborales de la transmisión en la medida en que sustenta el proceso de negociación sobre los mismos, debe conducir a la suspensión de la adopción de los efectos que acompañan a la transmisión. En otras palabras, debe significar la imposibilidad de iniciar el período de consultas legalmente establecido hasta el momento del cumplimiento de la información en los términos legalmente exigibles.

3. Los elementos circunstanciales de la información: el tiempo y la forma del cumplimiento del deber de información.

3.1. El parámetro temporal de cumplimiento de la obligación de información.

El parámetro legal que determina el cumplimiento de la obligación de información se fundamenta sobre un concepto jurídico indeterminado cual es «con la suficiente antelación». El parámetro que enmarca la indicada antelación es, en el supuesto del cesionario, la sucesión empresarial: «antes de la realización de la transmisión» indica el artículo 44.8 ET. Por el contrario, la regla relativa al cumplimiento temporal de la obligación de información la determinación temporal se presenta de manera innecesariamente confusa, la cual, sea dicho en descargo de nuestro legislador. Así se establece de nuevo una obligación de informar con la suficiente antelación; sin embargo, no se indica con suficiente claridad el hecho sobre el que se cualifica temporalmente dicha antelación. Inicialmente se indica, en términos idénticos a los previstos para el cesionario, que la información debe suministrarse con la suficiente antelación a la afectación para después indicar que, en todo caso, tal información ha de darse antes de que se produzca la afectación sobre las condiciones de trabajo.

Ya se dijo en otro lugar que, en nuestra opinión, el confuso redactado de la norma no limita el alcance objetivo de la obligación de información, puesto que no cabe entender que solamente procede la información en los supuestos en los que la transmisión se acompañe de efectos sobre los trabajadores de la empresa cesionaria. Tal y como se indicó *supra* la lectura armónica del citado precepto, lleva a considerar que el legislador ha pretendido establecer una regla particular para los

supuestos en los que la sucesión se acompañe de medidas laborales en relación con los trabajadores que integran la plantilla del cesionario. Es posible que el cesionario adelante la adopción de decisiones organizativas derivadas de la transmisión a un momento anterior a que ésta se produzca. En tal caso es lógico pensar que la información no procederá en cualquier momento anterior a la transmisión, sino con la antelación suficiente a que los trabajadores del cesionario se vean afectados en sus condiciones de trabajo. De ahí que se prevea la obligación de informar con anterioridad a la ejecución de decisiones empresariales sobre las condiciones de trabajo de los empleados pertenecientes a la plantilla del cesionario adoptadas con ocasión de la futura transmisión.

Considerando que el hecho que cualifica temporalmente el período temporal en el que deba suministrarse la información es, con carácter general, la transmisión de la empresa o unidad productiva autónoma corresponderá especificar en qué momento ha de entenderse producida tal circunstancia. En una primera aproximación parece que la «antelación suficiente a la transmisión» a la que se alude en el pasaje legal, se refiere a la fecha de efectividad de la transmisión, esto es, cuando se produzca el traspaso de titularidad. No obstante, cabe una segunda lectura de dicho parámetro temporal: entender que la antelación suficiente a la transmisión exige informar con anterioridad al perfeccionamiento del negocio jurídico o del acuerdo vinculante del que nace la transmisión de empresa. Así parecería desprenderse de la interpretación sistemática del párrafo primero y segundo del artículo 44.8 ET. Efectivamente, se indica que para los supuestos de fusión y escisión la «antelación suficiente» se identifica con un momento anterior al perfeccionamiento del negocio jurídico; esto es, con anterioridad a la junta que debe aprobar la operación de transmisión. Por consiguiente, podría pensarse que, en la medida en que se contempla tal regla, pretende asegurarse que la obligación de información se produzca con anterioridad a la aprobación del negocio jurídico del que se deriva la transmisión.

Una y otra interpretación presentan efectos prácticos claramente diferenciados. De acogerse la segunda de las posibilidades interpretativas, la información permitirá influir antes del perfeccionamiento del negocio jurídico transmisivo y, por ende, predeterminar, aunque parcialmente, la negociación de aspectos relativos a la transmisión. Por el contrario, la información una vez acordado el negocio con carácter previo a la antelación únicamente consiente con la fiscalización de los efectos enunciados y, la posterior negociación, de las medidas laborales propuestas por los trabajadores. Son claras las dificultades interpretativas que aparecen en la delimitación jurídica del parámetro temporal del cumplimiento de la obligación de información para el caso en que se concluya que dicha obligación deba cumplirse con anterioridad al perfeccionamiento del negocio jurídico o acuerdo vinculante sobre la operación de transmisión. Así, por ejemplo, cabe interrogarse acerca de cómo se establecerá el momento en el que ha de entenderse efectivo el perfeccionamiento del acuerdo vinculante sobre la transmisión. Dificultad añadida a la propia de la delimitación del concepto de «antelación suficiente» que enmarca el momento del cumplimiento de la obligación.

Con todo, no creemos que la indicada interpretación se corresponda con la voluntad del legislador. En primer lugar, porque ni del artículo 44 ET –ni tampoco de la Directiva sobre transmisión de empresa– se infiere una obligación genérica de negociar sobre la operación de empresa proyec-

tada por cedente y cesionario con carácter previo a su perfeccionamiento. La obligación de informar con carácter previo al perfeccionamiento del negocio o acuerdo vinculante alcanza todo su significado cuando dicha obligación sustenta la necesaria negociación previa a la operación de la transmisión. Esto es, la negociación «preventiva» de los efectos y medidas laborales propuestas por los empresarios implicados en la transmisión de empresa. No parece que sea tal ni la letra ni el espíritu de la Directiva ni tampoco del artículo 44 ET. Efectivamente, no se desprende de la norma que el sentido de la obligación procedimental de información reconocida a la representación de los trabajadores sea la de influir directamente sobre la operación de transmisión en un momento en el que todavía no se ha consumado, y, por consiguiente, el cedente todavía no ha sido vinculado por el acuerdo.

Asimismo, en segundo término, la obligación de información previa a la aprobación de la fusión o escisión de sociedades por parte de la junta de accionistas debe enmarcarse en la tradición de la legislación española a propósito de la participación de los trabajadores en dichos procesos societarios. De este modo, no puede inferirse de dicha regla particular la voluntad de extender a todas las operaciones de sucesión empresarial la obligación de informar previamente al perfeccionamiento del acuerdo vinculante sobre la misma. En definitiva, es lógico considerar que la antelación suficiente antes de la transmisión se refiere a la efectividad del traspaso de la empresa o unidad productiva autónoma.

No tan clara, sin embargo, es la regla temporal que enmarca el cumplimiento de la obligación de información del cesionario. Efectivamente, en este caso, como es conocido, el artículo 44 ET en transcripción literal del artículo 7.1 de la Directiva 2001/23/CE indica junto a la referida regla de la antelación suficiente «y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y trabajo». Como se habrá advertido ya, en una primera aproximación, parece desprenderse que en dicho precepto se ofrece una alternativa en la elección del momento del cumplimiento: bien antes de la efectividad de la transmisión, bien producida ésta, antes de que las medidas unidas a la transmisión afecten a sus trabajadores. Es claro que una interpretación en el sentido ahora indicado resulta contradictoria. De este modo, tal y como se ha venido diciendo, resulta lógico pensar que, de forma un tanto confusa, se pretende especificar cuándo deba cumplirse la obligación de información en los supuestos en los que las medidas laborales se adoptan con vistas a los efectos de la futura transmisión previstos por el futuro cedente. Por consiguiente, debemos inclinarnos por considerar de nuevo que la «suficiente antelación» de la información se refiere, de nuevo, al hecho de que se produzca la sucesión. Salvo que la transmisión efectiva sea precedida por la reorganización de las condiciones de trabajo y empleo en el seno de la organización del cesionario, en cuyo caso será éste, y no la fecha de la transmisión, el hecho que enmarcará el parámetro temporal de la «antelación suficiente»¹⁷¹.

Así las cosas, la cuestión esencial no es otra que la especificación de la «antelación suficiente» en la que debe darse cumplimiento a la obligación de información. En particular se tratará de determinar qué parámetro deberá emplearse a efectos de medir la suficiencia. Inicialmente si se considera que la finalidad del trámite de información no es otro que se informe, sin más, a los representantes de los trabajadores, no cabe duda de que prácticamente cualquier actuación

que sea anterior a la sucesión en sí ha de ser considerada suficiente. No obstante, no parece que sea un cumplimiento meramente formal el objetivo perseguido por la norma. Son distintos los elementos que contribuyen a afinar el parámetro temporal aportado por la norma. En primer lugar, debe estarse al contenido de la información: la fecha del traspaso y sus motivos, las consecuencias legales, económicas y sociales de la sucesión y las medidas que se prevén adoptar respecto de los trabajadores. En base a ello, en una primera aproximación, un parámetro que pudiese servir para determinar esa suficiencia es precisamente el que los representantes puedan informar mínimamente a sus representados ¹⁷².

No obstante, no creemos que se trate únicamente de ofrecer la posibilidad de trasladar en tiempo hábil la información relativa a la transmisión a los trabajadores afectados por la misma. Por el contrario, se hace necesario situar el derecho de información en la transmisión de empresa en el contexto del modelo normativo de participación del derecho comunitario. En este sentido, resulta especialmente útil acudir de nuevo al parámetro interpretativo que ofrece la tan citada Directiva 2002/14/CE. De conformidad con la indicada Directiva únicamente podrá entenderse cumplida la obligación de información cuando en atención a las circunstancias objetivas y temporales permita conocer y examinar el tema tratado. Por consiguiente, será la posibilidad de examinar la materia objeto de información la que enmarcará la antelación con la que deba servirse la información a los representantes de los trabajadores. Junto con la indicada precisión temporal, no puede obviarse que el parámetro temporal debe hallarse en consonancia con la finalidad del indicado derecho de información: institucionalizar la vía de diálogo sobre la cual abordar la sucesión empresarial o sus consecuencias laborales. De conformidad con ello, el tiempo necesario para el examen de la materia implica, asimismo, el tiempo preciso para la preparación de la acción colectiva en el marco del asunto tratado; incluyéndose aquí las actuaciones necesarias para ello (convocatoria de asambleas de trabajadores, etc.). En este sentido, la transmisión de información que impida a los representantes el ejercicio del derecho a la acción colectiva –la convocatoria de una asamblea, por ejemplo– debe considerarse inadecuada en los términos legales ahora vistos.

Qué duda cabe de que la suficiencia de la antelación habrá que medirla en base a las circunstancias concurrentes en cada supuesto ¹⁷³. Nada impide que la transmisión de la información se produzca bien una vez se ha perfeccionado el negocio, bien cuando ya se ha producido un acuerdo definitivo acerca de la operación de transmisión. Sea uno u otro el momento elegido, deberá procederse con el tiempo suficiente que, en atención a las circunstancias concurrentes y la complejidad de la operación, asegure efectivamente el conocimiento y análisis de dicha operación. Consiguientemente, tal y como se indicó a propósito del cumplimiento del contenido material del derecho de información, atendiendo a su función instrumental, se tendrá por incumplida la obligación bien cuando se traslade extemporáneamente –una vez consumada la transmisión–, bien cuando se suministre con una antelación que impida a la representación de los trabajadores la adopción temporalmente adecuada de sus decisiones de acción sindical en relación con la transmisión o sus efectos laborales ¹⁷⁴.

Junto con las reglas generales anteriores, la norma introduce un canon temporal particular para los supuestos de sucesión de sociedades de acciones a través de fusión, propia o impropia,

o escisión. Para tales supuestos, el parr. 2.º del artículo 44.8 ET sitúa el *dies a quo* del incumplimiento de la obligación en el momento de la publicación o de la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los acuerdos de fusión o de escisión. Ello nos remite, para el caso de las sociedades anónimas, al artículo 240.2 LSA que dispone que la convocatoria de la junta que ha de conocer del acuerdo de fusión debe publicarse con un mes de antelación a la fecha prevista para su celebración. Idéntico plazo rige en caso de escisión de sociedades, así como en caso de fusión y escisión de sociedades de responsabilidad limitada. Quede apuntada aquí la cuestión sobre la que nos detendremos a continuación a propósito de la obligación de información en los procesos de fusión y escisión de sociedades.

3.2. Breve referencia a los requisitos formales de la obligación de información en la transmisión de empresa.

Ni en la Directiva, ni siquiera tras sus sucesivas modificaciones, ni en la Ley española existe previsión alguna expresa sobre la forma en que deba notificarse la información a los representantes de los trabajadores de las empresas afectadas por la transmisión ¹⁷⁵. Como es sabido, la legislación laboral emplea distintas fórmulas para referirse a los derechos de información de los representantes de los trabajadores (notificación, poner en conocimiento, recibir información). En algunos de los supuestos va de suyo que la información debe instrumentarse por escrito. Así sucede, por ejemplo, en relación con la información acerca de la contratación laboral. En otros casos, fue la doctrina del extinto TCT la que estableció cuándo debía instrumentarse por escrito tal información. Así, para los supuestos de la información sobre aspectos económicos, productivos y de empleo (art. 64.1.1.º ET) se dijo que la obligación debía instrumentarse de manera material, esto es, por escrito ¹⁷⁶. Por el contrario, el acceso a la información contable y societaria en la misma forma que para los socios de las sociedades por acciones o participaciones no impone a la empresa la obligación de suministrar copia por escrito de los documentos correspondientes ¹⁷⁷. Así las cosas, es claro que en determinados supuestos el acceso a cierta información relacionada con la operación de transmisión no requiere de la forma escrita. Tal es el supuesto de la información en la fusión y escisión de sociedades; en cuyo caso, de conformidad con el artículo 238 LSA, los representantes tendrán acceso a la información depositada por la sociedad en los mismos términos que los socios.

En una primera aproximación, a la vista de la fórmula empleada por la Ley –«informar»– frente a otras más concluyentes tales como «recibir información» empleadas por la propia normativa es dable pensar que no se impone la instrumentación de la obligación de forma escrita ¹⁷⁸. No obstante, a pesar de las dudas exegéticas relativas al modo en que debe instrumentarse la información, parece lógico considerar que la especificidad y complejidad del objeto de información, por un lado, y la finalidad de la misma, por otro, impondrá su comunicación por escrito. Efectivamente, el aseguramiento de un posterior diálogo sobre la transmisión se fundamenta en el carácter inteligible de la información suministrada, por lo que parece que claro que, al menos, los aspectos más complejos deberán suministrarse por escrito.

Asimismo, tal y como indica la tan repetida Directiva 2002/14/CE relativa al marco general sobre información y consulta de los trabajadores y que nos sirve de instrumento interpretativo, la obligación de información debe cumplirse en términos tales que los representantes de los trabajadores puedan conocerla y examinarla. En este sentido, no cabe duda de que la capacidad de análisis de la información suministrada aparece unida a la forma en que sea notificada. Finalmente, ya se ha dicho en otras ocasiones que la satisfacción de la obligación de información en términos de mero cumplimiento burocrático no se ajusta al espíritu de la norma, sino que con la misma se pretende facilitar el diálogo y examen sobre el conjunto de las condiciones presentes en la operación de transmisión empresarial. En cualquier caso, si la comunicación en una forma distinta de la escrita en la medida en que el contenido de dicha comunicación sea igualmente exhaustivo al exigido legalmente y, además, consienta, posteriormente, el indicado análisis de la operación de transmisión.

4. La obligación de información en los supuestos de fusión y escisión de sociedades.

Como se ha venido indicando, el objeto de la reforma de la participación de los trabajadores en los fenómenos transmisivos no es otro que la actualización de los derechos y obligaciones de información contenidos en el artículo 44 ET. No obstante, es sabido que la regulación del artículo 44 ET no agotaba las obligaciones de información en la transmisión de empresa, sino que además se preveían deberes informativos específicos para procesos particulares de transmisión de empresa. En concreto, existen regulaciones puntuales de los derechos de información para la fusión y escisión de sociedades. En este marco, es preciso recordar que la nueva regulación del régimen estatutario de la transmisión de empresa no ha alterado la regulación parcial de otras obligaciones informativas en el marco de las operaciones de transmisión señaladas.

Así, por un lado, para las fusiones y escisiones en las que participen o en las que el resultado sean sociedades anónimas –aunque también en otras sociedades mercantiles¹⁷⁹–, la normativa mercantil contempla la obligación de informar a los representantes de los trabajadores con carácter previo a la celebración de la junta de accionistas. El artículo 233 LSA recoge los dos procedimientos clásicos de fusión: a) la fusión de sociedades anónimas en una nueva (fusión por creación), y b) la fusión resultante de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente (fusión por absorción). En uno y otro caso, nos hallamos ante una sucesión empresarial sujeta al mecanismo subrogatorio del artículo 44 ET, así como a las obligaciones de información y consulta derivadas de la operación de transmisión¹⁸⁰. En este marco, el vigente artículo 238.1 LSA, aplicable a la fusión de sociedades anónimas, añade la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores la misma información que los administradores de la sociedad deben suministrar a los accionistas.

Asimismo, en virtud de la remisión que el artículo 254 LSA realiza al régimen jurídico de la fusión, se aplicará el indicado deber de información en los procesos de escisión de sociedades anónimas. La escisión de sociedades se caracteriza, de conformidad con la doctrina, desde dos tipos diferenciados: la escisión propia y la impropia o segregación¹⁸¹. La primera de ellas representa la extinción de la sociedad escindida y la división del patrimonio de la sociedad, que pasa a las socie-

dades beneficiarias. Por su parte, en la escisión impropia o segregación la sociedad escindida no se extingue sino que conserva parte del patrimonio y segrega el resto y lo transmite a otras sociedades. Como es sabido, en los procesos de escisión resulta de aplicación el artículo 44 ET siempre que concurren los requisitos constitutivos de la transmisión de empresa ¹⁸². En particular, en los supuestos de escisión resulta especialmente relevante determinar que el patrimonio atribuido a las nuevas sociedades segregadas de la escindida permita la continuidad de la actividad empresarial de forma separada. En este sentido, no basta la mera atribución de elementos del activo material o inmaterial de la empresa escindida, sino que éstos han de constituir los elementos necesarios, y por sí mismos suficientes, para «mantener en vida la actividad empresarial» ¹⁸³. Por consiguiente, si los bienes del activo atribuidos a las nuevas sociedades constituyen unidades productivas susceptibles de explotación con lo recibido se sujetará a la disposición estatutaria relativa a la transmisión. En los supuestos en los que no se extingue la empresa escindida, deberá determinarse también la transmisión del activo material o inmaterial a otras sociedades permite la continuidad de las relaciones de trabajo y si la escisión no se ha realizado con la finalidad de proceder a futuras extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas ¹⁸⁴.

Por otro lado, entre las competencias de los representantes de los trabajadores contenidas en el artículo 64.1 ET se halla la de emitir un informe con carácter previo a la fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa «que suponga cualquier incidencia que afecte al volumen del empleo». Se trata de una consulta directamente relacionada con la alteración en el volumen de empleo en la empresa derivada la transmisión proyectada cuyo sujeto activo es exclusivamente la representación unitaria en las empresas implicadas. Pese a la rotundidad del tenor literal de la Ley, la doctrina entendió que esta facultad de informar de los representantes de los trabajadores, en congruencia con el artículo 6.2 de la Directiva, debía hacerse extensiva a todos los supuestos de transmisión *inter vivos* «en cuanto que cualquier transmisión de esta naturaleza puede ser susceptible de generar consecuencias socio-laborales en materia de empleo» ¹⁸⁵. Ciertamente, no resultaba del todo lógico reservar el derecho de informar únicamente para los fenómenos societarios de «fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa». No obstante, dejando de lado que el período de consultas –«en vistas a la adopción de un acuerdo»– previsto en la Directiva no se corresponde en su naturaleza con la emisión del informe contemplado en el artículo 64.1.5.º ET, tras la reforma de los derechos de información y consulta en materia de transmisión de empresa ha decaído el principal argumento sobre el que sustentar una interpretación extensiva como la acabada de indicar ¹⁸⁶. Así las cosas, el contenido del nuevo derecho de información en la sucesión de empresa, así como la extensión del procedimiento de consultas a todas las medidas empresariales adoptadas a propósito de la transmisión, exige reconsiderar el lugar y extensión del derecho de información sancionado por el artículo 64.1.5.º ET.

En definitiva, a pesar de la profunda reforma del derecho de información en la transmisión de empresa, los preceptos que de manera particular para determinados procesos sucesorios se han mantenido inalterados. De esta manera el legislador ha configurado, voluntaria o involuntariamente, un complejo entramado de obligaciones yuxtapuestas para los supuestos de fusión, absorción y escisión de sociedades de difícil comprensión y de todavía más difícil estructuración a la luz del nuevo modelo participativo en la transmisión y a propósito de la transmisión. Veámoslo a continuación.

4.1. La información en la fusión y escisión de sociedades en la normativa mercantil y la nueva configuración del deber de información en el artículo 44 ET.

La LSA tutela de manera particular el interés de los accionistas a obtener información en supuestos de vicisitudes societarias, mediante la imposición de mecanismos jurídicos específicos encaminados a la puesta a disposición de aquéllos de una información con un contenido particular funcionalizado a la adopción de ciertas decisiones por la junta general de accionistas. El derecho de información se atribuye para la realización de los intereses de miembro de la sociedad. Se trata, de un lado, de un derecho atribuido al accionista para la tutela de sus derechos patrimoniales, y de otro, de un derecho concedido al accionista a favor del interés social a que exista un adecuado funcionamiento de la sociedad ¹⁸⁷.

En la normativa societaria se comprende un trato informativo ciertamente favorable sobre el que descansa la garantía de la protección del accionista en la fase previa a la fusión ¹⁸⁸. De este modo, la Ley indica que los documentos básicos que ordenan la operación de fusión y escisión han de darse a conocer a los diversos colectivos cuyos intereses pretenden tutelarse en los indicados procesos. El indicado derecho de información carecería de eficacia si no existiese un comportamiento activo por parte de la sociedad en orden a facilitar la información oportuna a través de sus órganos de dirección, de manera que el artículo 238 LSA exige que al tiempo de publicar la convocatoria de junta general se ponga a disposición de los accionistas, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores una pluralidad de documentos para su examen en el domicilio social. No obstante, debe tenerse en cuenta que el derecho de los representantes de los trabajadores no recibe idéntico tratamiento que el de los accionistas, cuyo interés informativo goza de una tutela reforzada. Efectivamente, tal y como ha observado la doctrina especializada de la lectura sistemática de los artículos 238 y 240.2 LSA, se desprende la existencia de dos derechos de información diferenciados. Por una parte, que se pongan a disposición de todo accionista para su examen en el domicilio social los documentos relativos a la fusión proyectada (arts. 238.1 y 240.2); y, por otra, el derecho a obtener la entrega gratuita de sus textos íntegros (arts. 240.2 LSA) ¹⁸⁹. Con la identificación de ambas prerrogativas se pretende la ampliación de las facultades de obtener información, por lo que una y otra modalidad de lograr la información sobre la fusión o escisión deben tener la consideración de derechos concurrentes y no alternativos ¹⁹⁰.

No obstante, una interpretación sistemática del derecho de información de los representantes de los trabajadores contemplado en el artículo 64.1.3.º ET permitiría abonar una interpretación más amplia de los derechos de información derivados de la normativa mercantil para los supuestos de fusión, absorción y escisión de sociedades. Recuérdese que el artículo 64.1.3.º ET exige para los representantes de los trabajadores el mismo tratamiento que se dispense a los socios a la hora de acceder a la información societaria. Ello alcanzaría tanto al examen de los documentos societarios como a la facultad de exigir información adicional. Es más, tal y como ha indicado la doctrina, es la característica propia de la función de los representantes de los trabajadores que permitiría justificar un régimen informativo para los representantes de los trabajadores no sometido al régimen informativo formal previsto para los socios ¹⁹¹. Es la distinta función de las actividades representativas, frente al ejercicio de un derecho de voto destinado a controlar y limitar la gestión societaria, la que

determina los extremos de la potestad informativa contemplada en el citado número 3.º del artículo 64.1 ET. Todo ello se traduciría en la facultad de los representantes de solicitar el conocimiento, incluso a través de la entrega de la información y con asesoramiento especializado de todos los documentos societarios que fueren de interés para el ejercicio concreto de la actividad representativa, ya sea antes o después de la celebración de la Junta de accionistas que debe aprobarla ¹⁹².

Es sabido que tradicionalmente se ha predicado de obligación de la información en la normativa mercantil en las operaciones de fusión y escisión características un valor cuasi procedimentalizador en dichos procesos. Con ello el derecho documental completaba de manera imprescindible el deber de información de limitado alcance previsto en la legislación laboral previa a la reforma de 2001. Sin duda la relevancia atribuida a la obligación de información regulado en la Ley de Sociedades Anónimas no parecía corresponderse ni con el alcance de las facultades de información ni con el contenido legalmente señalado a la misma ni, tampoco, con la finalidad de dichas facultades. En este marco, la información *ex* artículo 238.1 LSA, sin colmar las exigencias que derivaban de la normativa comunitaria, complementaban las tenues obligaciones derivadas del originario artículo 44 ET. Qué duda cabe de que se trataba de una interpretación coherente con un régimen jurídico que configuró la información en la transmisión de empresa como un deber de información débil, esencialmente unido a la aplicación del mecanismo subrogatorio individual. Tras la reformulación de los derechos de información en la regulación estatutaria es preciso interrogarse acerca de la concurrencia de ambos deberes/derechos informativos: los previstos en la normativa mercantil, por una parte, y los contemplados por la norma laboral, por otra. A efectos de determinar la articulación entre ambos preceptos, deberán tomarse en cuenta, cuando menos los siguientes factores: el contenido, circunstancias temporales, efectos y finalidad de las obligaciones/facultades informativas que configuran los diversos preceptos.

De la lectura del artículo 238 LSA, se desprende que los documentos que integran el derecho de información documental en la fusión/escisión societaria pueden agruparse en tres categorías: el proyecto de fusión –o, en su caso, de escisión con las menciones específicas contenidas en el art. 255 LSA–, los informes sobre los proyectos de fusión, o escisión, y, finalmente, las informaciones complementarias a la operación de fusión o escisión.

En relación con el proyecto de fusión, el artículo 235 LSA recoge cuál debe ser su contenido mínimo. Dicho contenido mínimo se refiere a los datos identificadores de las sociedades participantes, los datos económicos de la operación y, finalmente, a las personas que pueden verse afectadas por la fusión (art. 235 apartados e y f). Junto con ello el contenido contingente o potestativo del proyecto de fusión alcanzará a circunstancias concretas que rodean la operación societaria. Así, por ejemplo, puede ser oportuno informar sobre los beneficios económicos que se obtendrán (la revalorización de las acciones, política de dividendos...), la política económica que ha llevado a los administradores a emprender el camino de la fusión, la programación de las sociedades que se fusionan, o, en fin, el móvil o finalidad última del proyecto de fusión o escisión ¹⁹³. Puede advertirse que la función informadora que se atribuye al proyecto de fusión exige de éste que ofrezca la información correcta sobre la fusión proyectada, incluyendo los datos reales y actuales de las sociedades implicadas. Para los supuestos de escisión, el proyecto debe contener menciones específicas propias de

la naturaleza de la operación. Esta característica introduce en el proyecto la información relativa al patrimonio objeto de la escisión y su reparto ¹⁹⁴, por un lado; y, el reparto entre los accionistas de la sociedad escindida de las acciones atribuidas por las sociedades beneficiarias ¹⁹⁵.

El indicado proyecto de fusión o escisión debe acompañarse de un conjunto de informes sobre el mismo. En efecto, la LSA exige que se redacten dos informes sobre el proyecto de fusión. Por una parte, corre a cargo de expertos independientes la elaboración de un informe sobre el proyecto de fusión así como sobre el patrimonio aportado por las sociedades destinadas a fusionarse. La finalidad de este informe preceptivo sobre el proyecto de fusión es dar a conocer a los interesados las bases patrimoniales sobre las que se procede la fusión o escisión, a través del pronunciamiento de un experto externo sobre la bondad o dificultades de las condiciones de la operación prevista por los administradores ¹⁹⁶. Para el caso de la escisión, si bien la finalidad es la misma, los informes son dos: un informe acerca del patrimonio no dinerario escindido y otro sobre el proyecto de escisión. Por otra parte, a los administradores de las sociedades implicadas les corresponde redactar un informe que justifique y explique de modo detallado los aspectos jurídicos y económicos del proyecto de fusión o escisión. La función de este documento es la de completar las informaciones de las que disponen los interesados, de manera que se permita formar un juicio sobre los criterios que han conducido a los administradores a proceder a la fusión o escisión, de manera que puedan juzgar acerca de la conveniencia económica de la fusión y de la legalidad o no de sus efectos ¹⁹⁷. También para el supuesto de la escisión los administradores deberán emitir un informe cuyo objeto esencial no es otro que del ofrecer a los interesados los aspectos económicos y jurídicos del procedimiento de escisión.

Finalmente, junto al proyecto de fusión o escisión y a los informes que sobre él deben redactar los expertos independientes y administradores, el artículo 238 LSA enumera una serie de documentos que deben facilitarse a los accionistas y representantes de los trabajadores. En particular, se pone a disposición de los indicados sujetos: las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades fusionantes con el correspondiente de los auditores de cuentas; el balance de fusión y el informe de los auditores; el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o los nuevos estatutos que hayan de regir el funcionamiento de la sociedad absorbente; los estatutos vigentes de las sociedades que participan en la fusión; y, en fin, los datos identificadores de los administradores.

Si bien es cierto que entre la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores los documentos de la operación de fusión o escisión proyectada y el contenido del deber de información regulado en el artículo 44.6 ET pueden existir puntos de contacto, es claro que una y otra son claramente diferenciadas ¹⁹⁸. Ciertamente existen aspectos particulares que manifiestan dicha fricción, uno de ellos es la propia delimitación de los sujetos destinatarios de la información. El artículo 238 LSA alude a los representantes de los trabajadores frente a la fórmula ya clásica del artículo 44 ET que alude a los «representantes legales» de los mismos. Ciertamente, una interpretación integradora del precepto mercantil con la normativa estatutaria y de libertad sindical conduce a concluir la identificación de los sujetos destinatarios de la información en uno y otro caso.

Con todo, más allá de los aspectos puntuales como los indicados, la finalidad de una y otra difieren sensiblemente. En el marco del artículo 238 LSA la información tiene por objeto garantizar a los representantes el conocimiento de los elementos informativos indispensables sobre los aspectos económicos y societarios de la operación proyectada. Se entiende que la información societaria, contable y económica de la operación de fusión o escisión revista un interés particular para los sujetos distintos de los accionistas de las sociedades. Por su parte, la información que la normativa laboral indica que ha de suministrarse se encamina, con carácter general, a introducir elementos de control que contribuyen a procedimentalizar los efectos que se infieran de la misma. Dicha diferenciación resulta asimismo relevante para determinar las consecuencias que puedan inferirse de la eventual infracción de uno y otro precepto. Dejamos aquí apuntada la cuestión sobre la que volveremos más adelante.

A pesar de las disfunciones que, a primera vista, se nos aparecen de la integración en aluvión de ambas obligaciones informativas diferenciadas, entendemos que la lectura integrada de ambos preceptos permite extraer conclusiones que superan la mera superposición de ambas fuentes informativas.

Específicamente, en lo que respecta al contenido de las obligaciones documentales ahora vistas parece lógico afirmar que, en una primera aproximación, ambas obligaciones resultan complementarias. Esta complementariedad aparece reforzada por el propio legislador cuando matiza que el cumplimiento temporal de la obligación en los supuestos de fusión y escisión de sociedades será, en todo caso, «al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales» que han de adoptar los acuerdos de fusión y escisión. Efectivamente, no parece lógico que la regla general de la antelación suficiente referida al momento en que debe cumplirse con el deber de información se asocie con la publicación de la junta general que deba aprobar la operación. Es claro que en el momento de publicación de la junta general de accionistas puede existir ya un acuerdo de fusión interempresarial, pero dicho acuerdo únicamente se traduce en un proyecto de fusión o escisión de la sociedad, de modo que todavía no puede hablarse de futura transmisión.

De este modo, se exige que, en el momento de la convocatoria de la Junta de accionistas, la información de carácter esencialmente económico y societario que debe ponerse a disposición de la representación de los trabajadores se complete con los efectos laborales que deriven de la operación de fusión o escisión. Qué duda cabe que la transmisión de la información a los representantes de los trabajadores constituye, de forma indirecta, una promoción de los acuerdos generales de fusión o escisión con carácter previo a la transmisión. Así parece que el legislador ha querido reforzar el papel de los representantes de los trabajadores en los procesos de fusión y escisión. En otras palabras, con ello parece querer evitarse que el conocimiento público de la decisión acerca de la operación de fusión o escisión sea anterior a la divulgación o publicidad de los efectos laborales que acompañarán dicha operación. En definitiva, puede advertirse el interés del legislador en incentivar la negociación de los efectos laborales de las reordenaciones societarias. En este sentido, tal y como ha indicado la doctrina, la adopción de los acuerdos resulta esencial para articular la eficiente puesta en marcha del proceso reestructurador ¹⁹⁹.

Asimismo, es dable afirmar que la especificación y transmisión de la información relativa a los efectos laborales de la operación proyectada genera la presunción de que todas las medidas que se adopten a partir de dicho momento deban considerarse vinculadas a la operación de la fusión, absorción o escisión. De este modo, se «solidifica», por así decirlo, la situación laboral hasta la aprobación de la operación por los órganos competentes de la sociedad. Será a partir del momento de la aprobación por dichos órganos que podrá procederse a la aplicación de medidas laborales de carácter preventivo. En este sentido, puede decirse que se avanza la aplicación de la garantía del mecanismo subrogatorio a partir de la fecha de la convocatoria de la Junta general de accionistas que deba aprobar la decisión sobre fusión o escisión de la sociedad. Consiguientemente, con independencia de que se cumpla la obligación de información a los representantes de los trabajadores, las decisiones empresariales sobre el nivel de empleo o las condiciones de trabajo de las empresas implicadas en el proceso de reestructuración deberán presumirse como nulas por contrariar el principio subrogatorio. Será a partir de la fecha de la aprobación de los acuerdos societarios que las reorganizativas adoptadas a propósito de la fusión o escisión podrán avanzarse a la fecha efectiva de la transmisión.

Se advierte, por consiguiente, que la consideración conjunta de ambas obligaciones supera el carácter autónomo de una y otra. En este sentido, debería reorganizarse la participación de los trabajadores en estas operaciones societarias y procederse a la promoción de los indicados acuerdos favoreciendo un tratamiento unitario del contenido de ambas obligaciones. Tal finalidad exigiría de la remisión de la información societaria en los mismos términos que los accionistas junto con la información legal. Asimismo, consecuencia lógica de lo anterior, sería la atribución de un tratamiento unitario a efectos del incumplimiento de la misma.

Como es sabido, una de las cuestiones más complejas suscitadas a propósito del deber de información en los procesos societarios de fusión y escisión no es otra que la de los efectos que derivan de su incumplimiento. Con carácter más general, como se habrá advertido ya, se trata de determinar las posibilidades de oposición a la decisión de los órganos rectores de la sociedad a proceder con la reestructuración societaria. Las posibilidades de que los trabajadores puedan emplear los instrumentos que ofrece la normativa societaria para oponerse a la operación de fusión, absorción o escisión son ciertamente limitados. En particular, la infracción del derecho de información prescrito en el artículo 238 LSA para los representantes de los trabajadores difícilmente justificará la impugnación del acuerdo social acerca de la fusión o escisión de la sociedad.

La oposición a los acuerdos se fundamenta en la ausencia de información de los sujetos que deben conformar la voluntad de la sociedad a través del acuerdo. Efectivamente, la infracción del derecho de información del que son titulares los accionistas supone un atentado contra el proceso «deliberativo» de formación de la voluntad individual que conforma la libertad colectiva, provocándose un vicio de procedimiento de formación de la voluntad²⁰⁰. La consecuencia inmediata no es otra que la nulidad radical de los acuerdos adoptados con conculcación del derecho al examen de los documentos por parte de los accionistas. Así pues, ni aun en el hipotético supuesto en el que pudiera acordarse la fusión o escisión de la sociedad en una junta universal, la ausencia de información a los representantes de los trabajadores la impugnación del acuerdo

societario adoptado ²⁰¹. En este caso, se trata de la aprobación de la junta universal de accionistas que decida sobre la fusión o escisión sin cumplimentar la información prevista en la LSA y, por consiguiente, sin que se hubiere ofrecido tampoco la información contemplada en el artículo 44 ET, deberán considerarse válidos. Efectivamente, la ausencia de la información a los representantes no invalida el acuerdo como tampoco lo invalidará el cumplimiento de la obligación informativa del artículo 44 ET en el momento posterior a la adopción de la decisión por la junta universal de accionistas.

Así las cosas, únicamente de manera indirecta, algunos autores han señalado que cabría admitir la viabilidad de la impugnación del acuerdo social de fusión o escisión. En particular, se ha considerado posible la oposición de los trabajadores que tengan créditos laborales pendientes de liquidación ²⁰². No obstante, se trata de una interpretación ciertamente forzada, puesto que la impugnación del acuerdo social solamente procede de conformidad con la LSA, en caso de que los créditos pendientes no estuvieren adecuadamente garantizados. Tal y como indicó la doctrina en su día, debe entenderse que el artículo 44 ET garantiza suficientemente los créditos laborales por lo que no cabe la oposición a la decisión de fusión o escisión societaria; argumento al que no sumamos ²⁰³.

Más allá de las consideraciones técnico-jurídicas expuestas, es la autonomía entre el ordenamiento mercantil y social en la regulación de los fenómenos ahora indicados la que, como ha indicado certeramente la doctrina, justifica la validez de los fenómenos de fusión y absorción a pesar de los incumplimientos de las obligaciones de información con los representantes de los trabajadores ²⁰⁴. Con todo, sobre la base de las evidentes relaciones existentes entre la dimensión societaria y laboral del fenómeno las que han justificado la revisión de la pretendida autonomía del derecho mercantil y derecho social cuando confluyen en la regulación del fenómeno de la fusión o escisión ²⁰⁵. En este sentido, ya quedó dicho en otro lugar a propósito de las obligaciones de información impuestas por la Directiva 94/45/CE, que en algunos pronunciamientos institucionales en la Unión Europea se abogó por exigir el cumplimiento de la normativa social como condición previa a la tramitación de procesos de reestructuración societaria ²⁰⁶. No obstante, aun aceptando la imbricación del derecho social y el derecho societario, *de lege ferenda* resulta difícilmente admisible la anulabilidad de los acuerdos societarios fundada en el incumplimiento del deber de información a favor de los representantes de legales de los trabajadores. No creemos que la nulidad del acuerdo societario pudiera ser considerada una sanción proporcional al incumplimiento del deber de información previa a la adopción de la decisión de fusión.

Ahora bien, no puede esconderse que la efectividad del derecho de información en las operaciones societarias aquí tratadas requiere de una adecuada tutela. Con carácter general, desde el punto de vista lógico los derechos de información no se integran en la formación de la decisión empresarial ²⁰⁷. Las exigencias informativas no impiden el libre ejercicio de los poderes empresariales, puesto que no implican una restricción de la discrecionalidad empresarial en la adopción de la decisión empresarial ²⁰⁸. Desde este punto de vista, la información a los trabajadores es un derecho autónomo que se expresa en un instrumento de control de la legitimidad de determinados comportamientos empresariales, «en la medida en que a través del cumplimiento de las potestades informativas el

empresario encuentra un medio de garantizar el reconocimiento de la legitimidad que pudieran revestir sus decisiones»²⁰⁹. En este sentido, en las obligaciones de información la eficacia de la decisión empresarial no depende de su observancia²¹⁰.

Consiguientemente, en el caso concreto del incumplimiento del deber de información en la transmisión de empresa la sanción prevista en el ordenamiento debe ser equivalente a la prevista en otros supuestos²¹¹. En línea de principio, la omisión del deber de información no enerva la validez del procedimiento de adopción de la decisión empresarial, de manera que su incumplimiento genera una sanción reconducible al ilícito administrativo.

No obstante, la configuración del derecho de información, en el marco de la transmisión de empresa, pero también con carácter más general, en el ordenamiento comunitario se presenta con una dimensión más amplia que la mera legitimación del ejercicio de los poderes empresariales. Efectivamente, más allá de aspectos particulares acerca de concretos supuestos de información cabe la reconstrucción de las obligaciones de información a la luz de la normativa comunitaria. Tal y como explícitamente establece la Directiva 2002/14/CE, la carga/derecho de información presenta un espectro más amplio que la mera legitimación *a posteriori* de la decisión empresarial. En el sentido ahora indicado, son diversos los pasajes de la justificación de la citada Directiva en los que se apunta un nuevo entendimiento de las obligaciones de información. Así, se indica que «la información y consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía». Más explícito aún es el considerando decimotercero de la Directiva en el que se indica que los marcos jurídicos tanto comunitario como de los distintos Estados miembros en materia de información y consulta «están a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio». En definitiva, se pretende reforzar la implicación de los trabajadores extendiendo el diálogo social de forma estructural al seno de la empresa, tanto en la participación *ex post* en las medidas reactivas de ajuste adoptadas por la empresa, como *ex ante* en el planteamiento del diseño de los procesos de adaptación de la misma.

Qué duda cabe que las expresadas obligaciones de información no se introducen directamente en el procedimiento lógico de la adopción de decisiones empresariales. Ahora bien, el tratamiento sistemático del derecho de la información en el marco del ordenamiento comunitario permite advertir que aquél se presenta como instrumento indispensable en la formación de la decisión organizativa empresarial. Decisión organizativa que deberá ir precedida del preceptivo procedimiento de consultas. Desde este punto de vista, es clara la definición comunitaria de qué debe entenderse por la obligación de información impuesta al empleador. Indica el artículo 2 de la Directiva 2002/14/CE que solamente podrá ser considerada como tal la transmisión de los datos con la antelación suficiente que permita discutir la medida empresarial prevista.

Desde las observaciones ahora expuestas, es claro que la nulidad de las decisiones adoptadas sin la observancia de la obligación de información no parece que pueda ser considerada la sanción proporcional al incumplimiento. Empero, en nuestra opinión, tampoco puede pretenderse que la infracción de las obligaciones de información en supuestos como los arriba indicados constituyan

simplemente un flicito administrativo. Creemos que la sanción más adecuada al carácter y función de la información no es otra que la suspensión de las medidas laborales que pretendan articularse, por cuanto que es precisamente sobre dicha información que se construirán los procesos de consulta previas a aquéllas. En otras palabras, los representantes de los trabajadores podrán oponerse al inicio de las consultas tendentes a la adopción de las medidas laborales en tanto que no se les hubiere ofrecido una información en los términos y condiciones exigidos por la Ley. No es ésta una sanción que aparezca explícitamente contemplada en el ordenamiento comunitario ni tampoco se contempla en nuestra legislación laboral. Sin embargo, como ha quedado dicho, a la vista de la estrecha relación que presenta la información con vistas a los procesos de consultas resulta la más adecuada en tanto no se haga efectiva dicha información en las circunstancias materiales y temporales indicadas por el indicado artículo 2 de la Directiva sobre información y consulta de los trabajadores.

Entendemos que dicha doctrina resulta de plena aplicación al incumplimiento de la obligación de información en los procesos de transmisión de empresa, en general, y en las operaciones de fusión y escisión, en particular. En este sentido, no creemos que pueda argumentarse la suspensión de la aplicación del mecanismo subrogatorio para el caso de que no se cumpla debidamente con la obligación de información prevista, por cuanto la suspensión de los efectos se produciría en razón de la necesidad de dicha información en vistas a la consulta. Efectivamente, el contenido de la información no se vincula tanto al negocio jurídico transmisivo como a los eventuales efectos que resulten de ésta sobre las plantillas de las empresas implicadas en la transmisión. Asimismo, no debe olvidarse que la aplicación del mecanismo subrogatorio se produce *ex lege* a partir de la decisión empresarial de transmisión. Decisión que en su aprobación no aparece procedimentalizada. En este sentido, el objeto de la información no es otro que el dar a conocer los efectos jurídico-laborales que eventualmente puedan acompañar la sucesión de empresa. Así, la información que debe facilitarse, tal y como se indicó más arriba, debe ser la necesaria para garantizar la efectividad del proceso de consultas que deba acompañar a la aplicación de las medidas laborales de reestructuración. Consiguientemente, la indicada suspensión de los efectos jurídico-laborales de la transmisión de empresa se produciría sobre las decisiones que pudieran acompañar la transmisión mientras no se cumpla adecuadamente con dicha obligación.

4.2. La vigencia del derecho de los representantes de los trabajadores de informar en los procesos de fusión, absorción y modificación del estatus jurídico de la empresa tras la reforma del artículo 44 ET.

El artículo 64.1.5.º ET recoge el derecho de los representantes de los trabajadores a emitir un informe cuando las operaciones de fusión, absorción y modificación del estatus jurídico de la empresa «supongan cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo»²¹². El contenido de este precepto fue objeto de serias críticas por parte de la doctrina, tanto por los supuestos en los que se reserva la emisión del informe como, especialmente, por su inadecuación a la Directiva comunitaria sobre transmisión de empresa²¹³. No obstante, ya ha quedado dicho que la consulta-información, a la que se alude en el artículo 64 ET, se aleja claramente de la fórmula de consulta propuesta por el nuevo artículo 44 ET.

La adaptación de la legislación española sobre transmisión de empresa a las exigencias del derecho comunitario operada a través de la Ley 12/2001, producirá, indudablemente, efectos sobre la interpretación del referido precepto. En primer lugar es claro que decaerán algunas de las interpretaciones extensivas, más allá de la letra de Ley, que se realizaron con la pretendida voluntad de solventar –al menos parcialmente– la inadecuación de la normativa española al régimen jurídico comunitario sobre transmisión de empresa. En este sentido, las interpretaciones fundamentadas en la inadecuación del modelo español a la regulación de la originaria Directiva 77/188/CEE, deberá desecharse ²¹⁴. Asimismo, no creemos que una lectura sistemática de los artículos 44 y 64.1.5.º ET permita defender la extensión del informe a cualquier supuesto de transmisión, por cuanto que el propio artículo 44 ET establece ciertas diferencias para los supuestos de fusión y absorción. De ello parece deducirse la voluntad del legislador de establecer ciertas diferencias entre el régimen jurídico de la cesión por fusión y absorción respecto de otras formas de sucesión empresarial.

Así pues, resulta lógico considerar que el trámite de información previa contemplado en el artículo 64.1.5.º ET debe circunscribirse, en los términos legalmente previstos, a las operaciones de fusión y absorción o las que alteren el estatus jurídico del empresario; debiendo rechazarse una interpretación que incluya tal deber en supuestos distintos de los aludidos ²¹⁵. En el mismo sentido, resulta difícil sostener, a la vista del renovado artículo 44 ET, que la emisión del informe procederá más allá de los casos en los que la operación de transmisión incida sobre el volumen de empleo. Una interpretación en sentido lato de las medidas en las que se desprenderá la emisión del informe es difícilmente argumentable si tomamos en cuenta que el legislador no ha considerado oportuno tal adaptación frente al carácter omnicompreensivo que presenta la consulta-negociación en el artículo 44 ET.

En segundo lugar, la nueva regulación sobre la información y consulta en la transmisión de empresa delimita, indirectamente, el marco en el que deberá darse cumplimiento al trámite de información por parte de la representación unitaria *ex* artículo 64.1.5.º ET. Es sabido que el artículo 64.2 ET dispone que los informes que deba emitir la representación de los trabajadores de conformidad con el primer apartado del artículo 64 ET «deben elaborarse en el plazo de 15 días». Pasado el indicado período procederá continuar con el proceso sin necesidad de atender a la recepción del preceptivo informe de los representantes de los trabajadores. A diferencia de otros supuestos (por ejemplo los distintos apartados del art. 64.1.4.º ET) nada se indica directamente sobre el momento en que deba solicitarse el informe. La doctrina coincidió que debían emitirse previamente a la concreción de la operación que conllevará el cambio de titularidad ²¹⁶. De no ser así se privaba de cualquier incidencia práctica que eventualmente pudiese tener sobre la voluntad del empresario. En principio, debe entenderse vigente dicha interpretación, pues carece de cualquier sentido, a la vista del artículo 44 ET, que se traslade la emisión del informe a un momento posterior a la efectiva transmisión de empresa. No obstante queda por determinar si el informe deberá presentarse con anterioridad a la aprobación de la operación proyectada o con anterioridad a la fecha de efectividad de la misma. El régimen jurídico sobre la información en la transmisión de empresa arroja luz sobre dicha cuestión, puesto que incide indirectamente en la delimitación del momento en el que deba proceder la emisión del informe.

En principio, parece que el parámetro temporal que determinará el *dies a quo* de la exigibilidad del informe quedará fijado indirectamente a través del momento en el que se proporciona la información sobre las medidas laborales que acompañarán el proyecto de fusión o absorción, o la modificación del estatus jurídico de la empresa. Dicha información deberá proporcionarse con anterioridad a la celebración de la junta general de accionistas que deba pronunciarse sobre la operación empresarial de fusión y absorción. En tanto el legislador indica que la cesión empresarial debe anunciarse acompañada de las medidas laborales relativas a la plantilla cabe considerar que es en dicho momento en el que se conocen las consecuencias sobre el volumen del empleo que deba procederse con el informe. Por otra parte, en dicho momento todavía podrá reconsiderarse el alcance de la medida. De lo contrario, el informe quedaría reducido a un trámite sin sentido, meramente burocrático, unido a la consulta; privándosele de cualquier incidencia práctica que pudiese tener sobre la voluntad del empresario. En definitiva, el momento preciso en el que sea exigible el informe no dependerá del empresario. Ahora bien, la exigencia del informe no suspenderá la adopción del acuerdo de fusión o absorción. En el mismo sentido la ausencia del mismo tampoco paralizará el acuerdo sobre la operación empresarial ²¹⁷.

Finalmente, en lo que se refiere al contenido del citado informe, la Ley guarda silencio. Tal y como señaló la doctrina, la duda principal es discernir si el informe debe referirse a la operación proyectada o, por el contrario, circunscribirse a las consecuencias que desencadenan la exigibilidad de dicho informe: la afectación sobre el volumen de la plantilla de la empresa ²¹⁸. En principio, a la vista de la obligación de información que precede temporal y lógicamente a la emisión del informe debe reputarse más acertada la segunda de las opciones, esto es, que el informe debe versar sobre las consecuencias laborales derivadas de la operación de fusión y absorción. Se introduce la posibilidad de reconsiderar los efectos proyectados sobre el nivel de empleo en la empresa, sobre la conveniencia de las extinciones planeadas a propósito de la transmisión; y no sobre la oportunidad o no de la operación mercantil proyectada.

Tal y como se ha indicado, el incumplimiento de este trámite de información no parece que obste la eficacia de la transmisión efectuada. Si bien no resulta fácil pronunciarse de modo contundente sobre los efectos de la ausencia de informe en relación al posterior procedimiento de consultas, cabe afirmar que lo más lógico es pensar que dicha ausencia no suspenda el inicio del subsiguiente período de consulta ni, asimismo, perjudique los acuerdos alcanzados en dichos períodos o las medidas adoptadas sin acuerdo una vez concluido el indicado período de consulta. A salvo, claro está, de la responsabilidad administrativa que pudiese nacer de la conducta empresarial a la luz del artículo 7.7 LISOS.

Es evidente que la reconstrucción de los distintos pasajes legales relativos a los derechos de información y consulta en las operaciones de transmisión dificulta la comprensión de cuál es el marco general que pretende introducir el legislador. Como se habrá advertido ya, la cuestión que planea en las consideraciones vertidas hasta aquí no es otra que la de establecer el *lugar* que deba ocupar la emisión del informe en el marco de los derechos de participación recogidos en el artículo 44 ET. En este sentido, dejando de lado las consecuencias hermenéuticas que indirectamente se infieran para la determinación de los supuestos, momento y contenido del informe de

los representantes queda pendiente pronunciarse sobre las relaciones –y, en particular, la comunicabilidad– que deba existir entre las distintas formas de participación en los procesos de fusión y absorción.

Tras la reforma legal del artículo 44 ET, la emisión del informe se configura como un trámite adicional a la preceptiva consulta acerca de ciertas medidas laborales adoptadas. La utilidad de este trámite es dudosa, teniendo en cuenta, por una parte, que se circunscribe a las decisiones organizativas que afectan al volumen del empleo, quedando fuera un elenco importante de materias sobre las que emitir el informe previo. Y, por otra, no puede desconocerse que constituye una consulta débil, por cuanto que se instituye como un mero informe previo que no obliga al empresario no ya no mediatiza la voluntad empresarial, sino ni tan siquiera obliga ni a su estudio conjunto ni a ofrecer una respuesta sobre su contenido.

A la vista de las circunstancias expuestas, en nuestra opinión la única interpretación lógica que cabe realizar del mantenimiento de la obligación de emisión del informe no es otra que entender que manifiesta la voluntad del legislador de promocionar la participación de los trabajadores en los supuestos de fusión y absorción. Conclusión que aparece reforzada si se toman en consideración las particularidades del régimen legal relativa a la información a los representantes de los supuestos de fusión y absorción con las consecuencias indicadas en el epígrafe anterior.

No obstante, es claro que el régimen jurídico diferenciado para las operaciones de integración empresarial a través de la fusión y absorción resultan del todo insatisfactorias. Qué duda cabe que hubiere sido deseable el establecimiento de un régimen jurídico particular fundamentado en la promoción de la negociación de los efectos laborales del proyecto de fusión. En descargo del legislador debe decirse que dichas particularidades tampoco aparecen en la Directiva sobre transmisión de empresa; particularidades que únicamente se contemplan de manera genérica respecto de las reglas de aplicación del convenio colectivo aplicable en caso de cesión empresarial. En todo caso, el excesivo apego a la literalidad de la norma comunitaria en la actualización del régimen jurídico de la transmisión no justifica que el legislador no haya reconsiderado el lugar que deba ocupar el artículo 64.1.5.º ET tras la reforma de los aspectos relativos a la participación de los trabajadores en los fenómenos de cesión empresarial.

Seguramente en los complejos procesos de integración empresarial a través de la fusión y absorción resulta deseable la participación de los trabajadores a través de la negociación de sus consecuencias laborales en un momento anterior a la culminación de la operación. En este sentido, cabría imaginar *de lege ferenda* la posibilidad de instaurar una obligación de estudiar conjuntamente, en definitiva, de consultar las medidas laborales que acompañen el proyecto de fusión o absorción previamente a la culminación de los acuerdos sobre dichas operaciones. Ello no perjudicaría la posterior obligación de negociar las medidas que decidieren introducirse a propósito del negocio transmissivo. Sea como fuere resulta incuestionable que el mantenimiento del artículo 64.1.5.º ET en sus términos originales únicamente contribuye a introducir confusión acerca del régimen jurídico de los derechos de información en la transmisión de empresa.

5. Los efectos del incumplimiento de la obligación de información empresarial en el marco de los procesos de transmisión.

Ha quedado indicado ya que, en nuestra opinión, no es jurídicamente viable mantener que los trabajadores individualmente o a través de sus representantes se opongan a la operación de transmisión en base al incumplimiento de las obligaciones de información previstas en el ET. En un plano distinto, no de oposición a la operación, se baraja la posibilidad de que los trabajadores se opongan a los efectos típicos de la transmisión, y en particular, a la cesión de sus contratos al nuevo empresario cesionario. Sobre el particular, la doctrina, de manera prácticamente unánime, entiende que a la luz de la legislación interna no puede pensarse en la oposición individual a la subrogación empresarial ²¹⁹.

Es ésta una solución que encaja perfectamente dentro de los parámetros delimitados por la normativa comunitaria sobre transmisión de empresa. De manera sistemática, los principios esenciales que se infieren de jurisprudencia a propósito del derecho de oposición del trabajador a la cesión del contrato en la Directiva sobre transmisión de empresa pueden resumirse como sigue: (1) la Directiva no obliga al trabajador a aceptar la cesión de contrato de trabajo; (2) por el contrario, la norma únicamente pretende garantizar la continuidad de la relación laboral ²²⁰; (3) de este modo, corresponde a los Estados miembros regular la modalidad y las consecuencias jurídicas de la oposición del trabajador a la indicada cesión contractual ²²¹. Consiguientemente, nos indica expresamente el Tribunal de Justicia ²²² que el artículo 3 apartado 1 de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el contrato de trabajo o la relación laboral de un trabajador empleado por el cedente en la fecha de la transmisión de la empresa continúe con el cedente, de manera que corresponde al legislador nacional establecer si cabe la oposición que deriva de la relación de trabajo ²²³. Ya ha quedado dicho cuál es la situación en el ordenamiento español. Ahora bien, no puede desconocerse que son de aplicación los supuestos de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador. No cabe duda que los trabajadores afectados por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o el cambio de lugar de la prestación derivada de la transmisión que represente un perjuicio para el trabajador, en los términos contemplados en los artículos 41.3 y 40.1 ET, podrán extinguir su relación laboral con el cedente o cesionario.

Por lo que se refiere a los efectos del incumplimiento de la obligación sobre la operación de transmisión, ya se ha indicado la dificultad de la eventual intersección entre la disciplina laboral y la mercantil o civil ²²⁴. Asimismo, debe tomarse en consideración el parámetro interpretativo ofrecido por la Directiva, a la luz de la cual podemos corroborar la afirmación ahora vertida. La norma comunitaria impone el respeto a las obligaciones procedimentales, requiriéndole que cumpla con ellas antes de que el negocio transmisivo sea plenamente operativo y no con carácter previo a la adopción del acuerdo por parte del empleador. Se advierte, por consiguiente, que la disciplina comunitaria preserva la libertad contractual del empresario que se concreta en la decisión de programar la cesión de la empresa, limitando, sin embargo, la discrecionalidad de las consecuencias derivadas de la operación transmisiva ²²⁵. Así pues, entendemos que los efectos del incumplimiento se producirán en la esfera laboral de la transmisión, pudiendo los representantes oponerse válidamente al inicio del período de consultas en tanto que no se les facilite la información sobre la transmisión en los

términos y condiciones referidos en el artículo 44.6, 7 y 8 ET. De adoptarse las medidas laborales sin la preceptiva consulta procederá la aplicación del régimen general previsto en la legislación laboral para cada uno de los casos. Para los supuestos en los que la Ley no hubiere previsto un período de consultas con carácter previo a la adopción de la decisión empresarial, tanto una interpretación analógica como la finalidad perseguida por la Directiva 2001/23/CE permiten afirmar que la sanción no puede ser otra que su nulidad.

Finalmente, es conocida la tutela administrativa de las facultades de información de los representantes de los trabajadores en las transmisiones de empresas. De manera indiferenciada, sin matizar la entidad de la desatención de sus deberes por parte de la empresa, el artículo 7.5 LISOS tipifica como falta empresarial grave el incumplimiento del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44 ET. Parece lógico que la gravedad de la conducta sancionada se relacione con la afectación sobre la participación de los trabajadores, así como con la voluntad resistente a facilitar tal intervención. En este sentido, ya quedó dicho en otro lugar que deberán considerarse incumplimientos de la obligación de información, por un lado las conductas omisivas consistentes en ausencia total de información sobre alguna de las materias referidas en el artículo 44.6 ET, y, por otro, los comportamientos empresariales que signifiquen la retención, ocultamiento o expedición de informaciones inexactas siempre que su resultado sea limitar o impedir la efectividad del derecho de información. Otro tanto cabe indicar a propósito de las circunstancias y la forma en que deba notificarse la información a los representantes de los trabajadores. Efectivamente, el cumplimiento formal o temporal que defraude la finalidad de la obligación/derecho de información deberá equipararse al incumplimiento administrativamente sancionable.

En definitiva, constituirán la conducta tipificada por el artículo 7.5 LISOS cuando el derecho de información resulte ineficaz. Y la eficacia dependerá de dos elementos: de un lado, la extensión y exactitud del contenido de la información transmitida a los representantes de los trabajadores; y, de otro, de la observancia del tiempo y la forma prevista para el examen de la información y la preparación de la acción colectiva. Cuando una directiva comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite a las disposiciones legales nacionales, obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del derecho comunitario. Con este fin, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del derecho nacional de naturaleza e importancia análogas y, que en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo ²²⁶. Desde este punto de vista, la sanción es suficiente y adecuada, por cuanto que se presenta en términos análogos a los previstos a otras infracciones de los derechos de información y consulta de los trabajadores en la normativa española.

No obstante, tal y como se ha indicado, entendemos que la indicada infracción debería traer aparejadas consecuencias directamente vinculadas al proceso de participación diseñado por la Directiva. No puede obviarse, en este sentido, tal y como se indicó más arriba, que los trabajos

preparativos de la Directiva marco sobre los derechos de información y consulta en el territorio de la Unión Europea contemplaban un severo régimen de sanciones, integrándose directamente en la procedimentalización de los poderes empresariales. Así pues, es preciso replantearse si el valor ofrecido a los derechos de información no exige la reconsideración de los efectos de su incumplimiento en los términos apuntados a lo largo de este trabajo. Esto es, la válida oposición a iniciar el período de consultas en tanto que no se facilite la información acerca de la transmisión en los términos previstos por el artículo 44.6 ET.

IV. CONCLUSIONES

Sobre la base de las profundas diferencias existentes entre la participación de los trabajadores en los sistemas de relaciones laborales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, ni la Directiva inicial sobre transmisión de empresa, ni sus sucesivas «puestas al día» opta por un modelo de participación débil. Ahora bien, es evidente que las formas de participación de los trabajadores apuntadas en las décadas de los 70, 80 y 90 en la Unión Europea ha evolucionado hacia un verdadero modelo de participación de los trabajadores. Uno de los ejemplos lo encontramos en la Directiva marco 391/89/CEE relativa a la seguridad y salud en el trabajo, que configura un amplio sistema de información. En la misma dirección, las acciones más recientes son, por una parte, la inclusión de la información y consulta en los textos políticos al más alto nivel y, por otra, la Directiva 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores en la empresa. Esta última norma representa la consolidación del modelo participativo basado en la información y consulta reconocido como tal por el legislador comunitario. En este sentido, basta recordar que, como se indica en la indicada norma comunitaria, derechos de información y consulta «en tiempo útil constituyen una condición previa dentro del proceso de reestructuración empresarial y de adaptación de las empresas a las nuevas condiciones derivadas de la globalización de la economía, y en particular, mediante el desarrollo de nuevas formas de organización del trabajo».

Así las cosas, el modelo de información y consulta establecida en la Directiva sobre transmisión de empresa, y del que nuestra legislación es un trasunto cuasi literal, ha quedado un tanto superado. Superado en aspectos concretos apuntados en las páginas anteriores, tales como, por ejemplo, la insuficiencia de las medidas previstas para hacer efectivo el derecho de información en las operaciones de transmisión que se producen en el grupo de empresas o, en los que interviene una sociedad integrada en un grupo de empresas. Consiguientemente, se impone la necesidad de proceder a una interpretación en consonancia con la evolución de los derechos de información y consulta que asegure su efectividad, evitando que se constituya en un vago e inútil aspecto formal de la transmisión. En este sentido, deberá atenderse al carácter preventivo del que pretende dotarse a la participación de los trabajadores en el marco de la gestión adaptativa de la organización empresarial. En este sentido, no puede esconderse que la adecuada tutela de la efectividad de los derechos de información en el sentido expresado requiere de la reconsideración del cuadro de sanciones derivados del incumplimiento de la obligación de información.

Con todo, más allá de los aspectos concretos, es claro que la articulación general de los indicados derechos de información y consulta en la transmisión de empresa compadece mal con el modelo participativo que en el marco de la Unión Europea se ha consolidado en los últimos tiempos. Así creemos que el sentido de la obligación procedimental de informar y consultar en la operación de transmisión de empresa exigiría el reconocimiento de la representación de los trabajadores de influir en los efectos y medidas laborales derivadas de la transmisión. Por tanto, ello requiere que el procedimiento de información no quede siempre sujeto al acuerdo o el negocio jurídico de la que se deriva la operación de sucesión empresarial. Ello debería permitir la posibilidad de que se contemplara la participación de los trabajadores en un momento anterior a que cedente y cesionario hayan consentido en obligarse. No es ésta una solución exenta de dificultades, puesto que el cesionario negociará con sus trabajadores medidas que podrán afectar a los trabajadores de la empresa transferido y, por ello, no representados en aquel momento por quienes negocian. No obstante, parece un modelo de participación que permitiría anticipar los efectos y ordenar los complejos procesos de fusión.

Asimismo, la tardía transposición de la Directiva sobre transmisión de empresa realizada por el legislador de 2001 presente graves de técnica legislativa. La transcripción cuasi literal de la mayor parte del contenido de la Directiva no se acompaña de una reflexión del modelo de participación en los supuestos de fusión y absorción. De este modo, como se ha advertido, asistimos a una regulación en aluvión que produce serias dificultades interpretativas. Expresión máxima de dichas dificultades es la imposible relación entre los derechos de participación del artículo 44 ET y el derecho de información activa del que son titulares los representantes de los trabajadores en las fusiones y absorciones *ex* artículo 64.1.5.º ET. Otro tanto debe decirse en los supuestos de transmisión de empresa en el marco de los procesos concursales. La irrupción de la anunciada normativa concursal no sólo no ha sido aprovechada para establecer un esquema de la participación de los trabajadores en la transmisión de empresa incurso en situación de insolvencia, sino que además presenta serias dudas de adecuación a la normativa comunitaria sobre transmisión de empresa.

NOTAS

- ¹ DOCE n.º 364 de 18 de diciembre de 2000. El derecho de información y consulta (art. 27) encabeza el Capítulo V de la Carta que, bajo la rúbrica de Solidaridad, recoge derechos individuales tales como la protección de la salud, la conciliación de la vida profesional y familiar, la protección del trabajador frente al despido, la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo. Sobre la inclusión de la información y consulta, SCLARRA («Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales», *Temas Laborales*, n.º 62/2001, p. 22) indica que «si puede parecer sorprendente su colocación en Título de la Solidaridad, tal actuación hace reflexionar sobre la cuestión de la fuerte interconexión que los derechos sociales de última generación establecen con las libertades fundamentales, como la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva que emana directamente de esta última libertad fundamental. De una trama tan compleja de normas y fuentes se recaba la naturaleza reticular de la solidaridad europea: débil en algunos de sus presupuestos, pero dispuesta a defenderse y a fortificarse en muchas direcciones siempre que el legislador sepa preparar la necesaria fundamentación». En todo caso, se advierte una nueva concepción de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se supera la clásica distinción del constitucionalismo contemporáneo entre derechos políticos, de primera división, y derechos sociales, de segunda clase o división. Efectivamente, el tratamiento jurídico unitario diferencia los derechos en función de la «situación» en la que se encuentra el ciudadano: en minoría de edad, disminuido, trabajador...
- ² ZACHERT, U.: «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales», *Temas Laborales*, n.º 65, 2002, p. 23.

- 3 En este sentido, puede encontrarse ya algún precedente sobre el valor interpretativo de documentos de carácter político en la jurisprudencia del TJCE. Así, en la STJCE de 26 de junio de 2001 (Asunto BECTU –*Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Trade Union*–), a propósito de la discusión acerca de la necesidad de período mínimo de empleo con el mismo empresario para devengar derecho a las vacaciones, el Tribunal acude a la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 como criterio interpretativo sobre el que fundamenta parte de su razonamiento jurídico.
- 4 MOLINA GARCÍA, M.: *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 15.
- 5 ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, 3.^a ed., CEDAM, Padova, p. 324 y ss.
- 6 ROCCELLA, M. y TREU, T.: *ob. cit.*, p. 376.
- 7 ROCCELLA, M. y TREU, T.: *ob. cit.*, p. 371.
- 8 Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», *Relaciones Laborales*, 2003, n.º 6, pp. 2-3.
- 9 Debe tenerse en cuenta que el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, adoptada en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 (BOE de 25 de abril de 2000), avanzaba las líneas generales que se han desarrollado en la Directiva 2002/14, si bien ésta va mucho más allá. Efectivamente, establece en su apartado 2 relativo a los Derechos de información y consulta lo siguiente: «1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa, las Partes se comprometen a tomar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales: a) Ser informados periódica u oportunamente, y en manera comprensible, de la situación económica y financiera de la empresa que les da empleo, quedando entendido que podrá denegarse la divulgación de ciertas informaciones que puedan perjudicar a la empresa o exigirse que se mantengan confidenciales y b) ser consultados a su debido tiempo acerca de las decisiones que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación de empleo en la empresa. 2. Las Partes podrán excluir del alcance del párrafo 1 del presente artículo a aquellas empresas que empleen a un número de trabajadores inferior a un mínimo determinado por la legislación o la práctica nacionales».
- 10 En el mismo sentido, los documentos preparatorios de la Directiva sobre oferta pública de acciones. Así, en el artículo 6 del proyecto de Directiva se indica que tanto el oferente de la adquisición de acciones, así como los gestores de la sociedad afectada por la OPA, están obligados a informar sobre las repercusiones de la operación sobre todos los aspectos de la sociedad, incluido el empleo.
- 11 GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa*, CES, Madrid, 1995, p. 204; MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa», *Temas Laborales*, n.º 62/2001, p. 60.
- 12 El Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre, relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, prevé cuatro formas de creación de una Sociedad Anónima Europea: 1.- La que pueden utilizar las sociedades anónimas listadas en su Anexo I mediante un acuerdo de fusión entre ellas, siempre que al menos dos de las mismas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes. 2.- La posibilidad reconocida tanto a SA como a SL para constituir un *holding* siempre que, al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de dos estados miembros diferentes o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado o una sucursal en otro estado durante al menos dos años. 3.- Mediante la constitución de una filial. 4.- Mediante la transformación de una sociedad anónima ya existente, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro estado durante al menos dos años. Por otra parte, merece destacarse que la constitución de una Sociedad Anónima Europea, de conformidad con el Reglamento citado únicamente se hace depender que sea una sociedad por acciones con capital suscrito por valor de al menos 120.000 euros. En este sentido, la dimensión ocupacional de la empresa es irrelevante a efectos de la aplicación del Reglamento y de la Directiva 2001/86/CE.
- 13 Véase, LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», *Aranzadi Social*, 2002, n.º 1. En particular, la Directiva relativa a la implicación de los trabajadores en la SE adopta previsiones ya contempladas en la Directiva 94/45/CE tales como la prioridad de la vía negociada en la creación del órgano de representación, la designación de los componentes del órgano representativo en función de los trabajadores ocupados en los distintos Estados en los que existan sociedades participadas por la SE. En este sentido, tal y como indica VALDÉS DAL-RÉ («La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea...», cit., p. 10-11), tomando como fuente de inspiración las premisas del método establecido por la Directiva sobre Comités de empresa europeo se prevé un método de formalización de la participación fundamentado en el acuerdo colectivo; acuerdo, prácticamente desprovisto de reglas de referencia imperativas.
- 14 La parte 2 del Anexo de la Directiva 2001/86/CE desarrolla las disposiciones de referencia sobre información y consulta. En este sentido, se desarrollan (1) la competencia del órgano de representación de los trabajadores, (2) el derecho a reunirse con el órgano competente de la SE al menos una vez al año, (3) la obligación de información y consulta en todas

- aquellas decisiones empresariales que afecten de forma considerable a los trabajadores y, en particular, las relativas a traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos o despidos colectivos y (4) algunos de los aspectos orgánicos del órgano de representación así como de las reuniones entre éste y el órgano competente de la SE.
- 15 ROCCELLA, M. y TREU, T: *ob. loc. ult. cit.* En el sentido ahora indicado, se expresa en el considerando 7.º de la reciente Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por lo que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad que «es necesario reforzar el diálogo social, fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad...».
 - 16 Un buen ejemplo de lo ahora indicado es la reciente Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los representantes de los trabajadores en la Comunidad Europea, en la que las vías institucionales de las indicadas formas de participación se realizará con arreglo a lo dispuesto en las legislaciones y/o prácticas nacionales.
 - 17 *Vid.* artículo 2.3 Directiva 98/59/CE.
 - 18 STJCE de 7 de febrero de 1985 (Asunto Abels). En este sentido, la STJCE de 4 de junio de 2002 (Asunto Beckmann) indica en referencia a la aplicación del mecanismo subrogatorio general que «la excepción a dicha regla prevista en el apartado 3 del mismo artículo ha de ser interpretada de manera restrictiva». Se ha dicho acertadamente que «la interpretación del TJCE busca respetar al máximo el espíritu y finalidad de la Directiva estudiada a través de una interpretación restrictiva de las excepciones, pues, en caso contrario, aumentaría la posibilidad de vulnerar aquéllos y, por tanto, la inseguridad jurídica». MELLA MÉNDEZ, L.: «Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresas», *Aranzadi Social*, n.º 12, 2002.
 - 19 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Transmisión de empresas y derecho europeo», en AA.VV.: *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, p. 43.
 - 20 Se limita el ámbito de aplicación de la Directiva a las empresas que empleen al menos a 50 trabajadores o a los centros de trabajo que empleen al menos a 20 trabajadores a elección de los Estados miembros (art. 3). La limitación del ámbito objetivo de aplicación de los derechos de información y consulta se justifica con la finalidad de evitar «dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y el desarrollo de pequeñas y medidas empresas» (considerando 19).
 - 21 Efectivamente, nos dirá el considerando 9.º de la Directiva que «la información y consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo». Ello se completa en el considerando 13.º en el que se indica que «los marcos jurídicos existentes a nivel comunitario y nacional en materia de información y consulta de los trabajadores están a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento de los procesos de cambio, descuidan los factores económicos de las decisiones y no favorecen una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa ni la prevención de riesgos».
 - 22 En este sentido, indica MOLINA GARCÍA (*La negociación colectiva...*, p. 146) en relación con la articulación de dicho sistema de participación que «la armonización emprendida en cuanto al establecimiento de un modelo participativo a nivel transnacional y nacional europeo, junto con la priorizada intervención normativa de los agentes sociales en la conformación de la política social europea prevista en el Tratado, permite afirmar que ya se han dado los primeros pasos en el establecimiento, a largo plazo, de un futuro sistema de negociación colectiva que logre salvar los problemas que hoy afronta la negociación colectiva europea».
 - 23 PRADAS MONTILLA, R.: «Nuevos avances del derecho a la información y consulta de los representantes de los trabajadores», *Actualidad Laboral*, n.º 29, 2000, p. 514.
 - 24 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, p. 112.
 - 25 Por todas, STJCE de 7 de febrero de 1985 (Asunto Abels).
 - 26 Tal y como indica RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. («Transmisión de empresas y...», cit., p. 5) «las razones pueden ser varias, desde la extensión del campo de aplicación, hasta las diferencias entre los regímenes nacionales hasta el error de enfoque».
 - 27 STJCE de 15 de octubre de 1996 (Asunto Henke). En este sentido, parece claro que la exclusión debe entenderse en sentido estricto y, por tanto, aplicable únicamente a las actividades propias del ejercicio del poder público; no así a las empresas públicas. *Vid.*, asimismo, ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Diritto del lavoro della...*, cit., p. 288.
 - 28 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Transmisión de empresas...», cit., p. 5.
 - 29 La STJCE de 7 de febrero de 1985 (Asunto Abels) considera aplicable la Directiva a los supuestos de suspensión de pagos. Igualmente, en la Sentencia de 25 de julio de 1991 (Asunto D'Urso) indica que será de aplicación a las empresas en situación de administración judicial de las empresas en crisis, aunque se excluye en los supuestos de liquidación.
 - 30 ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Diritto del lavoro della...*, cit., p. 300.

- 31 En este sentido, el legislador se aparta de la posición mantenida por el TJCE que en Sentencia de 7 de diciembre de 1995 (Asunto Spano) había indicado la aplicación de la Directiva en todos sus extremos al supuesto ahora indicado.
- 32 Sobre este punto, véase, en particular, RENTERO JOVER, J.: «Derecho social comunitario y sucesión de empresa», *Aranzadi Social*, 1997-V, p. 383 y ss.; SERRANO OLIVARES, R.: «La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1997; HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «Las contrataciones de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Shmidt a la Sentencia Hernández Vidal», *Aranzadi Social*, 1999-V, pp. 429 y ss.
- 33 Indica RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO («Transmisión de empresas y...», cit., p.13) la introducción de la definición de empresa confirma el abandono del concepto de empresa-actividad a favor del de empresa organización que cristalizado a partir de la indicada Sentencia TJCE de 11 de marzo de 1997 (Asunto Sützen).
- 34 *Vid.*, por todas, las SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 (Asunto Sánchez Hidalgo), de 25 de enero de 2001 (Asunto Oy Liikene Ab).
- 35 STJCE de 24 de enero de 2002 (Asunto Temco Servie Industries). La doctrina de la Sentencia no sólo pone de manifiesto la inadecuación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo a la jurisprudencia del TJCE, sino que además afectará de manera sensible a las subrogaciones derivadas de las cláusulas convencionales al punto que obligará a revisar buena parte de su contenido. *Vid.* CABEZA PEREIRO, J.: «La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara en la Directiva 23/2001/CE. STJCE de 24 de enero de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2002, p. 1.099 y ss.
- 36 La STJCE de 12 de marzo de 1998 (Asunto Dethier, C-319/94) indica que no es necesario que el trabajador despedido sea contratado por el cesionario para considerar que la extinción del contrato próxima a la fecha de la transmisión. Véase también la STJCE de 15 de junio de 1988 (Asunto Bork International).
- 37 El origen de dicha previsión debe buscarse, sin duda en el proyecto Vredeling, sobre la participación de los trabajadores en las empresas con pluralidad de establecimientos o filiales en distintos Estados. Conforme al citado proyecto, los representantes de los trabajadores podían tener acceso al centro de decisión de la empresa, para conocer la situación del conjunto de la empresa.
- 38 ROCCELLA, M. y TREU, T.: *Diritto del lavoro della...*, cit., p. 306.
- 39 Recuérdese que la Directiva Marco 89/391/CEE establece con carácter general el derecho de consulta de los trabajadores o sus representantes en todas las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales en la empresa.
- 40 Directiva 91/533/CEE relativa a la obligación del empleador de informar al trabajador sobre las condiciones aplicables al contrato de trabajo y Directiva 96/71/CE sobre libre circulación de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.
- 41 GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 21.
- 42 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, p. 78.
- 43 MONEREO PÉREZ, J.L.: «La sucesión de empresa (en torno al artículo 44)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 935; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales», *Relaciones Laborales*, n.º 11-12, 2002, p. 170.
- 44 VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», *Relaciones Laborales*, n.º 11-12, 2002, p. 201.
- 45 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *ob. cit.*, p. 202.
- 46 MELLA MÉNDEZ, L.: *ob. cit.*, p. 122.
- 47 GALA DURÁN, C.: «Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable», *Actualidad Laboral*, 1997, pp. 565 y ss. La crítica a esta solución mantenida por un importante sector de la doctrina puede verse en VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en caso de transmisión de empresa», *Relaciones Laborales*, 1996, I, p. 17.
- 48 DEL REY GUANTER («El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRLET», *Temas Laborales*, n.º 61, 2002, p. 337) indica a este respecto que «no creemos que deba aplicarse la continuidad del convenio colectivo del cedente a los trabajadores afectados cuando la transmisión se produzca estando el convenio colectivo en situación de ultraactividad. Sí, sin embargo, cuando estamos ante situación de prórroga anual del convenio colectivo por falta de denuncia o porque así lo han decidido las partes. Tanto el término extensión como de la adhesión deben equiparse a estos efectos al término de la vigencia ordinaria del convenio colectivo o de alguna de sus prórrogas».
- 49 En los sistemas de negociación colectiva articulados sobre distintos niveles negociales, como es el caso español, se plantea en qué nivel debe producirse la sustitución del convenio colectivo para que termine el período de aplicación transitorio del convenio colectivo inicial. Los términos genéricos en los que se ha redactado la Directiva y la norma de transposición española parecen dar a entender, precisamente por su indeterminación, que basta que entre en vigor un nuevo

convenio colectivo, con independencia del nivel negocial de que sea aplicable a la empresa transmitida para que se produzca el efecto transitorio. De este modo, el convenio colectivo podrá ser sustituido tanto por un convenio colectivo de ámbito superior al aplicable como, si es el caso, por una norma colectiva de nivel inferior (empresa o inferior). Sin embargo, en otros Estados miembros se ha optado por soluciones más matizadas. Así, por ejemplo, en Italia el D. Legs. de 2 de febrero de 2001 que corrige algunos defectos de transposición de la normativa comunitaria en la legislación italiana, considera que el efecto de sustitución únicamente debe producirse exclusivamente entre «convenios colectivos del mismo nivel».

- 50 Véase, con carácter general, MELLA MÉNDEZ, L.: *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*, Comares, Granada, 2000; PRADAS MONTILLA, R.: «Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, n.º 65, 2001, pp. 7 y ss.
- 51 STS de 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8688).
- 52 STS de 23 de julio de 1990 (RJ 1990/6453). Entre la doctrina judicial, STSJ Comunidad Valenciana de 9 de febrero de 1999 (AS 1999/815), Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2000 (AS 2000/2282). Así pues cuando se trata de la transmisión parcial de la unidad electoral que se integra en la empresa cesionaria expirará el mandato representativo, salvo las posibles correcciones a través de elecciones parciales que puedan articularse.
- 53 Véase, entre otros, SALA FRANCO, T.: «Efectos laborales de la transmisión de empresas, normas comunitarias y derecho español», *Actualidad Laboral*, 1987, n.º 32, p. 1.765; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un grupo de empresas multinacional», *Actualidad Laboral*, 1990, núms. 40 y 41, p. 506; PEDROSA GONZÁLEZ, J.: «La Directiva 77/187 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas: estudio jurisprudencial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 177, 1997, p. 46.
- 54 GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «El régimen jurídico de la transmisión de empresas en el derecho español», en AA.VV.: *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, p. 182.
- 55 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., p. 170.
- 56 GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 196.
- 57 Ante la ausencia de mayores especificaciones, era a partir del mismo momento de la transmisión que el cesionario estaba obligado a realizar la notificación en sustitución del cedente. *Vid.* GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad...*, cit., p. 204.
- 58 ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *El derecho de información documental del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 79.
- 59 GARRIDO PÉREZ, E.: *La información...*, cit., p. 193.
- 60 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., p. 170.
- 61 Así parece desprenderse de las SSTS de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8046) y 25 de abril de 1988 (RJ 1988/3021). En esta última se indica que «esta falta de notificación puede llegar a tener relevancia para fijar la fecha de la cesión o la verdadera identidad del cesionario, lo que en este caso no se cuestiona al haberse sustituido por la comunicación a cada uno de los afectados con indicación precisa de tales datos». En el mismo sentido, STSJ Andalucía/Sevilla (AS 1993/3108). Entre la doctrina, mantuvo esta interpretación de los efectos MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 277.
- 62 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa...*, cit., p. 96.
- 63 Es sabido que la doctrina ha entendido que la «modificación del satus jurídico» a la que alude el precepto estatutario debe entenderse relacionado con la transformación de sociedades, incluyendo la conversión de un empresario persona física en persona jurídica. *Vid.* GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad...*, cit., p. 191.
- 64 En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ob cit.*, p. 104.
- 65 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 271.
- 66 En este sentido, un sector de la doctrina consideró oportuna una interpretación in extenso de los casos comprendidos en el artículo 64.1.5 ET. En concreto, GONZÁLEZ BIEDMA (*El cambio de titularidad...*, cit., p. 194.) indicó que debía extenderse los límites de la consulta a todos los supuestos de cesión convencional y no sólo a las cesiones, puesto que de no «interpretar en tal sentido, el citado precepto de nuestro Estatuto de los Trabajadores, habría incluso que plantearse la inadecuación de nuestro Derecho interno a esta norma comunitaria»
- 67 GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *ob. loc. ult. cit.*
- 68 PEDROSA GONZÁLEZ, J.: «La Directiva 77/187 sobre mantenimiento...», cit., p. 36.
- 69 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa...*, cit., p. 103.
- 70 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *ob. loc. ult. cit.*

- 71 En relación con la extinción del contrato por causas empresariales, VALDÉS DAL-RÉ («Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», *Relaciones Laborales*, 2002, n.º 11-12, p. 223) considera que únicamente proceden las consultas en los supuestos de despidos colectivos, ya que en la extinción *ex artículo 52 c) ET* no se aplica el período de consultas «en virtud de la Directiva 98/59, que puede entenderse *lex specialis*, a la luz de la cual ha de interpretarse la legislación nacional». Así, en caso de reestructuración empresarial con ocasión de la transmisión de empresa, las extinciones por causas empresariales menores no son de aplicación. Sobre la cuestión volveremos más adelante.
- 72 Tal y como ha declarado el TJCE, la inexistencia de relación contractual entre el cedente y el cesionario no puede excluir el supuesto de una transmisión en el sentido de la directiva. La transmisión puede efectuarse mediante dos contratos sucesivos celebrados por el cedente y el cesionario con la misma persona jurídica o privada (Sentencia de 10 de febrero de 1988, Asunto Daddy's Dance may).
- 73 Así, por ejemplo, se ha considerado aplicable la norma sobre sucesión de empresa en la revisión de la explotación empresarial cedida en arrendamiento a consecuencia de un incumplimiento contractual (STJCE de 17 de diciembre de 1987, Asunto Molle Kro), cuando la autoridad pública pone fin a una subvención a una persona jurídica para transmitir esa subvención a otra que persigue un fin similar (STJCE de 19 de mayo de 1992, Asunto Redmon Stichting), en los casos en que al término de un arrendamiento el empresario se hace cargo de la empresa para venderla posteriormente a un tercero que prosigue su explotación interrumpida desde la terminación del arrendamiento (STJCE de 15 de junio de 1988, Asunto Bork International).
- 74 STJCE de 7 de febrero de 1985 (Asunto Abels).
- 75 Por todos, ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la transmisión...*, cit., p. 13 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 137.
- 76 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F.; y CASAS BAAMONDE, M.E.: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2001, p. 14.
- 77 Véase, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «El régimen jurídico de la transmisión de empresas...», cit., p.168; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Transmisión de empresas en crisis...*, cit., p. 141.
- 78 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales...*, cit., p. 134; MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación de la sucesión de empresa», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2002, p. 200.
- 79 Sobre el particular, más extensamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El mantenimiento de los derechos...», cit., p. 183.
- 80 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La reforma de las Directivas sobre reestructuración empresarial», *Relaciones Laborales*, 1999-I, p. 116; ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, CES, Madrid, 2001, p. 316.
- 81 Sobre la conveniencia de la opción legislativa, véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales...*, cit., p. 138 y ss.; ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *ob. cit.*, p. 333; MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación de la sucesión...», cit., p. 201; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El mantenimiento de los derechos...», cit., p. 195 y ss.
- 82 Proyecto de Ley Concursal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, 23 de julio de 2002).
- 83 Entre la doctrina, véase por todos, CAMPS RUIZ, L.M.: *La problemática de los grupos de sociedades*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 61; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones laborales...*, p. 144; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad...*, cit., p. 140. En este sentido se pronunció en el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de abril de 1999 (RJ 1999/4660) en el que se desestimó la subrogación empresarial entre dos compañías de aviación, puesto que la adquisición de un paquete accionario y la dirección común para las dos empresas «no se traduce en una confusión ni en una sucesión, siempre que se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciado en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus empleados». En el mismo sentido, la doctrina judicial ha confirmado que la transmisión de los paquetes accionariales mayoritarios no constituye un cambio de titularidad de la empresa en los términos legalmente previstos. *Vid.* SSTSJ País Vasco de 26 de marzo de 2002 (AS 2002/1528), Galicia de 13 de mayo de 1998 (AS 1998/1427), Cataluña de 5 de octubre de 1995 (AS 1995/3965). No obstante, en algún caso se ha planteado la posibilidad de que la adquisición de participaciones pueda ser considerada en ocasiones como un supuesto de sucesión de empresa, en tanto que englobaría los supuestos encubiertos de cambios en el control de la organización productiva, en los que este cambio es real pese a la aparente continuidad de la persona jurídica. *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Fusiones y escisiones: aspectos laborales» en AA.VV.: *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, p. 124-133. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: Problemas y soluciones*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 53.
- 84 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 233.

- 85 ROMERO BURILLO, A.M. y MORENO GENÉ, J.: «La adquisición de participaciones societarias como fenómeno de huída del derecho del trabajo», *Aranzadi Social*, 1999-V, p. 566.
- 86 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER URGINA, 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 AA.VV. (COORD. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.): *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 236.
- 87 ROMERO BURILLO, A.M. y MORENO GENÉ, J.: *ob. cit.*, p. 566.; BAZ RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 35 con cita de jurisprudencia.
- 88 ROMERO BURILLO, A.M. y MORENO GENÉ, J.: *ob. cit.*, p. 557.
- 89 Aplicando la lógica anterior, se ha considerado que el mantenimiento de la personalidad jurídica propia dentro del grupo no representa una fusión ni tampoco una absorción. Por consiguiente, no cabe considerar la aplicación del artículo 44 ET. *Vid.* STS de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991/1889).
- 90 ROMERO BURILLO, A.M. y MORENO GENÉ, J.: *ob. cit.*, p. 555.
- 91 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., 2002, p. 230.
- 92 *Vid.* artículos 4 y 7 y Anexo (Parte 2 y 3) de la Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.
- 93 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 238; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídicolaboral de los grupos de empresas*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 75.
- 94 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *ob. loc. ult. cit.*
- 95 Posición común n.º 1/2001, de 19 de junio de 2000, aprobada por el Consejo, con vistas a la adopción de la Directiva en materia de Derecho de Sociedades relativa a ofertas públicas de adquisición.
- 96 Artículo 6.3.h) de la posición común n.º 1/2001, de 19 de junio de 2000, aprobada por el Consejo, con vistas a la adopción de la Directiva en materia de Derecho de Sociedades relativa a ofertas públicas de adquisición.
- 97 Artículo 91.b) del citado proyecto de Directiva.
- 98 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 238. En contra, TAPIA HERMIDA («Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y del derecho interno español (la necesidad urgente de una reinterpretación)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 195, 1999, p. 74) quien considera que por más que constituya un cambio real no puede hablarse en tal caso de transmisión de empresa.
- 99 Se pronuncia a favor de tal posibilidad, BAZ RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 239.
- 100 SERRANO OLIVARES, R.: «La noción de empresa...», cit.
- 101 STJCE de 25 de enero de 2001 (Asunto C-172/99, Oy Liikenne Ab), indica que la explotación de una línea urbana de autobuses no puede entenderse que sea una actividad que descansa fundamentalmente sobre la mano de obra, «puesto que exige un material e instalaciones importantes, por consiguiente, la inexistencia de transmisión del antiguo al nuevo concesionario de los elementos materiales del activo utilizados para la explotación de las líneas de autobuses de que se trata constituye una circunstancia que ha de tomarse en consideración».
- 102 GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «Cambio de contrata y sucesión de empresa, en especial a la luz del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2002, p. 320.
- 103 STJCE de 10 de diciembre de 1998 (Asunto Gómez Pérez).
- 104 En este sentido, véanse, entre otras, las SSTS de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000/4624), de 26 de abril de 1999 (RJ 1999/4532). Indica el Tribunal que «en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista, salvo que lo imponga el pliego de condiciones (...) si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues en caso contrario lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el artículo 44 ET». Véase, sobre el particular, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: «El concepto de transmisión de empresa en la jurisprudencia española», *Relaciones Laborales*, 2000, T-II, pp. 524 y ss.
- 105 Indica la STS de 8 de junio de 1998 (RJ 1998/6693) que la «norma sectorial ha de ser interpretada restrictivamente, puesto que viene a constituir una excepción de la regla general, y en tal sentido, cuando exige que los siete meses inmediatamente anteriores a la sucesión en la contrata o concesión el trabajador esté destinado a ella, salvo las ausencias reglamentarias, ha de ser aplicado literalmente, de modo que no cabe incluir en dicho período de permanencia la ausencia del trabajador durante un mes en que estuvo destinado a otro local, del que regresó después».

- ¹⁰⁶ *Vid.*, entre las primeras sentencias sobre el conjunto de pronunciamientos de la concesión del *handling* las SSTs de 29 de febrero 2000 (RJ 2000/2413) y 11 de abril de 2000 (RJ 2000/3946). Más recientemente, reitera la misma doctrina, la STS de 11 de julio de 2002 (núm. recurso 982/2001), STS de 18 de septiembre de 2002 (núm. recurso 48/2001). *Vid.* también, BORRAJO DACRUZ, E.: «Sucesión de empresas y cambio de empresario en el contrato de trabajo sin transmisión patrimonial», *Actualidad Laboral*, n.º 29, 2000, pp. 2.983 y ss.
- ¹⁰⁷ En relación con ello, algunos convenios colectivos prevén que la empresa entrante deba garantizar que los trabajadores de la anterior contratista se les destina a puestos de trabajo de conformidad con la clasificación profesional que ostentan. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 19 del Cc. de las empresas organizadoras del juego del Bingo de Cataluña (DOGC de 22 de agosto de 2001) que condiciona la aplicación de la garantía subrogatoria al hecho de que la empresa saliente no pueda asignar al personal de la anterior contratista a un puesto de trabajo de su categoría profesional.
- ¹⁰⁸ Por todas, STS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000/2413).
- ¹⁰⁹ El litigio se suscita entre Temco Service Industries SA empresa de limpieza titular de un contrato de limpieza de las instalaciones industriales de Volkswagen Bruxelles y dos trabajadores de la General Maintenance Contractors (GMC) que, inmediatamente antes, había sido encargada de las mismas prestaciones, como subcontratista de la empresa titular de la limpieza en el citado centro de Volkswagen. El convenio de limpieza de 1993 aplicable establecía que en la situación de cambio de contrato de mantenimiento diario subsiguiente a una nueva adjudicación o como consecuencia de la decisión del cliente, el empresario tratará –en la medida de lo posible– de continuar los contratos de trabajo en el seno de la empresa, mediante el traslado de los obreros o mediante una reorganización. Asimismo establece que la empresa que obtenga el contrato estará obligada a ofrecer, al menos, el 75% de los puestos de trabajo que existan en el lugar de trabajo con posterioridad al traslado a los obreros que ella misma seleccionará de entre los que formaban parte del equipo de la empresa que pierda el contrato, siempre que dichos obreros tengan una experiencia mínima de seis meses.
- ¹¹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «Cambio de contrata y sucesión de empresa, en especial a la luz del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2002, p. 327; CABEZA PEREIRO, J.: «La subrogación empresarial en las contrata de limpieza sí se ampara en la Directiva 23/2001/CE. STJCE de 24 de enero de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2002, p. 1.102.
- ¹¹¹ STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/9100). *Vid.* en relación con dicha Sentencia BLANCO MARTÍN, J.M.: «La subrogación empresarial en la actividad de limpieza de edificios y locales», *Relaciones Laborales*, 2000, tomo I, pp. 872 y ss.
- ¹¹² *Vid.*, por todas, la STS de 11 de julio de 2002 (núm. recurso 982/2001).
- ¹¹³ Sentencia de 25 de julio de 1991 (Asunto D'Urso y otros).
- ¹¹⁴ Sentencia de 16 de diciembre de 1992 (Asunto Katsikas y otros).
- ¹¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *Aranzadi Social*, 2001, n.º 18, pp. 2 y ss.; RÍOS SALMERÓN, B.: «El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?», *Revista de Derecho Social*, n.º 14, 2001, pp. 55 y ss.; MARTÍNEZ GARRIDO, L.: «Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma indispensable», *Actualidad Laboral*, 2001, n.º 36, pp. 764 y ss.; GUALDA ALCALÁ, F.J. y LILLO PÉREZ, E.: «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, 2001, n.º 21, pp. 140 y ss.; MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, M.: «El privilegio procesal de ejecución separada del crédito salarial; un privilegio en eminente peligro de extinción», *AJA*, núm. 509, pp. 3 y ss.; ALAMEDA CASTILLO, M.T.: «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *Actualidad Laboral*, 2002, n.º 32, pp. 660 y ss.
- ¹¹⁶ La extinción o suspensión de las relaciones laborales únicamente podrá solicitarse una vez que los administradores judiciales hubieren emitido el informe sobre la situación del concursado. El plazo máximo establecido por la Ley es de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación del cargo de administradores por dos de ellos (arts. 74 y ss. Ley Concursal). Ahora bien, el propio artículo 64.1 de la Ley Concursal contempla la posibilidad de que se solicite con anterioridad si existen razones que pueden comprometer la futura viabilidad de la empresa. Corresponde al juez del concurso decidir acerca de la presencia de tales razones.
- ¹¹⁷ Véanse las críticas a esta opción legislativa en ALAMEDA CASTILLO, M.T.: «La proyectada reforma concursal...», cit., pp. 680 a 682.
- ¹¹⁸ Véanse los artículos 99 a 141; y 142 a 163 en relación con el convenio y la liquidación respectivamente.
- ¹¹⁹ Sobre el contenido del convenio, los artículos 100 y ss. Ley Concursal indican que contendrá las proposiciones de quita o de espera. Además podrá contener proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores acerca de otras fórmulas de satisfacción de su crédito, tales como la conversión del crédito en participaciones sociales, en créditos participativos, en acciones o cuotas sociales.
- ¹²⁰ *Vid.* artículos 142 y ss. Ley Concursal.

- 121 Indica ALAMEDA CASTILLO («La proyectada reforma concursal...», cit., p. 683) «se echa de menos una potenciación de los canales de diálogo, consulta y negociación que viabilice el mantenimiento del empleo a través de fórmulas transaccionales y negociadas de la conservación de la actividad empresarial».
- 122 ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *ob. cit.*, p. 680.
- 123 Indica el apartado 3 del artículo 148 que «el juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas supletorias».
- 124 VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas...», p. 220; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresa», *Aranzadi Social*, 2002, n.º 7 (versión electrónica), p. 4.
- 125 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *ob. loc. ult. cit.*
- 126 SEMPERE NAVARRO, A.V.: *ob. loc. ult. cit.*
- 127 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Transmisión de empresas...», cit., p. 31.
- 128 DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRLET», *Temas Laborales*, n.º 61, 2002, p. 341.
- 129 Sentencia de 15 de junio de 1988 (Asunto Bork internacional y otros). La circunstancia de que el personal del cedente fuera despedido solamente unos días antes de la fecha en que el cesionario se hizo cargo del personal, lo que demuestra que el motivo del despido fue la transmisión de la actividad, no puede tener por efecto privar a los trabajadores de su derecho a que su contrato de trabajo continúe con el cesionario. En términos similares, la Sentencia de 12 de marzo de 1998 (Asunto Jules Dethier Equipement).
- 130 STS de 24 de julio de 1995 (RJ 1995/6331).
- 131 ESTEVE SEGARRA, M.A.: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 232.
- 132 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...», cit., p. 5.
- 133 VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión...», cit., p. 219; DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión...», cit., p. 341.
- 134 En idéntico sentido, el artículo 7.7 de la misma Directiva, refiriéndose a la información individual a los trabajadores, indica que «los Estados miembros dispondrán que, en caso de que en una empresa o en un centro de actividad, por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores, no hubiere representantes...».
- 135 Redacción dada por la Directiva 98/50/CE. El artículo 6.5 de la citada Directiva contempla en términos imperativos la obligación de informar a los trabajadores individuales; supuesto meramente facultativo para los Estados en la redacción inicialmente por la Directiva 77/187/CEE.
- 136 MOLINA NAVARRETE, C.: «El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo...», cit., p. 153.
- 137 Por el contrario, VALDÉS DAL-RÉ («Las garantías colectivas en la transmisión...», cit., p. 221) entiende que en la empresa cedente debe entenderse que son afectados todos los trabajadores, mientras que en la empresa cesionaria solamente aquellos que vean alteradas sus condiciones de trabajo a consecuencia de la transmisión.
- 138 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...», cit. 4.
- 139 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Transmisión de empresas y...», cit., p. 38.
- 140 Sobre los principales aspectos de la filialización como estrategia de organización empresarial, véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Filialización. Grupos de empresas», en AA.VV.: *Descentralización productivas y nuevas formas organizativas del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pp. 630 y ss.
- 141 El requisito de que el objeto de la transmisión sea una unidad productiva autónoma, con capacidad para ser explotada de forma independiente, ha sido flexibilizado por la jurisprudencia que no exige que en el momento inmediatamente anterior al cambio de titularidad hubiera una absoluta autonomía de dicha unidad. En este sentido, no perjudica la caracterización del elemento objetivo de la transmisión el hecho de que la actividad desarrollada entre la matriz y la unidad segregada fuera la misma. De este modo, el elemento determinante es la existencia de una unidad productiva diferenciada susceptible de operar de modo autónoma en caso de segregación. *Vid.* sobre el particular, MORENO GENÉ, J.: «Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización» en AA.VV.: *Descentralización productivas...*, cit., p. 713.
- 142 En relación con las consecuencias jurídico-laborales de la escisión de empresas y la aplicación de la disciplina subrogatoria, véase RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «Escisión de empresas y externalización de servicios» en AA.VV.: *Descentralización productivas...*, cit., pp. 371 y ss.
- 143 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 490.
- 144 *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ BARREIRO, G.: «Notas de descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *REDT*, 1999, n.º 94, pp. 171 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *Relaciones Laborales*, 1999, n.º 20, pp. 32 y ss.

- 145 BELTRÁN MIRALLES, S.: «Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas» en AA.VV.: *Descentralización productivas...*, cit., pp. 695 y ss.
- 146 Vid. GALIANA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.: «Problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un grupo de empresas multinacional», *Actualidad Laboral*, 1990, pp. 498 y ss.; CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 55 y ss. Más recientemente, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 76 y ss, quienes incluyen propuestas de *lege ferenda* sobre el particular.
- 147 MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral...*, cit., p. 102.
- 148 Tal y como ha indicado la doctrina (MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral...*, cit., p. 70), a pesar de la centralidad de los procesos de transmisión de unidades económico-jurídico autónomas menores «dentro de un mismo grupo y pese a la reciente reforma legislativa experimentada por el artículo 44 LET, el precepto no contiene más referencia que el apartado 10».
- 149 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 490.
- 150 MOLINA NAVARRETE, C.: «El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, 2001, núm. 221-222, p. 155.
- 151 MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral...*, cit., p. 104.
- 152 STJCE de 29 de marzo de 2001 (Asunto Bofrost).
- 153 En particular, en el marco de la citada Directiva sobre despidos colectivos, se indica que la adaptación al ordenamiento interno implica la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los representantes de los trabajadores con vistas al cumplimiento de las obligaciones que establecen los artículos 2 y 3 de la Directiva. En este sentido, debe contarse con los representantes de los trabajadores, aun cuando la normativa de uno de los Estados indique que se trate de una cuestión de regulación voluntaria entre los agentes sociales. Así pues, se llega a la conclusión de que no es conforme a la Directiva una norma nacional que no prevea la consulta con los representantes de los trabajadores, con el fin de llegar a un acuerdo y que no precise que las consultas deben tratar, cuando menos, de las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos, así como de las posibilidades de atenuar sus consecuencias. En otras palabras, los Estados miembros tienen la obligación de alcanzar íntegramente el resultado claro que imponen las Directivas sin que quepa la posibilidad de hacer que dicho resultado dependa enteramente de la voluntad del empresario.
- 154 Así, el Parlamento Europeo, en Resolución de 17 de febrero de 2000, se mostró muy crítico con determinados procesos de reestructuración empresarial en la que no se cumplieron las obligaciones de información y consulta. Al punto que, en relación con la fusión entre ABB y Alsthom, en la que el comité de europeo de ésta no fue informado ni antes, ni durante ni después del proceso de fusión, pidió a la Comisión que no autorizara fusiones u otras opciones similares «si las empresas de que se trate no respetan la normativa social europea, principalmente en lo relativo a la información y consulta de los trabajadores». En sentido similar, la Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía en informe que eleva a la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales en reunión de 29 de mayo indica entre sus conclusiones que para «garantizar el cumplimiento de la Directiva 94/45/CE, es oportuno prever que las sanciones en caso de incumplimiento sean adecuadas y disuasivas, en particular, la anulación de las decisiones tomadas en infracción de los procedimientos de información y consulta».
- 155 En este sentido, la propuesta de Directiva del Consejo, por el que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores (DOCE de 5 de enero de 1999) contemplaba los efectos de la infracción de los deberes de información y consulta. En concreto el artículo 7 de la citada propuesta indicaba «Los Estados miembros preverán las sanciones adecuadas aplicables en caso de infracción de las disposiciones de la presente Directiva por el empleador de las obligaciones de información y consulta sobre las decisiones contempladas en la letra c) del apartado 1 del artículo 4 que tendrían consecuencias directas e inmediatas en términos de modificación sustancial o de ruptura de los contratos o de las relaciones de trabajo, dichas decisiones no producirán efectos jurídicos en los contratos o las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados. La no producción de efectos jurídicos subsistirá en tanto en cuanto el empleador no haya cumplido sus obligaciones o, si ello resulta imposible, si no se ha establecido una reparación adecuada según las modalidades y los procedimientos que han de establecer los Estados miembros». En el mismo artículo se precisaba qué debía entenderse por infracción grave de las indicadas obligaciones: «a) la ausencia total de información y/o consulta de los representantes de los trabajadores antes de la toma de decisión o del anuncio público de ésta, o bien b) la retención de informaciones importantes o la expedición de informaciones inexactas cuando tengan por resultado hacer inefectivo el ejercicio del derecho a la información y la consulta».
- 156 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., p. 401.
- 157 CARABELLI, U. y VENEZIANI, B.: «Il trasferimento di azienda in Italia» en AA.VV.: *La transmisión de empresa...*, cit., p. 120.

- 158 SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La sucesión de empresas...», cit., p. 188.
- 159 SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *ob. loc. ult. cit.*
- 160 DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión...», cit., p. 341.
- 161 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos en la transmisión...», cit., p. 5.
- 162 VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión...», cit., p. 221.
- 163 SEMPERE NAVARRO, A.V.: *ob. loc. ult. cit.*
- 164 Así, por ejemplo, si los motivos aducidos por la empresa son realmente justificativos de la transmisión o si dichos motivos se presentan de manera parcial.
- 165 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER URGINA, J.R.: «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44...», cit., p. 257.
- 166 *Vid.* Recomendación núms. 129 y 163 OIT, así como el artículo 6.2 de la Directiva 2002/14/CE. Ambas normas permiten que, de conformidad con las legislaciones nacionales, no se transmita la información que pueda considerarse perjudicial para la empresa.
- 167 Sobre el particular, *vid.* BOZA PRO, G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 191.
- 168 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER URGINA, J.R.: «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001...», cit., p. 257.
- 169 *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos en la transmisión...», cit., p. 5.
- 170 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER URGINA, J.R.: «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001...», cit., p. 254.
- 171 La cuestión se abordó con mayor detenimiento a propósito de la delimitación del sujeto activo del cumplimiento de la obligación. Consiguientemente, nos remitimos a las consideraciones allí vertidas. *Vid.*, asimismo, DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión...», cit., p. 341.
- 172 DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen jurídico laboral de la sucesión...», cit., p. 341.
- 173 *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión...», cit., p. 220.
- 174 VALDÉS DAL-RÉ, F.: *ob. loc. ult. cit.*
- 175 En este sentido, indica acertadamente la doctrina que «en puridad, hubiera sido deseable que tanto cedente como cesionario informaran a los representantes de los trabajadores o, en su caso, a los trabajadores directamente, por escrito, como mecanismo de control de que se cumple tal deber y de que se cumple adecuadamente» (OJEDA AVILÉS, A.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Transferencia de empresas: un análisis comparado de la transposición al derecho italiano, francés, belga, alemán, inglés y español» en AA.VV.: *La transmisión de empresas...* cit., p. 304).
- 176 STCT de 26 de abril de 1989 (RJ 187).
- 177 STCT de 26 de abril de 1989 (RJ 187).
- 178 Sin embargo, SEMPERE NAVARRO («Sobre los aspectos colectivos...», cit., p. 5) entiende que la forma escrita se infiere del tenor literal de la Ley.
- 179 *Vid.* artículo 94 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 58 de la Ley del Régimen de las Sociedades de Garantía Recíproca; y, en fin, la generalización del régimen de la fusión a todas las sociedades mercantiles en el Reglamento del Registro Mercantil. Ahora bien, la LSA actúa como punto de referencia, aplicable por vía directa o analógica, en relación a la fusión de otras entidades mercantiles (LARGO GIL, R.: *La fusión de sociedades mercantiles*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 119).
- 180 Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...*, p. 415.
- 181 *Vid.* OLEO BANET, F.: *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 56 y ss.
- 182 Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.: *ob. loc. ult. cit.*
- 183 STSJ Andalucía/Sevilla, de 14 de enero de 2000 (AS 2000/3646). En el mismo sentido, SSTSJ Cataluña de 2 de mayo de 2001 (AS 2001/2575), País Vasco de 11 de diciembre de 1996 (AS 1996/4134).
- 184 RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «Escisión de empresas...», cit., p. 374.
- 185 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 280. En el mismo sentido, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa...*, cit., pp. 190 y ss.
- 186 Es oportuno recordar que el TJCE [Sentencia de 8 de junio de 1994 (Comisión vs. Reino Unido)] consideró que no se ajustaba al procedimiento de consultas recogido en la normativa comunitaria sobre transmisión un intercambio de información entre representantes de los trabajadores y empresario consistente en tomar en consideración todas las observaciones que formulen dichos representantes, a responder a tales observaciones y si las rechazan a indicar los motivos del rechazo. Y ello porque tal intercambio de información no se ajustaba a la obligación de consultar con vistas a la consecución de un acuerdo previsto en la Directiva.
- 187 ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *El derecho de información...*, cit., p. 78.

- 188 VALENZUELA GARANCH, F.: *La información en la sociedad anónima y en el mercado de valores*, Madrid, 1993, p. 185.
- 189 ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *El derecho de información documental del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 262.
- 190 El titular del derecho puede elegir entre el examen en el domicilio social, la entrega de una copia o la remesa de la información por correo. En los mismos términos que los socios, obligacionistas y otros sujetos con derechos preferentes gozan de los indicados derechos de información. Vid. ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *ob. loc. ult. cit.*
- 191 GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa...*, cit., p. 207.
- 192 GARRIDO PÉREZ, E.: *ob. loc. ult. cit.*
- 193 ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *ob. cit.*, p. 283.
- 194 Ello obliga a los administradores de las sociedades participantes en el proceso de escisión a elaborar una relación de bienes, derechos y obligaciones que se segregan del patrimonio de la escindida para atribuirlos a cada una de las sociedades beneficiarias. Tal y como indica la doctrina (OLEO BANET, F.: *La escisión...*, cit., p. 176) «el grado de precisión del proyecto en cuanto a la designación y reparto de los elementos que forman el conjunto patrimonial escindido ha de ser aquel que asegure suficientemente la finalidad de información y transparencia que persigue el proyecto para socios y acreedores. Ello no exige una enumeración exhaustiva y completa de todos y cada uno de los elementos a transmitir por escasa que fuese su entidad. El criterio determinante de la suficiencia será el de la determinabilidad del objeto».
- 195 En particular, la Ley exige la inclusión en el proyecto de escisión de un conjunto de menciones específicas relativas a la relación de cambio entre las sociedades que se escinden y las beneficiarias de la escisión. Así, el artículo 235 LSA se alude a la determinación y procedimiento de canje de las acciones de la sociedad escindida por los títulos de las sociedades beneficiarias y la fecha a partir de la que se imputarán a efectos contables a las sociedades beneficiarias de la escisión las operaciones realizadas por la sociedad escindida.
- 196 Vid. ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *ob. cit.*, pp. 287 y ss. En relación con el contenido de la fusión, la LSA únicamente exige que el informe contenga si el tipo de canje de acciones propuesto está o no justificado, los métodos seguidos para establecerlo, pronunciándose sobre su adecuación al supuesto concreto, y las posibles dificultades que hubieren surgido en la valoración.
- 197 Indica en este sentido LARGO GIL (*La fusión de sociedades mercantiles...*, cit., p. 433) que «el proyecto de fusión y los informes sobre el mismo son documentos complementarios desde un punto de vista funcional y de manera sucesiva; esto es, cada uno de esos documentos está llamado a cubrir un campo diferente, pero colindante en orden al cumplimiento de la función última informadora que desempeñan en la etapa previa de la fusión de sociedades». Desde este punto de vista, el informe de los administradores no se pueden limitar a parafrasear el contenido mínimo del proyecto de fusión y limitarse a confirmar que se cumplen con las prescripciones legales.
- 198 Ya ha quedado dicho que entre el contenido potestativo del proyecto de fusión o escisión que deben elaborar los administradores de las sociedades pueden incluirse los efectos laborales de la operación. Del mismo modo, cuando el artículo 44.6 a) alude a los motivos de la transmisión, se coincidirá de manera sumaria con las consideraciones contenidas en el antedicho proyecto de fusión.
- 199 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 248.
- 200 ROMERO FERNÁNDEZ, J.A.: *El derecho de información...*, cit., p. 369.
- 201 Por el contrario, un sector de la doctrina (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER URGINA, J.: «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001...», cit., p. 256) considera que en los supuestos en los que la escisión o fusión de las sociedades se produzca en junta universal, y por tanto, sin cumplimentar los trámites informativos del artículo 238 LSA no podría adoptarse el acuerdo sin facilitar la información a los representantes de los trabajadores. En particular se indica que «el párrafo segundo del artículo 44.8 ET no cae en la cuenta de que la fusión y escisión puede acordarse por los accionistas o socios en junta universal, sin que en dicho supuesto sea preciso publicar la convocatoria de junta, al amparo de lo previsto en los artículos 99 LSA y 48 LSRL. Siendo así y en la medida en que el derecho de información puede quedar cercenado por la omisión del requisito de la convocatoria de la junta, ni desde el punto de vista mercantil, ni desde la perspectiva laboral, debe probablemente defenderse una interpretación teleológica del deber de información establecido por el artículo 44.8 ET, de manera que el acuerdo de fusión en junta universal no debería poder adoptarse sin haber puesto previamente a disposición de los representantes legales de los trabajadores la información reseñada en el artículo 238 LSA y en el 44.8 ET, pudiendo entenderse en este supuesto que ese deber sólo quedaría cumplido si al menos quince días antes de la celebración de la junta universal (por aplicación analógica del plazo que debe transcurrir entre la convocatoria y la celebración de la junta, de conformidad con el artículo 97 LSA) se pusiera a disposición de los representantes de los trabajadores la referida información».
- 202 CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión...*, cit., p. 247.
- 203 GALLANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas laborales...», cit., p. 505.
- 204 Vid. GIL GIL, J.L.: «Aspectos laborales de la fusión y escisión de sociedades», *Documentación Laboral*, núm. 31, 1990, p. 87; ESTEVE SEGARRA, M.A.: *Grupo de sociedades...*, cit., p. 227 y la doctrina citada por la autora.

- 205 MOLINA NAVARRETE, C.: «El último capítulo de la primera fase de la reforma...», cit., p. 154.
- 206 Resolución del Parlamento Europeo de 17 de febrero de 2000.
- 207 *Vid.*, entre otros, CUEVAS LÓPEZ, J.: *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Aranzadi, Madrid, 1982, p. 246; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., p. 257.
- 208 GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa*, CES, Madrid, 1995, p. 87.
- 209 GARRIDO PÉREZ, E.: *ob. cit.*, p. 90. En el mismo sentido, pp. 91, 126 y 296.
- 210 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., p. 260.
- 211 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos en la transmisión...», cit., p. 6.
- 212 De conformidad con la doctrina (GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa...*, cit., p. 191), se trata de la transformación de sociedades, incluyendo la conversión de la persona física en jurídica y viceversa. *Vid.* sobre el particular, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión...*, cit., pp. 405 y ss.
- 213 *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: *ob. cit.*, p. 280; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *ob. cit.*, pp. 194-195.
- 214 Interpretación sostenida por la doctrina. *Vid.* GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *ob y loc. ult. cit.*
- 215 Interpretación propugnada por la doctrina. *Vid.* ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales...*, cit., p. 127; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *ob. cit.*, p. 193-194.
- 216 GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *ob. cit.*, p. 208; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, cit., p. 443.
- 217 MONEREO PÉREZ, J.L.: *ob. cit.*, p. 445.
- 218 GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *ob. cit.*, p. 210.
- 219 Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...*, cit., p. 293. En contra, MOLINA NAVARRETE, C.: «El último capítulo de la primera fase de la reforma...», cit., p. 154.
- 220 En este sentido, no el cedente ni el cesionario, ni el trabajador ni sus representantes pueden excepcionar la aplicación de tal principio (STJCE de 25 de julio de 1991, Asunto D'Urso y otros).
- 221 SSTJCE de 16 de diciembre de 1992 (Asunto Katsikas y otros C- 132/91), 12 de noviembre de 1998 (Asunto Europeíces y Sanders).
- 222 STJCE de 24 de enero de 2002 (Asunto Temco).
- 223 Así, a modo de ejemplo, tras la reforma del artículo 2.112 c.c. italiano, operado por el D.Legs. 18/2001, se reconoce el derecho del trabajador a dimitir cuando de la operación de transmisión se deriven modificaciones sustanciales en los tres meses posteriores a ésta.
- 224 Posición mantenida tradicionalmente por la jurisprudencia (*vid.*, entre otras, SSTS de 25 de abril de 1988 (RJ 1988/3021), de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8046), así como por la práctica totalidad de la doctrina científica.
- 225 CARABELLI, U. y VENEZIANI, B.: «Il trasferimento di azienda...», cit., p. 126.
- 226 STJCE, de 8 de junio de 1994 (Comisión vs. Reino Unido).