

EFFECTOS COLATERALES DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL

Por **Juan de Dios Camacho Ortega**
Magistrado

Laboratorio ALAS 2010

Algeciras (Cádiz), 8 de abril de 2010

1.- Una buena frase para empezar:

El derecho es fascinante, basta con verlo a través de las gafas correctas. [SOBRE LA AUDITORÍA SOCIAL]

2.- El art. 44 ET y su grupo normativo *nacional* (arts. 51.11 ET y 311.2 CP):

Art. 44 ET.

Art. 51.11 ET: En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma, únicamente será aplicable lo dispuesto en el art. 44 de esta ley, cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto.

Art. 311.2 CP: Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

1º.- Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

2º.- Los que, en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

3º.- Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación, se impondrán las penas superiores en grado.

3.- Los supuestos legales:

3.1.- La ley distingue dos tipos principales de sucesión de empresa:

Total: que implica el cambio de la titularidad empresarial.

Parcial: que implica el cambio de la titularidad de un centro de trabajo empresarial o de una unidad productiva autónoma.

Como puede fácilmente observarse, lo importante es que el cambio de titularidad se refiera a una *entidad económica* compuesta de un conjunto de medios organizados y susceptible de explotación aislada (aunque precise de algunos retoques).

3.2.- La ley, además, nos dice que, tanto la sucesión total como la parcial, pueden producirse por actos *inter vivos* ó por actos *mortis causa*.

3.2.1.- La sucesión por actos *inter vivos*. Algunos problemas de delimitación práctica:

-Existe sucesión en el arrendamiento de empresa, no en el arrendamiento de local de negocio.

En el primer caso, además del local, se transmite la maquinaria, clientela...

La finalización del contrato de arrendamiento de empresa, al suponer la reasunción por el arrendador del objeto arrendado, constituye, a su vez, un supuesto de cambio en la titularidad de la empresa, a efectos de aplicación del art. 44 ET.

-Existe en la creación de una sociedad filial, a la que se transmite el conjunto organizado de bienes que permitía el desarrollo de la actividad *externalizada* por la sociedad matriz.

-No existe sucesión en la adquisición de la totalidad incluso de las participaciones o acciones de una sociedad mercantil.

Y es que, en este caso, lo único que se adquiere es la titularidad de la sociedad que es titular de la empresa, pero no la titularidad de esta última (STS 29/XI/94).

-Existe sucesión en la transformación de la naturaleza jurídica del titular de la empresa (por ejemplo, de persona física a jurídica o de sociedad de responsabilidad limitada a sociedad anónima), pero no cuando esta transformación da lugar a una sociedad anónima laboral (por todas, vid. la STS 11/VII/01).

-El más que complejo caso de las contrataciones mercantiles de obras o servicios y de las concesiones administrativas:

a.- Regla general:

Habrá sucesión de empresa sólo en el caso de que se transmitan, además de la contrata o de la concesión, los elementos patrimoniales necesarios para la realización de la obra o servicio en cuestión.

Por eso, si esta aportación no existe, cuando finalice la contrata tampoco existirá un supuesto de sucesión en la titularidad de la empresa, a efectos de aplicación del art. 44 ET, si el empresario principal pasa a desempeñar por sí mismo la actividad anteriormente contratada. [Ni tampoco en el caso de que el empresario principal proceda a la celebración de otra contrata con un nuevo contratista].

[En los casos de aportación y sucesión de contratistas, por ejemplo, y aunque el TS haya admitido la validez de contratos para obra o servicio determinado vinculados a la duración de una contrata, como ha habido sucesión de empresa con continuación, pues, de la actividad, no cabe entender que haya podido finalizar el contrato para obra o servicio determinado celebrado con el primer contratista, sino que continúa con el contratista sucesor.

De esta guisa, la extinción del contrato temporal por finalización de la primera contrata efectuado por el primer contratista, debe calificarse de despido improcedente; siendo la segunda empresa contratista la condenada a readmitir o a indemnizar, dado que se ha convertido en empleadora del trabajador y es la que está obligada a darle trabajo y a retribuir sus servicios.]

b.- Reglas especiales (de interpretación restrictiva):

1ª.- STS 27/X/04 (que se apoya en la jurisprudencia vinculante del TJCE):

Cuando se trata de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra, la mera sucesión de contratas o concesiones implica la sucesión de empresa.

En efecto, en diversas sentencias del TJCE se mantiene el criterio de que, a efectos de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, en determinados sectores, puede constituir una entidad económica a efectos de transmisión, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, cuando el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial del personal que el empresario anterior destinaba a dicha tarea (por todas, **STJCE 24/I/02**).

2ª.- Cuando así lo imponga el convenio colectivo estatutario y aplicable a ambas contratistas/concesionarias (entrante y saliente).

Aquí, por ejemplo, la subrogación puede dar lugar a dos contratos a tiempo parcial, con el contratista anterior y con el nuevo; si así lo prevé el convenio colectivo aplicable (**STS 18/IX/00**).

[Y si el convenio colectivo exige que el contratista saliente cumpla determinadas obligaciones de información respecto del entrante, su incumplimiento impide el funcionamiento del mecanismo subrogatorio; continuando los contratos de trabajo con el contratista saliente]

3ª.- Cuando así lo imponga el pliego de condiciones de la concesión administrativa, a la empresa entrante.

**Muy importante
(STS 25/VI/03)**

En los casos de *subrogación* de origen legal o convencional, el trabajador está obligado a *pasar* a la plantilla de la nueva empresa. [Alguna excepción la encontramos, por ejemplo, en el caso de los empleados de hogar, personal de alta dirección y periodistas].

En cambio, no lo está cuando la *subrogación* es de origen contractual.

En todo caso, el alcance de la subrogación convencional o contractual (a través de concesión) será el del art. 44 ET, en tanto que el convenio o el pliego de condiciones no establezcan algo distinto.

3.2.2.- La sucesión por actos *mortis causa*.

La ley prevé dos supuestos de sucesión de empresa *mortis causa*:

1º.- Cuando los herederos del empresario fallecido deciden continuar la actividad de la empresa.

Pero la jurisprudencia (STS 18/XII/90) permite a los herederos que continúen la empresa para liquidarla durante un cierto tiempo prudencial, que varía según la complejidad de la empresa, sin que se entienda que han decidido continuar la actividad de ésta.

[Cuando la transmisión se produce por sucesión *mortis causa*, la responsabilidad de los herederos está garantizada por las normas generales en materia de sucesión establecidas en el CC, salvo que la aceptación de la herencia se haya producido a beneficio de inventario.]

2º.- Cuando por procesos de absorción o fusión de empresas, se extingue la personalidad jurídica de una o varias de ellas y su actividad es continuada por otra o las demás.

Breve *excursus*

La ley concursal no prevé la sucesión, total o parcial, de empresa como medida de conservación de la actividad empresarial a adoptar, viniendo sólo y expresamente prevista en las fases de convenio y de liquidación; lo que, a nuestro juicio, no significa que no pueda producirse de acuerdo con la legislación laboral.

4.- Los efectos legales:

Primero.- El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, (...)

Para la aplicación de la garantía que contiene el art. 44.1 ET resulta imprescindible, pues, que, en el momento de la transmisión, los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente.

Obviamente, no habría válida extinción de los contratos de trabajo cuando ésta se hubiese efectuado en fraude de ley, con la finalidad, precisamente, de burlar el efecto subrogatorio del art. 44 ET. Y en estos casos, en virtud del art. 6.4 CC, se aplicará este precepto estatutario, que es el que se quiso eludir.

Pero, como vamos a ver de inmediato, una cosa es que los contratos de trabajo extinguidos al momento de la transmisión no continúen con el nuevo titular, y otra muy distinta es la responsabilidad de éste por indemnizaciones debidas por el empresario cedente con ocasión de las extinciones contractuales que llevó a cabo.

Segundo.- (...) quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales (...)

La subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior, supone, esencialmente:

1º.- La subsistencia de las condiciones profesionales de carácter personal acreditadas por el trabajador en la anterior empresa. Y,

2º.- El mantenimiento, en principio, de la regulación de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa transmitida.

Veámoslo con algo de más detalle.

a.- Subsistencia de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión:

-El empresario sucesor asume los contratos celebrados por el empresario cedente en su verdadero alcance y naturaleza. [Ello con independencia de las acciones que el empresario sucesor pudiese utilizar frente al empresario cedente.]

-La continuación del contrato en sus propios términos y condiciones implica que el nuevo empresario está obligado a reconocer la categoría y la antigüedad (real) de los trabajadores afectados.

-Lo mismo ocurre en materia de retribuciones, aunque en algún caso (**STS 16/I/02**) deban acreditarse por el trabajador la concurrencia de las circunstancias que dan origen a los mismos.

-Y lo mismo en cuanto al mantenimiento de las posibles condiciones más beneficiosas de origen contractual que el trabajador pudiese tener pactadas con el empresario cedente.

-**No alcanza**, empero, a las condiciones pactadas en el convenio colectivo de la empresa cedente cuando están expresamente relacionadas con la prestación de trabajo en dicha empresa, atendiendo a situaciones específicas derivadas de la relación de aquélla empresa con sus trabajadores.

-Y sí, a las obligaciones que puedan establecerse por sentencia, aunque el nuevo empresario no hubiese sido parte en el proceso; lo que no atenta al derecho a la tutela judicial efectiva (**STC 206/89**).

-La subrogación del nuevo empresario en los derechos del empresario anterior comprende el ejercicio de poderes disciplinarios por hechos ocurridos con anterioridad a la transmisión y que no estuviesen prescritos.

b.- Mantenimiento de la regulación de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa transmitida. Regla general y excepciones:

La subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior implica la necesidad de tener que observar la f fuente, de donde derivan las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión, si bien aquélla sea individual o colectiva.

Regla general

Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión, seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que, en el momento de la transmisión, fuese de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. [Al margen, pues, de su mayor o menor favorabilidad].

Por consecuencia, ello puede suponer que sea necesario aplicar dos convenios colectivos en la organización productiva resultante.

Esta regla, por cierto, resulta congruente con la también genérica del art. 84 ET, según la cual, un convenio colectivo, durante su vigencia, no puede verse afectado por lo dispuesto en otros de ámbito distinto.

Excepciones

1ª.- La aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente se mantendrá hasta la fecha de expiración del mismo.

Es decir, la llegada del término de vigencia pactada.

Y no parece que a los trabajadores de la empresa transmitida les deba alcanzar la eventual ultraactividad ó prórroga del convenio de origen.

[Pero cosa distinta es que la transmisión de la empresa se haya producido en fase de ultraactividad del convenio de la empresa cedida. En este caso, los trabajadores cedidos verán sus condiciones de trabajo reguladas por el contenido normativo del convenio colectivo denunciado; condiciones que vincularán al empresario sucesor, hasta que ocurran algunas de las excepciones aquí descritas. Vid., por todas, **STS 15/X/03.**]

2ª.- O (si ello ocurre antes) hasta que entre en vigor otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

Es decir, el nuevo convenio colectivo ha de afectar a la empresa sucesora, bien por ser de ámbito supraempresarial, empresarial o infraempresarial.

Y no parece que el supuesto se dé en el caso de prórroga del convenio colectivo inicialmente aplicable a la empresa sucesora en el momento de la transmisión.

3ª.- O (si ello ocurre antes) hasta que se produzca un pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión y mediante acuerdo de empresa, entre el empresario cesionario y los representantes de los trabajadores.

Con esta excepción se está haciendo referencia a los llamados acuerdos de fusión o acuerdos de homologación, cuya finalidad obviamente es conseguir una regulación unitaria para todo el personal tras un supuesto de transmisión de empresa, a fin de evitar que el grupo de trabajadores cedidos perviva bajo un régimen convencional distinto.

Y por ello resulta justificado que los contenidos de estos pactos no se apliquen a los trabajadores de nuevo ingreso, una vez que ya está producida la transmisión de la empresa.

¿Quiénes son estos representantes de los trabajadores?

Pues los de los trabajadores de la empresa cesionaria, o también los de la empresa cedida, si su mandato representativo no resulta afectado por la transmisión, en los términos del art. 44.5 ET.

Atención

Respecto del contenido de esos pactos, la cuestión gira en torno a si el régimen laboral resultante para los trabajadores cedidos puede ser o no menos favorable que el que tenían anteriormente.

La respuesta hay que encontrarla, seguramente, a la luz de la Directiva 2001/23/CE que, si bien no hace referencia a los pactos de homogenización, sí que señala el mantenimiento durante, al menos, un año, de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión.

Y por ello concluir que, si el pacto de homogenización, lo que pretende es que los trabajadores cedidos dejen de estar regidos por el convenio de la empresa cedente antes de que finalice su vigencia, será porque el contenido de dicho pacto será más favorable para ellos que las condiciones establecidas en el convenio colectivo originario.

Tercero.- (...) y de seguridad social del anterior (incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente).

Como empresario titular, pues, el empresario sucesor responde del cumplimiento de la obligación de cotización, y es responsable en cuanto al pago de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas, bajas y cotizaciones.

5.- Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por deudas laborales y anteriores a la transmisión.

a.- Para las transmisiones de empresa que tengan lugar por acto inter vivos, el cedente y cesionario quedan solidariamente obligados a responder durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que, vigentes, no hubiesen sido satisfechas.

b.- Cuando la transmisión se produce por sucesión *mortis causa*, la responsabilidad de los herederos está garantizada por las normas generales en materia de sucesión, establecidas en el CC, salvo que la aceptación de la herencia se haya producido a beneficio de inventario.

Atención

Dado que el art. 44.3 ET se refiere a obligaciones laborales que hayan nacido con anterioridad a la transmisión, sin referirlas a los trabajadores cedidos, se viene interpretando que la responsabilidad solidaria del precepto incluye, también, la que pueda derivarse respecto de trabajadores del empresario anterior con los que la relación ya estuviese extinguida, pero que, de otro modo, habrían sido subrogados; mencionando responsabilidad solidaria respecto de indemnizaciones por despido producidos con anterioridad a la transmisión (vid., entre otras, la **STS 4/X/03**).

No se trata de que el empresario sucesor deba responder solidariamente de unas deudas ajenas, sino que responde sin perjuicio de poderlas reclamar luego del verdadero deudor; y es que la previsión de la solidaridad es una garantía de seguridad frente a posibles transmisiones fraudulentas.

5.1.- Vías procesales para exigirla:

a.- Si la sucesión en la titularidad de la empresa se produjo antes de la constitución del título ejecutivo, se podrá pretender la declaración de responsabilidad solidaria de ambos empresarios en el correspondiente proceso declarativo.

b.- Si fue después, podrá instarse en el procedimiento de ejecución, a través del incidente del 236 LPL.

5.2.- La especialidad del plazo:

SSTS 13/XI/92 y 9/X/00: Se trata de un plazo especial de prescripción que prevalece sobre el general de un año del art. 59.1 ET.

El plazo comenzará a contarse a partir de la transmisión.

6.- Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por deudas de seguridad social y anteriores a la transmisión.

La responsabilidad solidaria del art. 44.3 ET lo es sin perjuicio de lo establecido en la legislación de seguridad social.

Y así, el art. 127.2 LGSS dispone que, en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos, del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión.

Y se entiende que existe sucesión también en los casos en que sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior (art. 104.1 LGSS).

En cuanto al juego de los tres años de responsabilidad solidaria, hay que distinguir:

1.- Cuando se trata de obligaciones en materia de cuotas de seguridad social, la LGSS (art. 21.1) establece un plazo de prescripción de cuatro años;

2.- En punto a la responsabilidad en orden a prestaciones (causadas antes de la sucesión empresarial) por incumplimiento de las obligaciones de cotización por la empresa cedente, el plazo de prescripción es de tres años del art. 44.3 ET.

7.- Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión.

Cuando la cesión de empresa fuese declarada delito (vid. art. 311.2 CP).

8.- Transmisión de empresa y representación de los trabajadores.

Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, los representantes legales de los trabajadores seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad a la transmisión.

STS 23/VII/90: La autonomía habrá que entenderla, a estos efectos, como equivalente al mantenimiento de la misma unidad electoral existente con anterioridad a la transmisión y que, con posterioridad a la misma, sigue conservándose como idéntica y funcionando como tal.

A *sensu contrario*, si lo transmitido no es una unidad electoral autónoma sino lo que el art. 44.1 ET denomina unidad productiva autónoma, lo que se producirá con ocasión de la transmisión de empresas, simplemente, será un incremento del número de trabajadores en la empresa adquirente; que podrá dar lugar, en su caso, a la necesidad de proceder a la celebración de elecciones parciales para cubrir el aumento del número de puestos de representantes en el comité de empresa que fueren necesarios (art. 67.1 ET). Y los trabajadores cedidos que sean, al mismo tiempo, representantes unitarios, perderán su condición.