

III

TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y REGÍMENES COMPLEMENTARIOS POR PENSIONES EN EL DERECHO COMUNITARIO: PROBLEMAS DE DERECHO COLECTIVO^(*)

Roberto FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
Universidad de León

(Págs. 53 a 68)

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. LA IMPORTANCIA DE LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE PENSIONES Y LOS PROCESOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA: DOS REALIDADES CON GRAN AUGE EN EL MARCO ACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA	55
II. BREVE APUNTE SOBRE EL CONCEPTO DE TRASPASO DE EMPRESA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA	58
III. IMPLICACIONES COLECTIVAS DE LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE PENSIONES EN LA DIRECTIVA 2001/23	59
1. Alcance de la exclusión de los sistemas complementarios	60
2. La débil garantía de los derechos adquiridos y en curso de adquisición	62
3. Convenio colectivo aplicable, mandato de los representantes de los trabajadores y modificación de los compromisos alcanzados	63
IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LA REGULACIÓN VIGENTE DE LA DIRECTIVA 2001/23 EN LA MATERIA	66
V. BIBLIOGRAFÍA	67

(*) El presente artículo constituye una adaptación debidamente reformada y actualizada de la comunicación presentada al VIII Congreso Europeo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Bolonia del 20 al 23 de septiembre de 2005.

RESUMEN

El fenómeno de la transmisión de empresas (en sus diferentes modalidades) se ha confirmado como una estrategia frecuentemente utilizada por los titulares del capital con la intención de mejorar su posición competitiva dentro de unos mercados cada vez más globalizados y, en los últimos tiempos, como último mecanismo para garantizar el futuro y viabilidad de la unidad productiva ante la actual coyuntura económica. Junto a él, la importancia de los compromisos por pensiones ha aumentado sustancialmente en las últimas dos décadas.

El objetivo fundamental del presente artículo pasa, por tanto, por analizar cuál es el régimen jurídico y el tratamiento a nivel comunitario que han de recibir los sistemas complementarios implantados en una empresa en caso de que se transfieran sus instalaciones a otro titular, en particular por cuanto hace a las relaciones colectivas de trabajo. A tal fin, se analizará la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, así como los principales pronunciamientos del Tribunal de Justicia Comunitario derivados de su interpretación, pudiendo adelantar cómo la respuesta ofrecida por dicho texto en esta materia no resulta plenamente satisfactoria a la hora de garantizar los intereses de los beneficiarios.

ABSTRACT

The companies' transmission phenomenon (in its different categories) is a strategy frequently used by the capital possessors with the intention of improving their competitive position in global markets and, recently, like the last alternative to guarantee the future and viability of the productive unit in the face of the current economic situation. With it, the importance of the pension commitments has showed a substantial increase during the last decades.

Consequently, the main objective of this article is to analyse what are the legal regime and the treatment as far as EU regulations that have to receive the complementary systems introduced in a company when its installations are transferred to another owner, particularly, as regards labour collective relationships. With this aim in mind, the 2001/23/CE Directive and the principal European Court's judicial judgements about it will be analysed. It is possible to bring the conclusion forward: the reply given by this text it is not fully satisfactory to guarantee the beneficiaries interests.

Palabras clave: Traspaso de empresa, regímenes complementarios de pensión, problemas de naturaleza colectiva, derechos adquiridos, derechos en curso de adquisición.

Key words: Transmission of company, supplementary pension schemes, collective problems, acquired rights, prospective entitlement rights.

I. LA IMPORTANCIA DE LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE PENSIONES Y LOS PROCESOS DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA: DOS REALIDADES CON GRAN AUGE EN EL MARCO ACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Una de las constantes comunes en la política de casi todos los países occidentales en los últimos tiempos vigente hasta el estallido de la actual crisis económica ha sido el mantenimiento de ciertos niveles macroeconómicos estables que les permitieran alcanzar parámetros adecuados a fin de no perder el tren del programa comunitario, aun cuando dicha política conllevara un recorte de los gastos y una merma en las metas alcanzadas, dentro del Estado del Bienestar, bajo la justificación de conseguir el tan anhelado equilibrio presupuestario. Bien es cierto que el logro de dichos objetivos y parámetros ha sido postergado para mejor momento como consecuencia de la presente coyuntura monetaria, que ha obligado a los Estados a inyectar ingentes cantidades de dinero, en especial en el sistema financiero y empresarial, a fin de limitar en la mayor medida posible los embates de la situación económica.

De este proceso no se ha librado el sistema de Seguridad Social, de manera que un importante número de países han introducido reformas cuyo espíritu final se encuentra orientado a redefinir tanto su ámbito subjetivo como objetivo, aun cuando ello signifique una minoración en la protección hasta ese momento dispensada; la fuerte contestación social que han recibido algunas de las propuestas o realidades legislativas proyectadas en el último quinquenio en países como Alemania, Francia, Italia o España constituyen buena muestra de la idea que se quiere expresar. Es más, el aumento del gasto público destinado a paliar la carencia de rentas dejadas de percibir por quienes pierden su empleo, así como las previsiones en torno a las *ratios* a medio plazo entre cotizantes y beneficiarios de auxilios, no ha cerrado, sino que ha avivado, el debate en torno al modelo vigente de Seguridad Social, y cada vez son más las voces que abogan por una gran reforma que atienda como conviene la situación actual, en especial por cuanto hace a la jubilación, como puede ser comprobado con sólo repasar los intensos debates en los medios de comunicación de masas de los últimos meses.

En este contexto, y ante la presión cada vez mayor a la que se encuentran sometidos los sistemas obligatorios de protección social, no puede extrañar que sus beneficiarios busquen mantener un nivel de vida similar a su etapa en activo mediante una serie de instrumentos complementarios, los cuales vienen a ocupar un lugar cada vez más importante dentro del escenario de la previsión social de los Estados miembros, aun cuando alguno de ellos, en especial el más demandado de todos, los planes y fondos de pensiones —han visto mermada su rentabilidad así como el recurso y aportaciones a ellos—, ha disminuido ante la coyuntura económica presente, y es muy probable que hasta tanto ésta no se vea superada o alcance signos positivos de recuperación, la inercia lleva a cierta pérdida de importancia de estos mecanismos.

Los datos estadísticos permiten constatar con mayor fiabilidad el aserto anterior; en efecto, tomando como referente una institución común a casi todos los países de la Unión —los planes y fondos de pensiones— puede concluirse cómo los compromisos por pensiones empresariales, en especial en materia de jubilación, juegan

un papel cada vez más trascendental en la cobertura social. Así, y dado el trascendental valor que ocupa en la sociedad actual cualquier cifra de carácter económico, un factor capaz de permitir medir con mejor grado de eficacia la importancia de los planes de pensiones lo constituye el peso de éstos en los mercados financieros, y si bien también la heterogeneidad constituye la pauta común entre los distintos Estados miembros, es necesario advertir cómo los recursos de los que disponen cuantas entidades económicas gestionan esta clase de mecanismos no son nada desdeñables y, en algunos casos, las inversiones realizadas por ellos llegan a alcanzar porcentajes bastante elevados sobre el PIB nacional, tal y como puede constatarse en el cuadro siguiente:

TABLA 1
EVOLUCIÓN DEL PESO DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN LA ECONOMÍA
Y EN LOS MERCADOS FINANCIEROS DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN ⁽¹⁾

País	% PIB					
	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Austria	2,9	3,8	4,1	4,4	4,8	4,8
Bélgica	5,5	4,9	3,9	4,0	4,5	4,3
Rep. Checa	2,3	2,7	3,1	3,6	4,2	4,6
Dinamarca	27,2	26,0	28,5	30,9	33,6	32,4
Finlandia	49,5	49,2	53,9	61,8	68,7	71,3
Alemania	3,4	3,5	3,6	3,8	4,0	4,2
Hungría	3,9	4,5	5,2	6,8	8,4	9,7
Italia	2,3	2,3	2,4	2,6	2,8	3,0
Países Bajos	102,6	85,5	101,2	108,4	122,5	130,0
Polonia	2,4	3,8	5,3	6,8	8,7	11,1
Portugal	11,5	11,5	11,8	10,5	12,7	13,6
España	5,8	5,7	6,2	6,6	7,2	7,6
Suecia	8,2	7,6	7,7	7,6	9,3	9,5
Reino Unido	72,5	59,2	64,8	68,1	79,1	77,1
Francia	—	—	1,3	1,2	1,2	1,1
Irlanda	43,8	34,5	39,9	42,2	48,4	49,9
Luxemburgo	—	—	—	0,3	1,1	—
Eslovaquia	—	—	—	—	0,6	2,8

(1) Datos obtenidos del Informe Estadístico de Planes y Fondos de Pensiones 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (www.dgsfp.meh.es), que utiliza como fuente: OECD, *Global Pensions Statistics project*.

Constatada la importancia de los regímenes complementarios en el actual contexto de la Unión Europea, el otro factor que va a ser objeto de tratamiento en el presente trabajo lo constituye el fenómeno del traspaso de empresa, una institución cuya utilización cada vez es mayor en un entorno de mercados globalizados, en los cuales cuantas unidades productivas pretendan mantener unos niveles de crecimiento capaces de permitirles conservar su posición competitiva ventajosa en el tráfico de bienes han tenido que dejar de atender solamente a las operaciones nacionales para abrir sus horizontes y lanzar sus productos en el ámbito internacional, tendencia que ha provocado un aumento «realmente vertiginoso» [MONEREO PÉREZ, J.L. (1996), p. 36] de los procesos de transmisión de empresas, en sus distintas modalidades, en el interior de las fronteras comunitarias.

De esta manera, la conjunción de ambas circunstancias lleva a plantear el interrogante de cuál ha de ser la suerte de los compromisos por pensiones asumidos por el empresario en caso de cambio en la titularidad de la unidad productiva, habida cuenta de que «el alcance de una sucesión empresarial no se percibe en su totalidad si omitimos lo que suceda en materia de Seguridad Social» [SEMPERE NAVARRO, A.V. (2001), p. 136].

Con el fin de dar respuesta a semejante cuestión, imprescindible será partir del instrumento jurídico comunitario encargado de ordenar esta materia: la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo. El objetivo fundamental de esta regulación —al igual que ocurría con su predecesora la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero— cabe situarlo en «garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario» [STJCE 340/2001, de 20 de noviembre, asunto *Carlito Abler y otros*], es decir, su *ratio ultima* viene a ser «amortiguar las consecuencias sociales de los procesos de reestructuración y reorganización empresarial, instituyendo al efecto un conjunto de garantías cuyo denominador común es preservar, en la medida de lo posible, los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario. Este conjunto de garantías puede ser agrupado en dos grandes apartados: las que aseguran la continuidad de las relaciones de trabajo existentes, resguardando la vida del contrato de trabajo de la vicisitud modificativa de la persona del empresario, y las que amparan el mantenimiento de los derechos que los trabajadores transferidos vinieren disfrutando con anterioridad a la transmisión» [VALDÉS DAL-RÉ, F. (1998), p. 20].

La importancia de las sucesivas regulaciones comunitarias sobre traspaso de empresa puede ser verificada tanto por la influencia que su contenido ha ejercido en los distintos ordenamientos nacionales como por el gran número de pronunciamientos que el Tribunal de Justicia de la Unión ha emitido en su interpretación; las dos circunstancias permiten afirmar de ella, con gran acierto, que se trata de «una “norma de encrucijada” en la que convergen la mayor parte de los *topoi* que han afectado a lo largo de las dos últimas décadas a las estructuras normativas de los ordenamientos jurídico-laborales de los Estados miembros, al tiempo que en “paradigma” de los complejos diálogos que se encuentran en la base de la construcción de la Unión Europea como una comunidad de Derecho» [SEMPERE NAVARRO, A.V. (2001), p. 128].

Sobre la indeclinable premisa anterior, conviene advertir, no obstante, que la norma analizada no ambiciona implantar una ordenación homogénea y uniforme para todos los Estados miembros, siendo su finalidad, nada modesta por otra parte, la de alcanzar una armonización parcial de esta materia en función de unos criterios comunes, a través de los cuales «hacer extensible en lo esencial la protección garantizada a los trabajadores de forma autónoma por el Derecho de los distintos Estados miembros a la hipótesis de una transmisión de empresa» (STJCE 4/2001, de 6 de noviembre de 2003, asunto *señora Martín y otros*).

II. BREVE APUNTE SOBRE EL CONCEPTO DE TRASPASO DE EMPRESA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

El ámbito objetivo de la Directiva analizada viene a extenderse a las transmisiones de empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión [artículo 1.1.a) de la Directiva 2001/23], es decir, la cesión del dominio sobre la unidad productiva puede operarse a través de cualquier negocio jurídico traslativo de la propiedad de la empresa o de un mero poder de explotación temporal sobre ésta (fusiones, absorciones, escisiones, compraventas parciales o totales, usufructos, traspasos, permutas...), abarcando también los cambios en la naturaleza o forma jurídica de la unidad productiva. En consecuencia, los términos utilizados «no dejan ningún vacío, que permitiera exceptuar algún supuesto de transmisión *inter privatos vivos*. Sin embargo no hay posible inclusión de las transmisiones *mortis causa*, porque no son contractuales, ni admiten la figura de la fusión» [MARÍN CORREA, J.M.^a (2004), p. 88].

En cuanto hace al concepto de traspaso, la Directiva considera como tal aquel que afecte a «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria» [artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23]. La redacción anterior ha sido objeto de una amplia interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad, quien ha remarcado como criterio decisivo la nota de la identidad, la cual puede apreciarse si el nuevo adquirente continúa realmente la explotación del transmitente o reanuda la actividad por éste desarrollada, cuya concurrencia puede resultar de distintos elementos, como pudieran ser la entrega de elementos corporales e incorporeales, la transferencia de actividad o del personal o parte esencial de éste (SSTJCE 24/1985, de 18 de marzo de 1986, asunto *Spijkers*; 171/1994 y 172/1994, de 7 de marzo de 1996, asuntos acumulados *Merckx y Neuhuys*; 340/2001, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros*; 460/2002, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Comisión contra Italia*; 232 y 233/2004, de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados *Nurten Güney-Görres y Gul Demir*; 458/2005, de 13 de septiembre de 2007, asunto *Jouini y otros*, y 466/2007, de 12 de febrero de 2009, asunto *Klarenberg*).

De esta manera, y con el objetivo de precisar la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen jurídico de la Directiva, el órgano judicial ha señalado una serie de parámetros a tener en cuenta, debiendo el intérprete tomar

en consideración «todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente» (entre otras, SSTJCE 24/1985, de 18 de marzo de 1986, asunto *Spijkers*; 13/1995, de 11 de marzo de 1997, asunto *Süzen*; 234/1998, de 2 de diciembre de 1999, asunto *Allen y otros* o 460/2002, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Comisión contra Italia*).

En consecuencia, y siguiendo la doctrina emanada de dicho órgano judicial, el peso específico que habrá de concederse a cada uno de esos factores varía en función de una gran panoplia de circunstancias, entre las cuales cabe hacer referencia a «la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate» (SSTJCE 173/1996 y 247/1996, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hidalgo y otros*; 340/2001, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros*, y 460/2002, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Comisión contra Italia*).

III. IMPLICACIONES COLECTIVAS DE LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE PENSIONES EN LA DIRECTIVA 2001/23

La Directiva 2001/23, en su afán de aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros, establece una serie de disposiciones que hacen referencia tanto a los regímenes complementarios de pensiones como a las relaciones colectivas en el marco de la empresa transmitida, pudiendo hacer referencia a las siguientes previsiones:

1.^a El objetivo de mantener indemnes los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa no resulta aplicable a determinados auxilios derivados de los compromisos por pensiones asumidos por el empresario, habida cuenta de que el artículo 3.4.a) de la Directiva 2001/23 excluye de manera expresa de la garantía subrogatoria a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia nacidas al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales que actúen al margen de los regímenes legales de Seguridad Social de los distintos países miembros.

2.^a La garantía del mantenimiento de las condiciones laborales precedentes alcanza, como no podría ser de otra manera, a las incorporadas no sólo en el contrato de trabajo, sino también en los instrumentos de naturaleza colectiva, de ahí que, de

conformidad con el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23, el convenio de la cedente mantendrá su aplicación hasta la fecha de su extinción o expiración o la entrada en vigor o aplicación de uno nuevo.

3.^a El acervo comunitario establece ciertas reglas en torno a los cauces de representación colectiva en la empresa transmitida, en tanto en cuanto su artículo 6 prevé cuanto ocurre con el mando de los representantes de los empleados, funciones y garantías una vez acaece el traspaso.

4.^a En fin, el Capítulo III hace referencia a los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, regulando los obligados a cumplir con tales quehaceres —cedente y cesionario—, destinatarios —representantes o trabajadores directamente, de no existir éstos—, contenido mínimo y momento de cumplimiento de la obligación.

1. ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN DE LOS SISTEMAS COMPLEMENTARIOS

Con la redacción prevista en el mencionado artículo 3.4.a), el legislador comunitario ha optado por no comprometerse en la polémica en torno a la suerte de los sistemas complementarios en los supuestos de cambio en la titularidad empresarial y, lejos de aportar una respuesta conjunta, esquiva la materia descartando la aplicación de la Directiva a dichas ayudas [MONEREO PÉREZ, J.L. (1996), p. 165].

Sobre la premisa de partida anterior, menester es realizar determinadas matizaciones a la hora de interpretar el tenor literal del precepto ahora analizado:

1.^a Al tratarse de las únicas excepciones al objetivo del legislador comunitario de mantener incólumes los derechos de los trabajadores a pesar del traspaso, para su hermeneusis el intérprete debe utilizar criterios restrictivos [TAPIA HERMIDA, A. (2002), p. 148]. En consecuencia, la salvedad «puede aplicarse únicamente a las prestaciones que se enumeran de forma exhaustiva en la citada disposición, interpretadas en una acepción restrictiva [habida cuenta de que] (...) se desprende claramente de la redacción del artículo 3 de la Directiva que, salvo las excepciones mencionadas en el apartado [4] de dicho artículo, todos los derechos y obligaciones que para el cedente deriven del contrato de trabajo o de la relación laboral con un trabajador entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 de dicho artículo y se transfieren por tanto al cesionario, independientemente de que su ejercicio esté supeditado o no a un acontecimiento concreto, en su caso dependiente de la voluntad del empresario» (STJCE 4/2001, de 6 de noviembre de 2003, asunto *señora Martín y otros*); a partir del aserto anterior, cabe colegir la necesidad de aplicar la obligación de subrogación para aquellas prestaciones complementarias distintas a las expresamente mencionadas por la norma comunitaria, como por ejemplo las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, las familiares, de prejubilación, maternidad, etcétera. *Item* más, teniendo en cuenta los objetivos generales de la Directiva, en caso de duda en la interpretación sobre si un determinado auxilio está incluido o no dentro de los exceptuados «habría de atenderse únicamente a las finalidades de tales prestaciones»

(STJCE 164/2003, de 4 de junio de 2002, asunto *Beckmann*) y no a la denominación del beneficio.

La solución anterior, con ser la más armónica con la finalidad de la Directiva y aquella que ofrece mayores garantías a los empleados, puede encontrarse en la práctica con ciertos problemas de aplicación, pues si el empresario cedente tiene un cuadro de compromisos por pensiones relativamente completo, en el que se incluyan auxilios excluidos e incluidos de la cláusula subrogatoria, no le será fácil deslindar los fondos dotados para los diferentes conceptos a fin de que el cesionario pueda asumir el compromiso de continuar con la cobertura ofrecida por el anterior y asumir también el régimen complementario implantado en la unidad transmitida [FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2004), p. 223]; le resultará necesario, por tanto, disgregarlo, pasando una parte de sus activos a manos del adquirente, quedando otra parte vinculada a hacer frente a los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los pensionistas de jubilación, incluso aquellos recursos previstos para atender a la invalidez podrían no llegar a cumplir el objetivo para el que fueron creados al no serles de aplicación ni el apartado a) ni el b) del artículo 3.4 de la Directiva 2001/23 [FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2008), p. 178].

2.^a A diferencia de lo que ocurría en la redacción originaria de la Directiva 77/187, en la cual la exclusión del efecto subrogatorio presentaba una naturaleza constitutiva —«lo que tampoco impedía que, en cuanto norma mínima, la Directiva pudiese ser mejorada por los Estados miembros (artículo 7)» [MELLA MÉNDEZ, L. (2002), p. 3096]—, la Directiva 2001/23 confiere libertad a los Estados miembros para establecer lo contrario, es decir, se encuentran habilitados para extender las garantías del artículo 3.1 de la Directiva a las prestaciones enumeradas en su apartado 4, debiendo el cesionario, en tal caso, responder también de ellas.

3.^a La previsión estudiada hasta el momento no es la única que incorpora la Directiva sobre el particular, pues en su artículo 3.4.b) establece la obligación de los Estados miembros de adoptar cuantas medidas resulten necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, incluso en el caso de haber dejado de prestar servicios a favor del cedente en el momento del traspaso, en cuanto se refiere a sus derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de jubilación, comprendidos los auxilios para los supervivientes derivados de regímenes complementarios.

En consecuencia, esta medida no sólo afecta a los trabajadores en activo, es decir, aquellos que van a pasar a prestar servicios para el nuevo titular, sino también extiende su protección a los pensionistas o empleados pasivos que ya hayan lucrado el derecho a una prestación de conformidad con las reglas del sistema suplementario implantado por el adquirente.

Con todo, en el apartado analizado es posible identificar, al menos, un flanco débil que puede dar lugar a cierta controversia en su interpretación, habida cuenta de que «la comprensión conjunta de ambas disposiciones [apartados a) y b) del artículo 3.4] no es nada fácil, pues ambas reglas no mantienen una estricta relación de regla general (facultad de inaplicación como regla general) regla excepcional (corrección de los efectos de la regla en determinados casos), hasta el punto de proponerse lectu-

ras que evidencian no su carácter cumulativo sino estrictamente alternativo, de modo que la opción por una de ellas permite excluir la exigencia expresada por la segunda (garantía sucesoria de los regímenes voluntarios o tutela de los intereses de activos y pasivos respecto de sus pensiones de jubilación)» [MOLINA NAVARRETE, C. (2001), p. 144].

De esta manera, algún autor interpreta que cuantos Estados opten por aplicar la cláusula subrogatoria a los regímenes complementarios habrán cumplido ya con la exigencia establecida en el artículo 3.4.b) de la Directiva, quedando exonerados de establecer medidas específicas destinadas a garantizar los derechos adquiridos o en curso de adquisición para las prestaciones por vejez [MELLA MÉNDEZ, L. (2002), p. 3096].

Ahora bien, para la opinión mayoritaria en la doctrina española, el mandato previsto en el párrafo b) del artículo comentado presenta una «sustantividad propia y autónoma» [VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001), p. 108], cuya *ratio ultima* cabe situar en «preservar esos derechos de los avatares del tráfico empresarial, asegurar su efectivo disfrute, al margen y con independencia de la persona que ostente la titularidad de la empresa, lo cual no queda garantizado por el mero hecho de la aplicación a los mismos de la normativa sucesoria» [MORENO GENÉ, J. (2003), p. 101], habida cuenta, por ejemplo, de que ésta sólo se extendería a los trabajadores en activo, pues los términos del artículo 3.1 de la Directiva hacen referencia a «un contrato de trabajo o una relación laboral existente en la fecha del traspaso» sin incluir, por tanto, los derechos de los empleados pasivos, pues «la sola garantía subrogatoria no es en modo alguno suficiente, ni en relación al ámbito subjetivo protegido, ni a la naturaleza de las situaciones de interés tuteladas, ni en relación al arco temporal sobre el que se extiende esa tutela» [MOLINA NAVARRETE, C. (2001), p. 144]; en consecuencia, el artículo 3.4.b) viene a ordenar «un deber a cargo de los Estados miembros cuya vigencia y cumplimiento no queda condicionado a las decisiones por ellos adoptadas en punto a la suerte que sigan los regímenes complementarios de Seguridad Social» [VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001), p. 108].

2. LA DÉBIL GARANTÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y EN CURSO DE ADQUISICIÓN

La Directiva no establece ninguna diferencia entre los derechos adquiridos y en curso de adquisición, concediendo el mismo valor en cuanto hace a su protección a ambos institutos jurídicos; tampoco procede a definir dichos conceptos, pudiendo interpretar que semejante tarea se deja en manos de los ordenamientos nacionales [MONEREO PÉREZ, J.L. (1996), p. 68]. Tal situación puede ocasionar soluciones diferentes en los distintos Estados miembros, pues sus legisladores y tribunales pueden interpretar, con un alcance divergente entre ellos, los términos analizados.

Con semejante panorama, el marco comunitario actual no ofrece remedios para resolver el problema de interpretaciones diferentes, y en algunos casos aparentemente contrarias a los objetivos europeos, habida cuenta de que ni el Tribunal de Justicia

se ha pronunciado al respecto cuando tuvo oportunidad para ello, señalando únicamente que los derechos adquiridos o en curso de adquisición constituyen prerrogativas nacidas de la relación laboral (STJCE 235/1984, de 10 de julio de 1986, asunto *Comisión contra Italia*), ni el legislador comunitario parece muy proclive a establecer una definición en esta materia; la única referencia a tomar en consideración cabe encontrarla en el artículo 3.d) de la Directiva 98/49/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad cuando define a sus efectos como «derechos de pensión adquiridos: todos los derechos a prestaciones obtenidos después de haber cumplido las condiciones requeridas por las normas de un régimen complementario de pensión y, en su caso, por la legislación nacional».

3. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE, MANDATO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y MODIFICACIÓN DE LOS COMPROMISOS ALCANZADOS

El artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 viene a establecer que las relaciones laborales continuarán rigiéndose por el convenio colectivo aplicable dentro de la empresa cedente en el momento de la transmisión hasta la fecha de su extinción o expiración de dicha norma paccionada o la entrada en vigor de una nueva en la entidad económica transmitida, si bien los Estados miembros podrán limitar el mantenimiento de dichas condiciones, aunque dicho lapso temporal no podrá ser inferior a un año.

Se trata, por tanto, de permitir a los empleados un tiempo de adaptación al nuevo empleador, durante el cual va a regir el pacto de su antigua unidad productiva, el cual no les resulta desconocido [CARABELLI, U. (1995), p. 62]; al tiempo, pretende solucionar la posible concurrencia de dos convenios, delimitando el ámbito temporal de aplicación de cada uno de ellos [FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2008), p. 166]. Sea como fuere, dicho precepto «no puede imponer al cesionario la obligación de respetar (las condiciones laborales) con posterioridad a la fecha acordada de expiración del convenio colectivo puesto que, después de esta fecha, dicho convenio deja de estar en vigor... (de manera que) la misma disposición no puede establecer excepciones a la voluntad de dichas partes, tal como está expresada en el convenio colectivo» (STJCE 396/2007, de 27 de noviembre de 2008, asunto *Juuri*).

Por su parte, el artículo 6.1.1.º de la Directiva 2001/23 viene a establecer que el estatuto y las funciones de los representantes de los trabajadores afectados por el traspaso subsistirán en los términos y condiciones anteriores a él, de conformidad con lo previsto en las normas nacionales o por acuerdo de sus integrantes, siempre y cuando el centro de actividad o una de sus partes conserve su autonomía, habida cuenta de que «no tendría sentido alguno que se mantuvieran los representantes, sin un mínimo sustrato sobre el que ejercitar sus funciones» [MARTÍNEZ MORENO, C. (2005), p. 449].

De no presentar dicha identidad, los Estados miembros vienen obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados se encuentren debidamente representados, de conformidad con la legislación y prácticas nacionales vigentes, durante el tiempo necesario para conformar una nueva formación o designación de la representación obrera (artículo 6.1.4.º). Ahora bien, la redacción de ambos párrafos viene a confirmar la *ratio legis* consistente en que «esta Directiva se aplique a toda transmisión que cumpla los requisitos establecidos en su artículo 1, apartado 1, con independencia de que la entidad económica transmitida conserve o no su autonomía en la estructura del cesionario», de manera que cabría considerar prorrogado el mandato en aquellas situaciones «en la que la parte de empresa o del centro de actividad cedido no mantiene su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que este vínculo permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga» (STJCE 466/2007, de 12 de febrero de 2009, asunto *Klarenberg*).

Estas previsiones cobran especial relieve cuando el empleador pretende unificar las condiciones aplicables a la totalidad de sus empleados, de manera que en este ámbito concreto la unidad adquirente puede pretender legítimamente la unificación de los sistemas complementarios entre los miembros de su plantilla, con la intención de aplicar un régimen común a todos ellos, utilizando para ello cuantos instrumentos y procedimientos legales les ofrece el ordenamiento jurídico en cada uno de los Estados de la Unión.

En este sentido, la cláusula subrogatoria no implica el mantenimiento incondicionado de dichos derechos y una preservación de la situación anterior *stare ad perpetuum*. Es cierto que un empleado no podría renunciar a las prerrogativas que le confieren los preceptos imperativos de la Directiva, pues «al tratarse de una protección de orden público que, por lo tanto, las partes del contrato de trabajo no pueden desconocer en virtud del principio de libertad de pactos, las disposiciones de la Directiva deben considerarse imperativas, en el sentido de que no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas en perjuicio de los trabajadores» (STJCE 324/1986, de 10 de febrero de 1988, asunto *Daddy's Dance Hall*); el acervo comunitario «no se opone, sin embargo, a una modificación de la relación laboral concertada con el nuevo empresario si el Derecho nacional aplicable admite dicha modificación al margen del supuesto de una transmisión de empresa» (STJCE 4/2001, de 6 de noviembre de 2003, asunto *señora Martín y otros*), pues del espíritu de la Directiva cabe extrapolar «la preocupación del legislador comunitario por conciliar los diferentes intereses en juego: los del nuevo empresario para que pueda proceder a los ajustes y adaptaciones necesarias para el funcionamiento de la entidad económica transmitida, por un lado, y los de los trabajadores afectados por la transmisión con el fin de proteger en la mayor medida posible sus intereses, por otro» (Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, de 17 de junio de 2004, a la STJCE 425/2002, de 11 de noviembre de 2004, asunto *Delahaye*).

De esta manera, la unidad adquirente vendrá capacitada para unificar legítimamente las condiciones laborales entre los miembros de su plantilla, con la intención

de aplicar un régimen común a todos sus empleados, utilizando para ello cuantos instrumentos y procedimientos legales le ofrece el ordenamiento jurídico en cada uno de los Estados miembros.

En consecuencia, dicha alteración vendría cubierta por la protección que cada uno de los países de la Unión establezca en los supuestos de transformación de condiciones de trabajo, de manera que, por ejemplo, en el caso español «ante una eventual modificación o supresión de tales compromisos a través de un cauce jurídicamente idóneo (convenio posterior, por ejemplo), los “derechos adquiridos” o los que se vayan adquiriendo *pro futuro* a resultas de las sucesivas aportaciones son intangibles, pues pasan a constituir, en los planes de pensiones, los “derechos consolidados” y, en los contratos de seguro, los derechos económicos de rescate» [VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001), p. 117].

En semejantes procedimientos, van a jugar un papel fundamental los representantes de la empresa transmitida, con quienes, en la mayor parte de los supuestos, habrán de ser abiertos cauces de negociación en aras de alcanzar un pacto tendente a homogeneizar las condiciones laborales para todos los empleados, tanto a los traspasados como a los pertenecientes a su plantilla con anterioridad, siendo aquéllos los legitimados para firmar acuerdos vinculantes para los transferidos.

Asimismo, también adquiere especial relieve el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores previsto en el artículo 7 de la Directiva 2001/23, entre cuya ordenación cabe destacar los siguientes extremos:

1.º Los sujetos obligados a trasladar dicha información son tanto el cedente como el cesionario, debiendo hacer llegar los datos a los representantes de sus trabajadores afectados por un traspaso y, de no existir por voluntad ajena a éstos, a los propios empleados.

2.º El contenido mínimo de la información a facilitar ha de versar sobre la data o fecha prevista del traspaso, los motivos de la transmisión, consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la modificación para los empleados o, en fin, las medidas previstas en relación con estos últimos.

3.º Los anteriores extremos deben ser facilitados por el cedente con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso y por el cesionario también con carácter previo y, en cualquier caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y trabajo.

4.º La hipotética adopción de medidas relacionadas con los trabajadores obliga a abrir un período de negociación con sus respectivos representantes con carácter previo a la adopción de tales medidas, durante el cual habrá de consultarse sobre aquéllas con la finalidad de llegar a algún acuerdo.

A partir de los datos anteriores, los representantes tendrán mayores indicios y un más alto nivel de conocimiento a fin de negociar los cambios pertinentes y realizar una óptima homogeneización de las condiciones laborales, pues para los obreros

«es del mayor interés conocer los datos referidos a las posibles diferencias jurídicas, económicas y sociales, existentes entre las dos empresas» [MARÍN CORREA, J.M.^a (2004), p. 93]; de ahí que el cumplimiento de los mentados derechos colectivos se torne en una materia sustancial a los efectos aquí analizados.

IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LA REGULACIÓN VIGENTE DE LA DIRECTIVA 2001/23 EN LA MATERIA

Hasta hace apenas una década las instituciones comunitarias no habían considerado oportuno legislar de manera específica sobre los sistemas complementarios de pensiones, sin que tal circunstancia significara un abandono absoluto de dicha materia, pues no han faltado documentos de trabajo analizando la importancia de estos instrumentos en el marco de la Unión por parte de diversos organismos comunitarios.

El primer intento por establecer unos parámetros comunes en esta materia —sin perjuicio de la existencia de regulaciones parciales en otros instrumentos comunitarios o de normas *ad hoc*, pero cuya finalidad directa no consistía en ofrecer una protección peculiar para las prestaciones en ellas garantizados, sino que buscaban alcanzar otros objetivos distintos⁽²⁾— cabe situarlo en la Directiva 98/49/CE, de 29 de junio, en la cual se establecían una serie de disposiciones destinadas a garantizar los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y propia desplazados dentro de la Unión.

Posteriormente se ha dictado la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, calificada a sí misma en su Considerando 6 como «el primer paso en el camino hacia un mercado interior de la previsión ocupacional para la jubilación organizada a escala europea».

En este afán por ofrecer cada vez mayores garantías a los trabajadores para el cobro de sus prestaciones complementarias y en el intento por aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros no estaría de más seguir las recomendaciones del Considerando 11 de la Directiva 98/49, de conformidad con el cual los países «deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar el pago, con arreglo a los regímenes complementarios de pensión, de las prestaciones a los afiliados y antiguos afiliados, así como a otros posibles beneficiarios en virtud de dichos regímenes en todos los Estados miembros, dado que todas las restricciones a la libre circulación de los pagos y de los capitales están prohibidas en virtud del artículo 73 B del Tratado», de manera que el objetivo no sería otro que alcanzar «progresivamente disposiciones mínimas comunes (...) para mejorar las modalidades de transferencia de los derechos

(2) Cabe hacer referencia en este sentido a la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social.

a pensión entre los regímenes, garantizar completamente los adquiridos y asegurar el principio de igualdad de trato» [BOSSCHER, A. (1993), pp. 29 y 30].

En semejante contexto, y para dar un nuevo paso por dicha senda, cabe defender una modificación en la redacción actual de la Directiva sobre transmisión de empresa de manera que la cláusula subrogatoria abarcara también a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas; asimismo, y a pesar de las reticencias de los Estados miembros a introducir definiciones al respecto, abogar por establecer un concepto de derechos adquiridos y en curso de adquisición que marquen diferencias entre ellos y aporten unas pautas comunes en todos los Estados miembros, evitando a la postre interpretaciones divergentes en cada uno de ellos, que no harán otra cosa sino perjudicar a los trabajadores beneficiarios de éstos.

En definitiva, con la reforma propugnada se garantizaría de mejor manera al trabajador el mantenimiento del estatuto laboral completo disfrutado antes de la transmisión, pues el cambio de titular no va a implicar tampoco una merma en los derechos derivados del régimen complementario implantado en la unidad productiva traspasada, ya que se obligaría al cesionario a subrogarse en las obligaciones asumidas por el cedente, sin dejar dicha salvaguarda a la voluntad libérrima de los Estados integrantes de la Unión. Asimismo, y a pesar de volver sobre ideas ya expuestas, se avanzaría en ese proyecto comunitario de conformar un mercado interior para los regímenes profesionales o interprofesionales encargados de complementar los sistemas públicos y obligatorios de Seguridad Social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOSSCHER, A. (1993): «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior», en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- CARABELLI, U. (1995): «Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1.
- DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES (2007): *Informe Estadístico de Planes y Fondos de Pensiones 2007*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2004): *Las mutualidades voluntarias de previsión social y sus conexiones con el sistema de Seguridad Social*, León, Universidad de León.
- (2008): *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública.
- MARÍN CORREA, J.M.^a (2004): «La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48.
- MARTÍNEZ MORENO, C. (2005): «Los traspasos de empresas (Directiva 2001/23/CE y normas procedentes», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- MELLA MÉNDEZ, L. (2002): «Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones», *Aranzadi Social*, tomo III.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2001): «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 (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 221-222.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (1996): *Fusión de sociedades y previsión voluntaria en la empresa*, Madrid, *Ibidem*.
- MORENO GENÉ, J. (2003): *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2001): «Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa», *Aranzadi Social*, tomo V.
- TAPIA HERMIDA, A. (2002): «Las “prejubilaciones” o “jubilaciones anticipadas” en las sucesiones de empresas. (Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 232.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1998): «La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el Derecho Comunitario y los sistemas jurídicos nacionales», *Relaciones Laborales*, núm. 21.
- (2001): *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.