



**CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE EXONERACIÓN DE
RESPONSABILIDAD Y SUCESIÓN DE EMPRESA**

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Curso: 2018/19



Alumna: M^a Rosario Rivero Martín
Tutora: M^a Milagros Alonso Bravo

Máster en Abogacía
Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid

Fecha de convocatoria: enero 2019

INDICE

1. Supuesto objeto del dictamen	3
2. Resumen	5
3. Introducción	6
4. Sucesión de empresas	7
4.1. Régimen jurídico.....	7
4.2. Tipología	8
4.2.1 Sucesión de empresas legal	9
4.2.1.1 Elemento Subjetivo. Relevancia del Grupo de empresas en la sucesión	
4.2.1.2.Elemento objetivo. Preexistencia de la unidad productiva autónoma	
4.2.2 Sucesión convencional.....	19
4.2.3 Sucesión contractual	19
4.3 Efectos	20
5. Convenio Colectivo aplicable	23
5.1. Fundamentos de derecho	23
5.2. Ultraactividad	26
5.3. Inexistencia de convenio colectivo aplicable.....	28
5.4. Conclusión	31
6. Plus de vinculación. Naturaleza	32
7. Acciones judiciales	34
7.1 Plazos	34
7.2. Interés moratorio	35
7.3. Despido improcedente y premio de vinculación. Cálculo	36
8. Conclusiones	39
9. Bibliografía	42
10. Jurisprudencia	44
11. Abreviaturas	44

1. SUPUESTO OBJETO DEL DICTAMEN

D. César Rojo González presta servicios para la empresa “SAN MIGUEL, FÁBRICAS DE CERVEZA Y MALTA, SA” desde 2 de marzo de 1988 hasta 31 de diciembre de 2003, fecha en que causó baja voluntaria, incorporándose, sin solución de continuidad, el día 1 de enero de 2004, a la empresa MAHOU, SA”, por cuenta de la que viene prestando servicios, dentro del departamento comercial con la categoría profesional Gestor comercial, y salario de 5.413,37 euros, incluida la prorrata de las pagas extraordinarias, según consta en el anexo I del Convenio Colectivo de MAHOU SA (aprobado por la empresa y el comité intercentros de conformidad con lo dispuesto en el Título III ET y con vigencia desde 1 de enero de 2014 a 31 de diciembre de 2018). El Convenio Colectivo de San Miguel terminaba su vigencia el 1 de junio de 2004. El nuevo Convenio colectivo de Mahou, previa denuncia por escrito en los términos convencionales, se alcanzó el 20 de diciembre de 2004 que se mantiene en vigor en la actualidad. El 30 de abril de 2018, D. Manuel Pérez, jefe de personal de Mahou comunica verbalmente a D. César su cese en la empresa.

La incorporación del trabajador a la empresa Mahou se produjo como consecuencia de la unificación de las redes comerciales de Mahou y San Miguel, ambas pertenecientes al mismo grupo comercial y en virtud de la previsión contenida en la disposición adicional 7ª del Convenio de Mahou en virtud de la cual, de producirse la fusión de las redes comerciales de Mahou y San Miguel, Mahou incorporaría a su plantilla la totalidad del personal que prestara servicios en el departamento comercial de San Miguel “reconociendo la antigüedad en el grupo a los exclusivos efectos indemnizatorios”. En la Red Comercial de San Miguel prestaban servicios a 31 de diciembre de 2003 (fecha en la que se produce la fusión) 9 trabajadores contratados por tiempo indefinido los cuales se incorporaron a la plantilla de Mahou, previa formalización de los correspondientes contratos de trabajo el 1 de enero de 2004.

En aplicación de la mencionada cláusula convencional, en el Anexo I del contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito el 1 de enero de 2004 por D. César Rojo González se indica “La antigüedad en Mahou, SA, a los exclusivos efectos indemnizatorios, data de 2/3/88. Dicha antigüedad, a estos solos efectos, y en caso de causar baja en la empresa por despido, será computada la misma con los límites estipulados en el art. 56 ET”.

En la nómina correspondiente al mes de marzo de 2018 el trabajador no percibió cantidad alguna en concepto de “premio de vinculación”, que el art. 27 Convenio colectivo de Mahou reconocía “al personal que cumpla los treinta años de servicio ininterrumpido en la empresa, que se pagará de una sola vez dentro del mismo mes en que cumpla los años de

servicio, con la cuantía para 2018 de 1.153 euros”. El premio de vinculación se recogía en los mismos términos en los Convenios colectivos de la empresa desde el año 2000.

2. RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto analizar la eficacia de las cláusulas convencionales en la regulación de los efectos de una sucesión de empresas sobre los derechos de los trabajadores y la responsabilidad de los empresarios implicados.

El estudio permitirá aplicar la jurisprudencia reciente para tomar posición sobre la amplitud del principio de subrogación empresarial, sobre el convenio colectivo aplicable en la transmisión, sobre la naturaleza del premio de vinculación y la determinación de la indemnización por despido improcedente.

The purpose of this paper is to analyze the effectiveness of conventional clauses in the regulation of the effects of a succession of companies on the rights of workers and the responsibility of the businessmen involved.

The study will allow the application of recent jurisprudence to take a position on the scope of the principle of corporate subrogation, on the collective agreement applicable in the transfer, on the nature of the link award and the determination of compensation for unfair dismissal.

PALABRAS CLAVE

Sucesión de empresas / Transmisión de empresas/Traspaso de empresa
Succession of companies / Transmission of companies / Transfer of company

Sucesión de plantillas
Succession of workforce

Ultraactividad
Ultra-activity

Premio de permanencia
Permanence Award

Indemnización por despido improcedente
Compensation for unfair dismissal

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de la sucesión de empresas en el panorama jurídico ha experimentado un giro jurisprudencial reciente provocando importantes resoluciones que afectan tanto al concepto como a los efectos de esta institución de plena actualidad.

He reflejado la andadura previa de las resoluciones del Tribunal Supremo, constante hasta el cambio operado en 2018 y los intentos de implementación, en 2016, de la doctrina del TJUE en las Sala Social española, preexistente desde 2002, en el Asunto Temco.

El objetivo del análisis, fundamentalmente, desemboca en la extensión de la figura de la “sucesión de plantillas”, con origen en la sucesión de contratas, a nuestro supuesto de hecho pues como veremos la similitud /identidad de las características permiten esta calificación analógica.

Partiré del estudio del sistema de fuentes, condicionado por la normativa comunitaria que opera como norma de mínimos en las legislaciones nacionales y que se ha impuesto como garante de la protección de los trabajadores de los estados miembros.

Se determinará el concepto legal y jurisprudencial de la figura y sus efectos, y además y primordialmente los desplegados por la intervención autónoma.

Así mismo, estudiaremos la aplicabilidad de los convenios en la transmisión a través de la regulación estatutaria y de las resoluciones judiciales en la materia, tanto en su vigor pactado como en fase de prórroga automática.

Examinaremos la naturaleza del plus de vinculación y su reclamación judicial junto a la indemnización por despido improcedente.

4.SUCESIÓN DE EMPRESAS

4.1 Régimen jurídico

La figura actual de la sucesión de empresas en nuestro país tiene su origen en la Directiva 2001/23 /CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 que procedió a la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de actividad (DO 1977, L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), tal como había sido modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (DO 1998, L 201, p. 88.)

La nueva Directiva encuentra su causa en la evolución económica, nacional y comunitaria que implica modificaciones en la estructura de las empresas mediante las diferentes modalidades de traspasos a otros empresarios, como consecuencia de cualquier tipo de negocio jurídico.

Garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en ese traspaso constituye la finalidad última de la norma comunitaria.

Además de armonizar las legislaciones de los estados miembros en la materia, la Directiva vincula a los mismos como norma de mínimos salvando las mejores condiciones preexistentes en las normas nacionales.

La Directiva del Consejo fue traspuesta a la legislación nacional en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, versión resultante de la Ley 12/2001, modificando el precepto, si bien es necesario destacar que las garantías protectoras se han ampliado en el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en aquellos parámetros donde la Directiva dejaba abierto margen de actuación a las legislaciones nacionales.

La jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión europea y la del Tribunal Supremo desempeñan un papel decisivo complementando y ampliando el ordenamiento jurídico con su doctrina en su función interpretativa y aplicativa de la normativa sucesoria.

En este marco, la negociación colectiva opera en el ámbito de la sucesión de empresas legal de manera poco significativa pues la intervención ha de dirigirse al fomento de las medidas de derecho necesario. Sin embargo, en los supuestos excluidos de la regulación legal, alcanza su eficacia, protegiendo aquellas situaciones no amparadas por la norma heterónoma.

El contrato de trabajo, como fuente de la relación laboral, en relación con el Art. 3.1.c E.T. ha de respetar la jerarquía normativa de la ley y del convenio colectivo. De manera que

el Art. 3.5 E.T. prohíbe la disponibilidad de derechos adquiridos por vía legal o convencional con los efectos previstos por el Art 9 del E.T. que insta la aplicación de los preceptos adecuados conforme al sistema de fuentes cuando resulta nula alguna de sus cláusulas. Si la sucesión deriva del pliego de condiciones pactado entre las empresas implicadas debe mediar el consentimiento del trabajador, manifestado a través del contrato laboral.

Han surgido conflictos entre las dos fuentes más relevantes en el Derecho laboral, ley y convenio colectivo y la prevalencia de una u otra dependerá del ámbito de actuación en que cada una pueda operar y de la extensión de lo regulado autónomamente.

Para el Tribunal Supremo, en STS 1818/2016 de 7 de abril, Rec. 2269/2014 “El principio de jerarquía impone, por otra parte, la supremacía de la ley sobre el convenio, de tal modo que vigente la primera no es posible introducir, vía el segundo, un contenido contrario a la misma ni, si sucede al revés, tampoco puede mantenerse el precepto convencional a partir del momento en que entre en vigor una ley que contenga un precepto de derecho necesario opuesto a aquél.”

“La relación entre el artículo 44 ET y el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.”

En la misma sentencia referida, el voto particular introduce una variación en el papel que el convenio colectivo desempeña. Y se afirma que “Como regla general hay que señalar que el Convenio puede imponer o no la subrogación; si no la impone, la empresa entrante no está obligada a subrogarse pero, si la impone, la citada empresa ha de subrogarse en los derechos y obligaciones de la saliente con las garantías establecidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”

Resumiendo, la negociación colectiva solo puede mejorar las normas de derecho necesario y si el convenio impone la subrogación no pueden obviarse los efectos de la norma legal. Si la previsión del convenio colectivo o en su caso, del contrato de trabajo, no respeta, limita o contradice dichos efectos estatutarios, la cláusula será nula de pleno derecho.

4.2. Tipología:

Se puede hablar de sucesión de empresas legal, convencional o derivada de pacto privado.

Siempre que un supuesto de sucesión empresarial cumpla las condiciones subjetivas y objetivas reguladas en el Art. 44 E.T. éste desplegará sus efectos.

Es en los supuestos excluidos de la regulación estatutaria, en supuestos de sucesión de contratistas (en sectores como limpieza, vigilancia, mantenimiento de piscinas...), en determinadas condiciones, donde desempeña un papel importante la regulación autónoma ya que protege situaciones no amparadas por la norma legal, precisando que los efectos serán los que establezca el propio convenio, siempre, claro está, sin perjudicar los derechos de los trabajadores y la única valoración pertinente residirá en la efectiva garantía que el empleado obtiene gracias a lo pactado convencionalmente.

Hablamos también de sucesión derivada de lo pactado en el pliego de condiciones aceptado por el nuevo contratista y que se incluirán en el contrato laboral, mediando siempre el consentimiento del trabajador. Los efectos serán los allí previstos.

4.2.1 *Art. 44 E.T. Sucesión de empresas legal*

La acción tuitiva del Art. 44 E.T. se extiende en la confluencia de los dos elementos exigidos. El cambio de titularidad ha de derivar del hecho del traspaso de una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma.

4.2.1.1.-Elemento subjetivo: Relevancia del Grupo de empresas en la sucesión.

-Art. 2 Directiva 2001/23: Conceptúa este elemento personal como cedente y cesionario, quien pierde y quien adquiere la condición de empresario

-Art. 44.1 E.T. se refiere al cambio de titularidad de una empresa.

Partimos de la circunstancia significativa de que ambas empresas integran un grupo de sociedades, donde éstas, conservando su independencia jurídica, actúan en el mercado sometidas a una relación de dependencia y a una dirección económica única. Esta imagen externa se traslada indubitadamente al ámbito interno de funcionamiento. Dicha conexión consta en el propio Convenio Colectivo de la empresa Mahou de 2003 cuando refiere las características del grupo proveniente de San Miguel.

La integración en la empresa dominante proviene de la adquisición por parte de Mahou, S.A. del 69% de San Miguel, S.A. mediante la compra del 100% de las acciones de Enterprise Resource Planning. El resultado de la operación otorgará a Mahou la titularidad del 96,068 % de San Miguel, quedando el resto repartido entre autocartera (3,0892%) y varios (0,8425%). El control de San Miguel pasará así de Danone a Mahou.

Hemos de responder, en primer lugar, a la pregunta de si la transmisión entre empresas del mismo grupo queda sometida al ámbito de aplicación de la normativa comunitaria y nacional.

Al Tribunal de Justicia Europeo, en Sentencia (Sala Novena) de 6 de marzo de 2014 en el asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros y Telecom Italia Spa, en planteamiento como cuestión prejudicial, le correspondió dilucidar si la Directiva 2001/23 es igualmente aplicable cuando, con posterioridad a la transmisión de una parte de una empresa, el cedente ejerza sobre el cesionario facultades de control significativas. Su interpretación nos sirve para resolver las dudas en nuestro asunto.

“En primer lugar, de ninguna disposición de la Directiva 2001/23 se desprende que el legislador de la Unión haya considerado que la aplicación de esta Directiva esté supeditada a la independencia del cesionario con respecto al cedente y que, por tanto, pueda aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores. La circunstancia de que las sociedades de que se trate tengan no sólo los mismos propietarios, sino también la misma dirección y las mismas instalaciones, y trabajen en la misma obra es indiferente al respecto (sentencia de 2 de diciembre de 1999, Allen y otros, C-234/98, Rec. p. I-8643, apartado 17).”

La consecuencia de excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, iría precisamente en contra del objetivo último de ésta, que es garantizar, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente (sentencia Allen y otros, apartado 20).

En términos generales, tomando como referencia la STS de 14 de febrero de 2011 (Rec. núm. 130/2010), la mera adquisición de acciones de una compañía por otra no constituye ninguna sucesión de empresa. Pero en el supuesto examinado, no existió sólo un cambio de la titularidad de las acciones de la compañía sino que fue uno de los elementos necesarios que se utilizaron para que se produjera la segregación de la rama de actividad comercial hacia la adquirente.

Fijado, pues, el presupuesto subjetivo para la aplicación a priori de la normativa sobre sucesión empresarial, es preciso examinar las circunstancias relativas a la propia transmisión.

4.2.1.2.-Elemento Objetivo: Preexistencia de la unidad productiva autónoma:

-Art. 1 Directiva 2001/23

-Art. 44.1 y 2. del E.T.

Norma comunitaria: Ámbito de aplicación: Traspasos de empresa o partes la misma, traspasos de centro de actividad o partes de éstos. La norma nacional se aplicará a sucesiones de empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma

La Directiva define el traspaso como el de una entidad económica que conserve su identidad, entendida como un conjunto organizado de medios a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. El concepto se recoge de forma literal en el E.T.

Lo decisivo es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad.

El TJUE ha resuelto como cuestión prejudicial, en la misma Sentencia Amatori de 6 de marzo de 2014 la controversia sobre la necesidad de la preexistencia de la unidad productiva autónoma a la fecha del traspaso. “Por consiguiente, si, en el asunto principal, resultara que la unidad transferida de que se trata no disponía, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 a tenor de la redacción del Art.1 “entidad económica “que mantenga” su identidad” . En tales circunstancias, no existiría la obligación que se deriva de dicha Directiva de mantener los derechos de los trabajadores transmitidos.

La Directiva no se opone a una norma nacional, permite que el cesionario suceda al cedente en las relaciones laborales en el supuesto de que esa parte de empresa no constituya una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión. Corrobora esta conclusión el artículo 8 de la Directiva 2001/23, que dispone que ésta no afecta a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores.

La SAN 775/2015 de 27 de Febrero aplica la doctrina Amatori. Por el voto particular se estima que no concurrían los elementos necesarios, tras un minucioso estudio de los datos de la cesión, para determinar la existencia previa de la entidad económica y que, por tanto, no procedía la aplicación del Art. 44 E.T que recoge la literalidad del Art. 1 de la directiva 2001/23.

A nivel interno, si la unidad transmitida no preexiste a la cesión, y no hay norma nacional protectora aplicable, implicaría que se ha producido una cesión de contrato (ex Art.

1205 C.C.)y por lo tanto, la cesión de los trabajadores podría llevarse a cabo únicamente con la concurrencia del consentimiento de los afectados, bien expreso, bien tácito.

En el caso estudiado, no se plantea duda alguna en cuanto a la existencia previa del grupo de trabajadores del área comercial.

En el supuesto analizado, la empresa cesionaria entiende que la calificación de la transmisión ha de quedar al margen de la norma de derecho necesario, no aplicable cuando no concurre el conjunto de medios organizados en una entidad económica que mantenga su identidad, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (Art. 44.2 E.T.).

Mahou estima que el objeto de la transmisión es mera mano de obra y acude a la regulación convencional estableciendo un sistema de protección adicional para este grupo de trabajadores, que de otra forma, no recibirían el amparo de la normativa legal laboral.

Es la norma autónoma la que fija, en estos supuestos, las condiciones y efectos de la transmisión. Es práctica común la subrogación de la empresa cesionaria en los contratos de trabajo y la restricción de la responsabilidad solidaria de la empresa entrante, obligándose solamente respecto de los salarios devengados por los trabajadores objeto de la subrogación desde el momento del cese.

Desde otro punto de vista, se puede entender que lo pretendido por Mahou es, mediante la fórmula benevolente pactada a través de la negociación colectiva, obviar la norma de derecho necesario del E.T. considerando que la incorporación de la red comercial de San Miguel habría de excluirse de la norma legal por carecer de la previsión de unidad económica, por no tener la consideración de un conjunto organizado de medios, puesto que, al fin y al cabo, solamente se produce una mera asunción de trabajadores por cambio de empresario.

Al referir en el convenio colectivo de Mahou las características del colectivo que se va a transmitir como de “convivencia física, de medios, ambivalencia, y centralización de funciones del Grupo” se está tratando de excluir precisamente, la existencia de una entidad productiva autónoma.

Sin embargo, una de las más relevante, si no la más, de las actividades de una mercantil, es la política de ventas que cuenta con variables como la estrategia comercial, el diseño organizativo, los procesos de gestión de clientes, las competencias y habilidades de los individuos, su motivación, los procesos de inteligencia, los procesos de marketing etc... La red comercial adquiere la organización que su actividad requiere y así puede ser entendido. Significaría, pues, la inclusión en la transmisión de no solo la propia fuerza de ventas sino también la de otras áreas adyacentes. Para la inclusión del caso en la figura legal habría de existir necesariamente un acuerdo, previo al traspaso o sucesivo, entre las compañías respecto

a la cartera de clientes de San Miguel mediante el que dicho fondo pase a ser controlado a través de cualquier negocio jurídico por la adquirente Mahou. Este elemento, aún de naturaleza inmaterial, podría constituir ese elemento patrimonial necesario, junto a los antes descritos, para terminar concluyendo que la sucesión sea de carácter legal.

Carecemos de estos datos y en el supuesto de que obraran en nuestro poder, su acreditación en sede judicial sería compleja.

¿Cómo se manifiesta la doctrina jurisprudencial europea y nacional a la hora de encuadrar un traspaso de contrata derivado de una norma convencional? Nuestro supuesto no obedece a un traspaso entre empresas derivado de contrata, pero a partir del análisis jurisprudencial determinaremos la resolución del asunto.

La STJUE de 11 julio 2018, Somoza, C-60/17, doctrina constante desde la STJUE de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00 interpreta que “resulta de aplicación la norma comunitaria cuando como consecuencia de un traspaso derivado de una contrata, la empresa adquirente, en virtud de norma convencional, se hace cargo de una parte significativa del personal afectado, siempre que la operación constituya la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad y este requisito habrá de valorarse atendiendo a las circunstancias de cada supuesto (Punto 30) como la transmisión de elementos materiales e inmateriales, la asunción de la mayoría de los trabajadores, la transmisión de la clientela, el grado de analogía de las actividades realizadas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de las actividades.”

Añade que, “en aquellos sectores con fundamento básico en la mano de obra, el conjunto de los trabajadores traspasados pueden constituir una entidad económica y que para fijar su identidad basta que el adquirente, además de continuar con la actividad, se hace cargo de una parte del personal cuantitativa y cualitativamente significativa.”

La postura de nuestro Tribunal Supremo ha permanecido constante entendiendo que la sucesión de contratistas no quedaba enmarcada en la figura legal permitiendo que el convenio colectivo dispusiera en la materia, como norma de mejora de la regulación estatutaria ya que ésta no contemplaba explícitamente estos supuestos de cesión única de personal.

En nuestro país, comienzan a vislumbrarse cambios de posición doctrinal a partir de **STS 1818/2016 de 7 de abril**, N° Rec. 2269/2014 manifestado en la formulación de un voto particular.

Se trata de un supuesto de subrogación empresarial por sucesión de contratistas en el sector de seguridad, en la que se asume la totalidad de los trabajadores de la empresa saliente, operada por mandato convencional y en la que la cuestión controvertida radica en determinar la legalidad de una cláusula del convenio colectivo aplicable que establecía la exoneración para la empresa cesionaria de las deudas salariales nacidas con anterioridad a la transmisión.

“La validez de estas cláusulas no ha venido admitiendo duda alguna porque si el supuesto de hecho a que se refieren queda excluido del artículo 44 ET, resulta perfectamente válido que la autonomía colectiva favorezca la continuidad de las relaciones laborales...”

“De esta manera, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, Rec. 899/02, que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata.”

El voto mayoritario de la Sala entiende que la nueva adjudicataria del servicio de seguridad tiene obligación de subrogarse en los trabajadores de la anterior empresa “por mandato del artículo 14 del Convenio Colectivo y lo debe hacer con los requisitos y límites que el mismo establece, de manera especial, sin responder de las deudas contraídas por la empresa adjudicataria anterior con sus trabajadores antes de la asunción de la contrata por la nueva empresa.”.

Formula voto particular frente a la resolución mayoritaria la Magistrada Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga incidiendo en la doctrina de TJUE que sostiene el criterio de que "en determinados 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" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, 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 términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea", fundamentado en numerosas sentencias como en la de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini).

“La extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, "no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición.

Y que, por tanto, “el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente por la entrante -ya sea por decisión voluntaria o por imposición del Convenio Colectivo- no afecta al alcance de la obligación de subrogación, por lo que la empresa entrante ha de subrogarse en los derechos y obligaciones de la saliente respecto a sus trabajadores”.

Sentado pues, que se ha producido una sucesión de empresa, por mor de la doctrina sobre "sucesión de plantilla", se impone la aplicación de las garantías contempladas en el artículo 44 E.T. en la parte coincidente con la Directiva 2001/23, como son la subrogación en los derechos y obligaciones laborales y en la responsabilidad solidaria que los estados miembros podrán establecer y que efectivamente estableció nuestra normativa heterónoma. Por tanto, se transmiten al cesionario todos los derechos y obligaciones laborales del cedente.

La Sala de lo social, en su STS 3545/2018 de 27 de septiembre de 2018 Rec. 2747/2016 adopta un cambio significativo en la valoración que venía estableciendo de la subrogación empresarial por sucesión en contrata derivada de mandato convencional. En ella, didácticamente, analiza y explica su posición previa y el cambio operado, reconociendo que “ciertamente, el giro doctrinal que imprimimos es lo más relevante de nuestra sentencia”

Esta Sala, a partir de la STS de 5 de abril 1993, Rec. 702/92 sentó el criterio tradicional manteniéndolo hasta otras como STS de 7 de abril de 2016 Rec.2269/14 y STS 392/2016 de 10 de mayo de 2016. Rec. 2957/2014.

En las últimas, se afirma que "Ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación". Esta conclusión resulta avalada tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de la Sala, que han sido constantes en señalar que "cuando no se dan los requisitos legalmente previstos la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias de la cláusula del convenio aplicable; la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan.

¿Cuáles eran los puntos fundamentales de su doctrina tradicional?

“A) La exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional.

B) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

C) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una "sucesión de plantilla" no debe acudir a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas.

D) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral.”

El giro doctrinal experimentado lo resume la Sala IV en 4 puntos:

“Primera- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

Tercero- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto-El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.”.

“Sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, en determinados 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. Ha de admitirse que 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 términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable [STJCE 29/2002, de 24/Enero, caso Temco Service Industries, con cita de la STJCE 45/1997, de 11/Marzo, caso Süzen; y de la STJCE 308/1998, de 10/Diciembre, asunto Hernández Vidal] (en tal sentido, SSTS 20/10/04 -rcud 4424/03-; 07/11/05 -rec. 3515/04-; 27/06/08 -rcud 4773/06-; 21/09/12 -rcud 2247/11-; y 10/11/16 -rcud 3520/14-).”

Y en esta misma línea hemos señalado que «la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», con lo que la doctrina comunitaria «deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria».

Esta doctrina se consolida en STS 3852/2018 de 25 de octubre, en un asunto similar al anterior que comparte la misma empresa recurrente.

Sin embargo, la asunción significativa de la plantilla no constituye siempre sucesión de empresa, solo lo será cuando la actividad descansa fundamentalmente en el factor humano y la cantidad del personal incorporado sea significativa. Así en STS, Sala Social de fecha 26 de octubre de 2018 ,Rec. 937/2018, realiza una delimitación conceptual entendiendo que” si se trata de una actividad materializada, el hecho de que la empresa contratara a 6 de los 10

trabajadores de la anterior contratista, no determinaría per se la aplicación del artículo 44 ET si no viene acompañada de los medios materiales necesarios e indispensables para poder prestar el servicio.” “Por un lado no se presenta como una actividad esencialmente residenciada en la mano de obra, y, por otro, no habiendo una transmisión de los medios materiales imprescindibles –delimitados como no marginales en la relación fáctica de la sentencia- para la explotación del servicio encomendado, no se habría producido la requerida traslación entre saliente y entrante de todo un conjunto organizado de elementos personales y materiales de capital importancia para el desarrollo de la actividad, para que pudiera declararse sucesión empresarial.”

La doctrina científica ya avalaba las conclusiones obtenidas por la Sala cuarta del T.S. en varios ejemplos:

GÓMEZ ARBÓS afirma que “La sucesión de empresa por sucesión de plantillas amplía la garantía de los trabajadores”¹.

DESDENTADO BONETE considera que «sin duda en la mayoría de las actividades subrogadas es necesaria la asunción de plantilla anterior por motivos puramente prácticos. El personal subrogado ya está formado, conoce la actividad a desarrollar y lo más importante conoce a los clientes asumidos por la nueva empresa, por lo que son escasos los supuestos en los que se puede prescindir de la plantilla»²

Según GÓMEZ ARBÓS “ La realidad negocial ha evidenciado un comportamiento diferente al que pronosticaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 2004 (RJ 2004, 7162) , porque las cláusulas subrogatorias convencionales parecen que se han mantenido a lo largo de estos años, incrementadas tal vez por el crecimiento de la sucesión de contratas. Pero también puede aducirse que la realidad ha demostrado que las cláusulas convencionales

¹En este sentido, entre otros, GÓMEZ ARBÓS, J.: «La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del art.44 ET (RCL 2015, 1654) », *REDT*, núm. 185, 2016, p. 5; RENTERO JOVER, J.: «La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) », *RDS* núm. 30, 2005, p. 168; MERINO SEGOVIA, A.: «La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: un marco normativo insuficiente y deficiente», *RDS* núm. 45, 2009, p. 81.

² DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *RMTAS*, 38, 2002, pág. 254

introducen reglas limitativas o restrictivas de la subrogación que en ocasiones se transforman en espacios de exclusión o limitación de normas imperativas primando más la seguridad del empleo que la garantía de las condiciones de trabajo, incrementándose al respecto los conflictos interpretativos.”³

4.2.2. *Sucesión convencional:*

Por el principio de supremacía legal, la voluntad autónoma desempeña un papel subsidiario y/o complementario en la figura sucesoria. Cuando no se reúnan los condicionantes que, legalmente se exigen para la inclusión del hecho en las protecciones anteriormente citadas, podrán establecerse, por la intervención de los agentes sociales, los garantías proteccionistas que regirán en la transmisión.

Por tanto, serán los supuestos excluidos de la regulación heterónoma los que queden bajo el amparo de la regulación convencional.

Dado que la Directiva sucesoria, en general, deja abierta la vía de la mejora a la norma nacional, la intervención autónoma no puede sino favorecer la situación laboral de los que, de otro modo, quedarían al margen de cualquier protección.

Los efectos pactados serán los que determine el convenio y en los términos en que los fije.

4.2.3 *Sucesión contractual:*

Reconocida por la autonomía de la voluntad de las partes, los efectos que se derivan serán los consolidados en el contrato laboral en el que el trabajador consiente las medidas adoptadas.

En nuestro supuesto, si la transmisión hubiera afectado a un número poco significativo de trabajadores, habría que estar a lo efectivamente pactado en el convenio y con los efectos que en él se indicaran. Así, el personal subrogado solamente hubiera visto reconocida su antigüedad a efectos indemnizatorios excluyéndoles la posibilidad de optar al premio de permanencia.

³ GÓMEZ ARBÓS, J.:op.ult.cit., p. 5

4.3 Efectos:

Corresponde analizar la eficacia de la cláusula que la normativa autónoma regula en relación al reconocimiento de la antigüedad del trabajador incorporado “a los meros efectos indemnizatorios.”

El primero de los efectos, contenido en el Art. 44.1 E.T. “no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”.

Veamos un ejemplo en una sentencia supranacional: La STJUE 6 de abril de 2017 (C-336/15), caso *Unionen*, constata la obligatoriedad del mantenimiento de la antigüedad adquirida por el trabajador en la empresa cedente como base para el cálculo del período de preaviso a que tiene derecho si la empresa cesionaria procede a su despido (transcurrido más de una año desde la cesión) reconocida en el convenio colectivo de la aplicación antes de la cesión, y ya no aplicable. El Tribunal de Luxemburgo concluye que la empresa adquirente no puede obviar la antigüedad adquirida por los trabajadores en la empresa cedente, en cuanto que ello supondría “imponer a los trabajadores condiciones menos favorables que las aplicables antes del traspaso”.

Ya en sentencia de 6 de septiembre de 2011, asunto C-108/10, caso *Scattolon*, se puso de manifiesto que la antigüedad en la empresa cedente no es como tal un derecho que pueda ser invocado ante la cesionaria, pero que dicha antigüedad “sirve para determinar ciertos derechos pecuniarios de los trabajadores”.

El segundo efecto, en el Art. 44.3 E.T.: “el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.”

Así se confirma en la STS 3845/2018 de 24 de octubre en el caso de subrogación empresarial por sucesión en una contrata de limpieza derivada de la aplicación de un convenio colectivo en el que la cláusula establece la exoneración de la empresa entrante respecto de las deudas salariales nacidas con anterioridad a la transmisión: “puedan verse disminuidos los derechos de los trabajadores afectados por aquélla, perdiendo las garantías salariales que les reconoce la norma estatutaria. Por eso entendemos que ha de aplicarse el primer párrafo del núm. 3 del citado artículo 44, a cuyo tenor, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las

obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Y en este caso, dado que las cantidades reclamadas por la actora son anteriores a la transmisión, la responsabilidad debe ser solidaria de las dos empresas demandadas”

Una vez fijada la aplicabilidad del instituto de la sucesión empresarial legal, concepto ampliado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la denominada “sucesión de plantillas”, los efectos que se derivan no pueden ser diferentes de los previstos en la disposición legal. Consecuentemente, el nuevo empresario ha de mantener las condiciones laborales que los trabajadores comerciales disfrutaban en el momento previo a la transmisión, todas ellas y en toda su extensión.

Hay que puntualizar que la negativa del trabajador a la subrogación será normalmente considerada como una baja voluntaria dado que todas las condiciones han de conservarse con la entrada de la nueva empresa.

En el supuesto de que las condiciones laborales propuestas por el cesionario constituyan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo previas, el empleado tendrá derecho bien a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades o a impugnar la decisión de la cesionaria ante la jurisdicción social (Art. 41.3 E.T.) Si dichas modificaciones afectaran negativamente a la dignidad del trabajador, podrá éste extinguir su contrato conforme al Art. 50 E.T. con derecho a la indemnización correspondiente por despido improcedente o a impugnar la medida judicialmente.

El Art. 44 del E.T. se aplicará ope legis con los efectos previstos de continuidad en las relaciones laborales y de subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social. D. César mantendrá su antigüedad a fecha del inicio de la relación laboral con el primer empleador, San Miguel.

Ningún mecanismo jurídico puede alterar los efectos desplegados por la norma estatutaria, de forma que la inclusión de la cláusula limitativa en el convenio y en el contrato de trabajo contradice el resultado imperativamente impuesto. La supremacía legal impide un efecto contrario al propio, ya provenga éste de un convenio colectivo o su origen sea contractual. De esta forma, un pacto, bien de naturaleza convencional, bien de naturaleza individual, o conjunto como en el caso, sería nulo de pleno derecho si minorara o condiciona los efectos de la norma heterónoma (inciso inicial del art. 85.1 ET y art. 3.1 c) ET).

Si el trabajador hubiera demandado el premio de vinculación en vía judicial, vigente la doctrina tradicional, hubiera visto desestimado su derecho pues la fundamentación de los

tribunales debería adecuarse a dicha doctrina. De tal forma que, derivada la subrogación de lo establecido convencionalmente, habría que estar a lo efectivamente pactado por los agentes sociales y dado que su antigüedad se reconoció solamente a efectos indemnizatorios se excluirá su aplicación para otros derechos conexos al tiempo de permanencia en la empresa. Obviamente, la demanda con alegación de la jurisprudencia del TJUE, de sus casos Temco (2.002) y Somoza, no tenía en ese momento, acogida en la Sala IV del Tribunal Supremo.

Sin embargo, tras el reciente giro jurisprudencial, a la incorporación de los trabajadores de la red comercial de una empresa cervecera a otra, deben aplicarse en toda su extensión los efectos de la norma estatutaria. Aún no produciéndose la transmisión de elementos materiales, pero constando la base fundamental de la actividad en el factor humano y que dicha incorporación afecta a la totalidad del grupo de ventas de la empresa de origen permitiendo al empresario cesionario continuar con el ejercicio de la actividad, podemos calificar esta transmisión analógicamente a la sucesión de plantillas ya que se cumplen las condiciones fácticas previstas para la sucesión de contratas.

Por aplicación de la nueva doctrina, no se podrán limitar sus efectos legales y la exoneración por parte del nuevo empresario del reconocimiento pleno del derecho de antigüedad será nulo de pleno derecho. No se desplegarán los efectos previstos ni por el convenio ni por el contrato de trabajo. Las previsiones estatutarias operan ex lege y la subrogación en los derechos y obligaciones de la empresa cedente ha de afectar a la plenitud de los derechos y de las obligaciones.

Del mismo modo, no podrá condicionarse o limitarse la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario durante los tres años posteriores a la transmisión para las deudas nacidas con anterioridad a la cesión.

En nuestro asunto, el derecho de D. César al premio de vinculación nació con posterioridad a la transmisión. El trabajador dirigirá la reclamación de la gratificación al empresario adquirente, a Mahou.

Actualmente y con motivo del giro doctrinal de la Sala de lo Social, la única posibilidad de excluir la aplicación en toda su extensión de la norma legal radica en no asumir esa parte relevante de la plantilla afectada, ni cuantitativa ni cualitativamente. Y precisamente, esa no asunción relevante será el determinante, en su caso, de la exclusión de la aplicación del Art. 44 E.T. Cuando la cuestión sea controvertida, quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de mano de obra, deberá acreditarlo adecuadamente.

5. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

5.1 Fundamentos de Derecho

El Art.3.3 de la Directiva 3001/23 dispone que “Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.”

En STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15), caso Unionen, ya citada, la empresa demandada tenía convenio colectivo propio, había transcurrido más de un año desde que se produjo la transmisión y podía dejar de aplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio originario. Pero “no se ha puesto fin al convenio colectivo aplicable a los trabajadores transferidos desde la fecha de su traspaso, ni ha sido renegociado. Tampoco ha expirado ni ha sido reemplazado por otro convenio colectivo”.

En ambos convenios se reconoce la ampliación del período de preaviso en caso de despido para trabajadores mayores de 55 años y con una antigüedad mínima de diez años. El TJUE concluye que la empresa cesionaria debe respetar la antigüedad adquirida por los trabajadores en la empresa cedente, en caso contrario implicaría “imponer a los trabajadores condiciones menos favorables que las aplicables antes del traspaso.

El Art. 44 E.T mantiene la previsión comunitaria: “Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. “Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.”

La sala cuarta del Tribunal Supremo se ha enfrentado en varias ocasiones a la cuestión, en síntesis, de determinar si un empleado aeroportuario conserva el derecho a la gratuidad de pasajes, prevista en el convenio colectivo de origen, cuando es transferido de una Compañía Aérea a otra empresa cuya actividad es exclusivamente la asistencia en tierra.

Su postura se muestra proteccionista a favor de los empleados afectados y así en STS 459/2018 de 2 de febrero debaten si resulta de aplicación el convenio colectivo regulador que en su articulado establece que se respetará el derecho de utilización de billetes de avión en las “condiciones en que esté establecido en el Convenio Colectivo de la Empresa cedente. Si la empresa cesionaria no fuera línea aérea podrá pactar la compensación de este derecho.” Concluyen que la empresa cesionaria respetará y mantendrá ese derecho en las mismas condiciones en que esté establecido en el convenio de origen “sin perjuicio de que se adopten las fórmulas adecuadas para hacer efectivo ese derecho respecto de empresas cesionarias que no sean compañías aéreas.”

El convenio preveía la posibilidad de compensación patrimonial sujeta a acuerdo, que por otra parte, nunca se formalizó. Y por tanto, hasta que no se hubiese alcanzado pacto alguno sobre este particular, como fue el caso, sólo cabrá cumplir el derecho en los términos establecidos en el convenio colectivo de la empresa cedente.

El legislador español, no ha desarrollado expresamente esta previsión del precepto comunitario que extiende la aplicación de las condiciones laborales originarias hasta al menos un año desde la fecha de la cesión. Nuestra normativa no establece topes máximos ni mínimos y, por tanto, la entrada en vigor del convenio posterior de la cesionaria pone fin automáticamente a la aplicación del convenio originario de la cedente, con independencia de que haya transcurrido menos o más de un año desde que se produjo la sucesión de empresa.

Sin embargo, hay que plantearse qué sucede en aquellos casos en que el convenio de la cedente termina su vigencia sin que exista convenio posterior de la cesionaria que lo sustituya.

La elección del convenio que debe regir las relaciones con los trabajadores subrogados parte de la existencia de convenios aplicables diferentes en las empresas vinculadas por la transmisión. Si ambas empresas rigieran sus relaciones laborales en virtud de un convenio común, la cuestión no suscitaría duda.

Una segunda cuestión ha de enfocarse en el significado amplio o restrictivo del concepto “convenio colectivo”.

La doctrina más restrictiva entiende que son de referencia los convenios colectivos estatutarios y aquellas otras manifestaciones de la negociación colectiva de las que pueda predicarse eficacia normativa⁴ (REY GUANTER)

⁴. Rey Guanter, S., Martínez Fons, D., y Serrano Olivares, R.: «EL régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *RMTSS*, n° 58, Madrid 2005 pág 244.

Otro sector doctrinal, extienden el significado a cualquier manifestación de la autonomía colectiva que se aplique a los trabajadores, coincidiendo, precisamente, con la postura mantenida por el TJUE de fecha 11 septiembre 2014 (TJCE 2014, 220) El pronunciamiento del tribunal europeo precisa que el art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CE no tiene por objeto mantener la aplicación de un convenio colectivo como tal sino «las condiciones de trabajo» pactadas en el mismo, argumento que armoniza con la teoría nacional de la contractualización del convenio colectivo ⁵ (MOLERO MARAÑÓN).

En nuestro país, la Sala IV del TS, en STS 3606/2010 de 12 de abril, Rec.139/2009 mantiene una posición limitativa en cuanto afirma que, conforme a reiterada doctrina, “los convenios colectivos tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada (art. 86.3 ET), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas” concluyendo que además no se integran en el sistema de fuentes del art.3.1 E.T.

Ese pacto, pues, vulneraría el derecho a la negociación colectiva del Art. 37.1 C.E. pues implicaría una quiebra del derecho hacer prevalecer la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva.

Cronológicamente, el precepto estatutario indica que ha de aplicarse en primer lugar el convenio de origen y posteriormente, una vez consumada la cesión, el nuevo empresario y los representantes de los trabajadores tendrán la facultad de pactar la aplicación de otro convenio. Las partes podrán optar entre el convenio de San Miguel, ya en aplicación por imperio de la ley, o por el de Mahou o por el convenio de sector provincial o estatal si lo hubiese, siempre que no perjudiquen las condiciones preexistentes, principio general de la figura sucesoria. Si este límite no se respeta, la jurisdicción social podrá declarar nula la decisión adoptada.

⁵ Molero Marañón, M^a L^a: «Los acuerdos colectivos en el marco de la transmisión de empresa», en AAVV: *Manual Jurídico de la Negociación Colectiva*, Madrid, 2007, pág. 764.

perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

El legislador no solo delimita el mantenimiento del convenio originario para los trabajadores subrogados sino que también pauta dos límites temporales:

- a) Hasta que el convenio pierda su vigencia
- b) Hasta que resulte de aplicación un nuevo convenio a la empresa adquirente.

El Convenio Colectivo de San Miguel terminaba su vigencia el 1 de junio de 2004. El nuevo Convenio colectivo de Mahou, previa denuncia por escrito en los términos convencionales, se alcanzó el 20 de diciembre de 2004 manteniéndose en vigor en la actualidad.

¿Cuál será, a partir de ese momento, el convenio que regirá la relación trabajador cedido-empresario?

El Art. 86.3 E.T. in fine reza: “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.”

5.2. Ultraactividad:

Esto significa que en nuestro ordenamiento la prórroga en la aplicación del convenio denunciado de la cedente prevista en el art. 44 ET dependerá de lo que hayan pactado las partes en cuanto a la vigencia del convenio.

La **Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11/09/2014, Rec. C-328/2013** establece que ante una sucesión de empresas, hasta que no entre en vigor un nuevo convenio, las condiciones laborales han de ser las pactadas anteriormente y que no pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación de la directiva las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores transferidos en virtud de una norma de ultraactividad de un convenio colectivo.

La STS de la Sala de lo Social, 2279/2011 de doce de abril. Rec. 132/2010 alcanza las siguientes conclusiones:

1ª) “La empresa adquirente "INDRA SISTEMAS S. A." está obligada a respetar para los trabajadores subrogados provenientes de las otras tres empresas del grupo absorbidas, el convenio colectivo que regía las relaciones de trabajo en cada una de ellas y se encontraba en fase de ultraactividad en la fecha de la transmisión.

2ª) Esa obligación debe subsistir, salvo pacto en contrario establecido tras la transmisión mediante acuerdo de empresa alcanzado entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores, hasta que, después de producida la subrogación, entre en vigor o sea aplicable a INDRA SISTEMAS S.A. un nuevo convenio."

Y en el mismo sentido su resolución de 14/02/2011, Rec. 130/2010.

Nuestra jurisprudencia, al igual que la STJUE 11 septiembre 2014, también ha reconocido que se aplica la garantía del art. 44.4 ET cuando el convenio colectivo estatutario de la cedente está en situación de ultraactividad. En este sentido, las STS 22 marzo 2002 (RJ 2002, 5994) (Rec. 1170/2001) y STS 30 septiembre 2003 (RJ 2003, 7450) (Rec. 88/2002) consideran que mientras que se mantiene la vigencia de las cláusulas normativas de un convenio colectivo, por lo que el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la empresa cesionaria hasta que, después de la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa.

Esta jurisprudencia se refiere a supuestos en los que el convenio colectivo se encuentra en régimen de ultraactividad en el momento de producirse la transmisión, aunque nada impide su aplicación en aquellos otros casos en los que su ultraactividad se produzca con posterioridad a la transmisión.

La situación problemática puede originarse cuando, en el momento de la transmisión se haya agotado el plazo de ultraactividad y proceda fijar el nuevo convenio aplicable, circunstancia resuelta, entre otras, por la SAN de 4 septiembre de 2014 (AS 2014, 2098) en la que concluye que, si no se ha pactado otra cosa, deberá aportarse el convenio superior aplicable que sustituya al fenecido, convenio superior cuya aplicación debe ser concurrente, es decir, que dé contenido a las relaciones laborales que venían reguladas por el convenio colectivo extinto. La sentencia concluye que, en el caso de que existan varios convenios concurrentes, habrá de elegirse el de ámbito mayor. Este mecanismo del Art. 86.3 ET in fine es una solución excepcional y temporalmente limitada ya que solo se mantendrá, salvo pacto en contrario, hasta que en la empresa adquirente se negocie un nuevo convenio, en el que participarán los trabajadores subrogados o sea de aplicación uno nuevo.

Procede el análisis de una cuestión relevante que puede mediar en el momento de la cesión empresarial cuando el convenio de origen haya perdido su vigencia tendente a resolver la laguna estatutaria en el supuesto de inexistencia de convenio aplicable de ámbito superior.

5.3 Inexistencia de convenio colectivo de ámbito superior.

Sobre la circunstancia de que no exista convenio colectivo de ámbito superior aplicable, la cuestión quedó resuelta en la STS 5504/2014 de 22 de diciembre, casación 264/2014. En el asunto se demandaba la inaplicación del Estatuto de los Trabajadores para la fijación de los salarios a falta de convenio de ámbito superior de aplicación.

Apreciando la laguna existente en la norma legal y evitando la aplicación del E.T. razona la Sala que las condiciones laborales contempladas en el Convenio están incorporadas al contrato de trabajo y además desde el primer momento, cuando nace la relación jurídica contractual y no desde que el mismo pierde su vigencia. Confirma la Sala la STSJ para que “repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo”.

La STS 3212/2018 de 25 de julio de 2018, resuelve el supuesto de que no exista convenio de ámbito superior aplicable y cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes. “La duda, consiste en colmar la laguna legal consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática.”

“Podemos decir que las soluciones que ha venido dando la doctrina científica y también la doctrina judicial son esencialmente dos y radicalmente opuestas, a saber:

“Una primera tesis, que podemos denominar "rupturista", según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido.” (BLASCO PELLICER)⁶

“Y una segunda, que denominaremos "conservacionista", según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la

⁶ Blasco Pellicer, A.: «Diez problemas aplicativos de la “ultraactividad” legal de los convenios colectivos», en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, número extraordinario 109, 2014 «La Reforma Laboral y su desarrollo», págs. 247 y ss.

pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.” (OTROS) ⁷

“La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora se centra en determinar si tras la denuncia del convenio colectivo, el demandante tiene o no derecho a lucrar el complemento de antigüedad regulado en el artículo 39 de la misma.”

“La Sala IV estima ajustada a derecho la decisión empresarial pues el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores, en las que están implícitas el mantenimiento del complemento salarial de antigüedad en los términos previstos en el art. 39 del convenio colectivo fenecido, no va más allá de la fecha de la referida pérdida de vigencia del convenio colectivo, de modo que se mantendrá la cuantía percibida en tal fecha, si bien sin incrementos posteriores por devengo de nuevos cuatrienios, en tanto que las partes no negocien uno nuevo en el que se reconozca el derecho, cumplimentando el compromiso adquirido, a cuyo fin consta se iniciaron negociaciones el 7 de febrero de 2014”.

En el supuesto dado, si perdida la vigencia definitivamente del convenio de origen, no existiera convenio aplicable de ámbito superior, habrían de respetarse, en la misma medida, las condiciones laborales preexistentes por aplicación de la teoría de la contractualización del convenio colectivo.

En la concurrencia de convenios aplicables, si hubiera expirado en la fecha de la cesión el de la empresa transmitente, tomamos de referencia la STS 451/2018 de 1 de febrero (Rec. 35/2017). En la litis se plantea que, al producirse la subrogación, los trabajadores procedentes de la cedente (Cruz Roja) no tenían Convenio Colectivo aplicable porque había expirado, de modo que las condiciones de trabajo, contempladas en el I Convenio Colectivo de Cruz Roja, estaban incorporadas en sus respectivos contratos de trabajo en virtud de la doctrina de la contractualización del convenio colectivo.

⁷ Agustí, Alfonso, Aparicio, Baylos, Cabeza, Casas, Cruz, Fernández, Goñi, L. Gandía, Merino, Molina: «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos en la reforma laboral de 2012», en Revista de Derecho Social, n° 61, 2013. También, entre otros, en Casas Baamonde, Rodríguez Piñero, Valdés Dal-Ré: «El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo», en Relaciones laborales n° 9, 2013.

“La ratio decidendi de la sentencia impugnada descansa o en la inaplicabilidad del I Convenio de Cruz Roja porque ya había expirado en la fecha de la transmisión, o la no aplicabilidad del II Convenio de Cruz Roja porque no comprendía al colectivo afectado por el presente conflicto colectivo o la aplicabilidad del Convenio de transporte sanitario de enfermos y accidentados en ambulancia de Gipuzkoa a los trabajadores afectados por dicho conflicto, dado su ámbito funcional y su vigencia.”

Continúa la Sala afirmando que aunque dichas condiciones estén incorporadas a los contratos de trabajo, “que estén "contractualizadas", no supone, que dichas condiciones queden "petrificadas", es decir, que permanezcan inalterables a lo largo del tiempo.”

En efecto, las condiciones del contrato de trabajo se van modificando en virtud de las normas legales o convencionales que les resulten de aplicación, porque el contrato de trabajo es siempre de tracto sucesivo.

Por tanto, esa aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

El tribunal desestima el recurso de la U.T.E. cesionaria que pretendía continuar aplicando el convenio colectivo contractualizado: “Ocurre, sin embargo, las condiciones laborales de la empresa cesionaria se regían por el Convenio Colectivo de transporte sanitario de enfermos y accidentados en ambulancia de Gipuzkoa, por lo que este Convenio ha de ser el aplicable a los trabajadores subrogados, en virtud de lo establecido en el artículo 44.4, último párrafo del Estatuto de los Trabajadores”.

Corresponde dilucidar en **STS 3603/2018 de 24 de septiembre, Rec. 173/2017** si el convenio colectivo provincial queda afectado por un convenio colectivo de ámbito estatal por haber superado la fecha inicial de finalización de vigencia aún con la concurrencia de la situación de traspaso y la cláusula de mantenimiento de condiciones del convenio provincial.

El convenio de sector de ámbito inferior se aplicó en fase de ultraactividad en la sucesión de empresa. El propio convenio fijaba su vigencia más allá del límite legal al señalar que sería aplicable "hasta que entre en vigor uno nuevo".

El convenio estatal de sector establece reglas de concurrencia de convenios, ordenado su aplicación en cada territorio “a la finalización de la vigencia inicial ordinaria del convenio de aplicación”, persiguiendo la exclusión de los convenios en fase de prórroga automática. El Tribunal fija el asunto como sucesión de convenios colectivos al que resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el principio de modernidad. No se aplicará el ulterior mientras

esté vigente el primeramente negociado. El requisito de la finalización de su duración inicial, actúa para que el convenio válidamente pactado pueda y deba sustituir al que, hipotéticamente, pudiera ser negociado con posterioridad en el ámbito inferior.

En este caso, resultaría que, en efecto, el ulterior convenio provincial será siempre posterior al estatal que aquí analizamos y, por ello, no podrá concurrir con éste.

Por otro lado, lo dispuesto en el Art. 44 E.T no afecta a la decisión adoptada ya que se mantendrán las condiciones del convenio de aplicación en el momento del traspaso, aunque no indefinidamente, sino hasta que éste expire o resulte de aplicación un convenio nuevo. Todo ello, salvo pacto en contrario, posterior a la transmisión, entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores.

Conclusiones:

Así, al personal del área de ventas le será de aplicación el convenio colectivo de San Miguel vigente en la fecha de la transmisión. La empresa cesionaria deberá estar a lo pactado en éste para la regulación de las relaciones laborales de los trabajadores subrogados.

A partir del 1 de junio de 2004 y a falta de más datos, previsiblemente, el convenio de San Miguel entrará en fase de ultractividad. Durante el periodo de prórroga de su vigencia, Mahou debe someterse a las condiciones en él pactadas.

El convenio de Mahou entra en vigor el 20 de diciembre de 2004, fecha previa al agotamiento del periodo de ultraactividad previsto por el Art. 86 E.T. Será en esta fecha cuando a los trabajadores subrogados les será de aplicación el nuevo convenio, que también habrán negociado, conforme a lo dispuesto por el Art. 44 E.T.

Si hubiera expirado su vigencia, la pactada con su prórroga y no fuese posible la aplicación de un nuevo convenio en la cesionaria, se mantendrán las condiciones laborales previas que integran, ex inicio, el contrato de trabajo hasta que se negociara y pactara, o fuera de aplicación otro convenio, en la fecha posterior más cercana a la etapa de contractualización de las condiciones de los trabajadores subrogados. Partiendo de que en este sector, la negociación colectiva opera en el ámbito inferior de empresa desde hace años, se aplicará el convenio de Mahou que se pactara en la fecha más inmediata a la pérdida de vigencia del convenio originario.

Mantenida la antigüedad de D. César y constando que el convenio de aplicación de la empresa cesionaria contempla la percepción del premio de permanencia en los mismos términos que el convenio de origen, el trabajador ha de obtener la prestación económica que

gratifica su vinculación. De no constar el premio en el nuevo convenio de aplicación, D. César habrá perdido la remuneración generada desde 1998.

6. PLUS DE VINCULACIÓN. NATURALEZA

Mediante este plus se retribuye la duración de la relación laboral. Incentiva una circunstancia específica como es la permanencia del trabajador en la empresa o su fidelidad en el vínculo con el empleador ⁸ (ALBIOL MONTESINOS)

El Art. 26 E.T. presume la naturaleza salarial de esta percepción.

Son los convenios colectivos o los contratos de trabajo los que los establecen o no y en el último caso, su cuantía, pudiéndose computar como una cantidad alzada o mediante módulos temporales (trienio, quinquenio...) con porcentajes aplicables al salario base. No integran el salario base sino que su naturaleza es la de complemento salarial relacionado con el trabajo desarrollado pues al desaparecer su regulación legal parte de la doctrina científica entiende que “El derecho a la promoción económica queda ahora vinculado al trabajo desarrollado con lo que su fundamento deja de hallarse en el simple mantenimiento por el trabajador de una vinculación con la empresa” (MERCADER UGUINA) ⁹

El incentivo de nuestro cliente consiste en una gratificación alzada que el art. 27 del Convenio colectivo de Mahou reconocía “al personal que cumpla los treinta años de servicio ininterrumpido en la empresa, que se pagará de una sola vez dentro del mismo mes en que cumpla los años de servicio, con la cuantía para 2018 de 1.153 euros”.

Su naturaleza salarial se confirma, por ejemplo, en la STS 2279/2011 -. Sala de lo Social de fecha doce de Abril y N° de Recurso: 132/2010 “El plus de antigüedad tiene naturaleza salarial, conforme al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, siendo un complemento salarial que premia la permanencia en la empresa y la mayor experiencia adquirida en el trabajo por el operario con el paso del tiempo, cual con reiteración ha señalado esta Sala.

⁸. Albiol Montesinos, I., *El salario. Aspectos laborales y jurisprudenciales*. Deusto: Barcelona, 1992. p. 87; Camps Ruiz, L. M., «Antigüedad» en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1990. p. 383.

⁹ Mercader Uguina, J. *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*. Aranzadi: Pamplona, 1996. p. 114. “Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral” óp.; cit.; pág. 113.

Analizando la incidencia de su cotización a la Seguridad Social como percepción de vencimiento superior al mes, el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social en su Art. 23, modificado por el Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, resuelve “Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año”.

En el mismo sentido lo confirma la STSJ de Madrid (sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección 3ª), N° 816/2007 de 11 de octubre.

Para el nacimiento del derecho al plus de permanencia es necesario que el trabajador mantenga su relación laboral a la fecha de 2 de marzo de 2018. Puesto que el cumplimiento de tal condición es un hecho incierto, es lógico pensar que la base de cotización se conocerá el día exacto en que se cumpla la condición y no antes. El tipo de liquidación a utilizar sería una L03: liquidaciones por incremento de salarios con carácter retroactivo que deberán liquidarse durante el mes siguiente al que se haga el abono de este complemento salarial sin que suponga recargo. Se imputará como base de cotización para el mes de Marzo 96,08 € (1153/12) y se presentará una liquidación complementaria de los 12 meses anteriores

En STS 4115/2018 de 15 de noviembre de 2018, Rec. 181/2017: La reclamación incide en que se declare el “derecho de los trabajadores afectados a percibir los conceptos de premios de antigüedad, excedencia óptima y vacaciones adicionales” que reconoce el convenio colectivo de la empresa cesionaria “ y que se computen los periodos de antigüedad laboral anteriores a la sucesión y subrogación empresarial de los trabajadores afectados por las mismas; condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración.”

“La empresa, igualmente, suele otorgar anualmente un obsequio, consistente en una tableta informática, o un móvil de nueva generación- en concepto de premio por antigüedad a los trabajadores que alcanzan los 5, 10 o 15 años de prestación de servicios para la misma, a tales efectos solo computa los periodos de tiempo en que ha existido efectivo vínculo contractual con BT ESPAÑA, sin computar los periodos de tiempo trabajados en empresas cedentes”.

“Con independencia de que el premio sea una condición más beneficiosa o una mera liberalidad del empleador, lo cierto es que su origen último se funda en la voluntad unilateral de éste quien es libre de fijar las condiciones necesarias para obtener el derecho correspondiente, siempre y cuando las mismas resulten respetuosas con los derechos fundamentales de los trabajadores y no se funden en criterios discriminatorios proscritos por la Constitución (art. 14 CE) o por la ley (art. 17 E.T), lo que aquí no sucede, y sin que el

mismo pueda entenderse comprendido en los derechos de los trabajadores que han de ser respetados tras la sucesión de empresas (arts. 3.1 de la Directiva 23/2001 y 44.1 E.T), pues, en todo caso se trataría de un derecho que se genera "ex novo" por mor de la sucesión y una vez incorporado el trabajador a la nueva empresa. "

A sensu contrario, el sujeto cesionario ha de respetar aquellos derechos preexistentes a la sucesión.

7. ACCIONES JUDICIALES

7.1.- *Plazo*

En cuanto al plazo para el ejercicio de las acciones en reclamaciones por deudas salariales, en supuestos de sucesión de empresas, se mantiene consolidado el criterio a seguir:

En STS 1702/2018 de 17 de abril, Rec. 78/2016 manifiestan que “El Art. 44.3 ET no establece plazo de prescripción singular y diverso al general de un año previsto en el art. 59 ET , sino que sólo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria que se establece entre cesionario y cedente, fijando al efecto un plazo de actuación -caducidad- de tres años para el ejercicio de aquella acción -necesariamente viva- que el trabajador pudiera ostentar frente al empresario transmitente.”

En la misma, formula voto particular el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana discrepando del voto mayoritario pues “ El plazo prescriptivo a aplicar en los supuestos de sucesión empresarial es de tres años del nº 3 del artículo 44 del ET que para estos supuestos modifica el art. 59-1 del ET y establece un plazo especial de prescripción de tres años, pues así se desprende de su tenor literal.”

Continúa argumentando que el legislador español mejora las condiciones de la Directiva 2001/23, cuando ésta orienta al establecimiento de una responsabilidad solidaria y lo hace durante un determinado plazo, durante tres años, que establece en el N° 3 del Art.44 E.T. Además el Art.3 apartado 4-b) de la Directiva obliga a los Estados a “adoptar las medidas necesarias para proteger para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición frente al cedente”. Estos intereses han de protegerse “ampliando la responsabilidad solidaria de ambos contratantes a tres años, norma especial que prevalece sobre la general del art. 59-1, precepto

que empieza reconociendo que esa norma que solo se aplica a la prescripción de acciones que no tengan señalado plazo especial.”

La STS 3200/2018 de 11 de julio, Rec. 916/2017 con referencia a su propia doctrina de STS 1702/2018 de 17 de abril, Rec 78/2016 mantiene que la responsabilidad solidaria de las intervinientes fijada por 3 años indica un plazo de caducidad y no un plazo de prescripción singular y diferente del previsto en al Art. 59 E.T. La acción del trabajador para reclamar habrá de ejercitarse en el plazo común de 1 año desde que la acción hubiera podido ejercitarse. En el caso, operó un pago parcial de deuda como inicio del cómputo del plazo de prescripción, muy posterior a la fecha de transmisión de la unidad productiva de la empresa.

Adecuándonos a las resoluciones constantes en este sentido, nuestro trabajador deberá ejercitar la reclamación en el plazo de prescripción de un año a contar desde la fecha en que nació su derecho a la obtención del premio de vinculación, el 2 marzo de 2018, salvo que constara algún acto interruptivo que mantuviera viva la acción, como un pago parcial del premio o una comunicación de reconocimiento de tal deuda.

7.2.-Intereses moratorios

En la misma resolución resuelve el TS la controversia derivada de la aplicación de los intereses estatutarios por mora en el pago del salario del Art. 29.3 E.T. Su doctrina actual les confiere un carácter indemnizatorio derivado del retraso en el pago, abandonando su doctrina tradicional que vinculaba los mismos al carácter no controvertido de la propia reclamación. Sin embargo, mantienen una excepción, inaplicándolos, cuando el debate en el reconocimiento de un derecho se presenta extremadamente tortuoso, por ejemplo al derivar en un conflicto colectivo.

7. DESPIDO Y PREMIO DE VINCULACIÓN. CÁLCULO

En el plazo de 20 días, reclamaríamos el despido a la empresa cesionaria.

El empresario optó por la no reincorporación y procede calcular la indemnización por despido improcedente pues no se observaron los requisitos formales del Art. 55.1 E.T. ya que éste se comunicó verbalmente.

El Tribunal Supremo introdujo los parámetros para el cálculo de la indemnización en STS 6410/2013 de 17 de diciembre de 2013, Rec 521/2013 y STS 19 de julio 2017 (Rec. 3559/2015): Para cuantificar la indemnización “no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden [366 para el caso de año bisiesto] y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados [12x30] y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días [365/12] y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense...”

Reclamación judicial del premio de vinculación: su acción queda sujeta al plazo de prescripción general de un año del art. 59.1 del ET. Recurso de Casación 3392/2014 de 1 de abril de 2016.

Para determinar el cálculo de la indemnización que corresponde al trabajador por despido improcedente es de aplicación la Disposición transitoria undécima del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, incorporada con ocasión de la reforma operada por el RD Ley 3/2012 y que afecta a aquellos que han prestado servicios laborales con anterioridad y con posterioridad al 12 de febrero de 2012, fecha de su vigencia.

La nueva regulación establece un tope de 720 días indemnizatorios, límite que ha originado interpretaciones variadas hasta que, a partir de 2016, la Sala Social del Tribunal Supremo ha clarificado la cuestión. La resolución más reciente data del 28 de septiembre de 2017 en su Sentencia N° 741/2017.

"a) La Disposición Transitoria solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos...de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del periodo computable.

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012 "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario".

- c) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.
- d) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.
- e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.
- f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos.
- g) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, "prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año" en los dos supuestos" (FJ 3º.2.C, STS 18-2-2016.)"

Efectivamente, para calcular el importe de su indemnización por despido hemos de establecer dos periodos puesto que la prestación de servicios comenzó con anterioridad al 12 de febrero de 2012.

En el primer tramo ya entra en juego el límite de los 720 días indemnizables. Pero excepcionalmente, si por este periodo se supera este límite, no se aplicará y solamente limitará la cantidad el tope de 42 mensualidades. La consecuencia es que superado el límite de 720 días indemnizatorios, lo que sucede en antigüedades superiores a 16 años, ya no devengará cantidad alguna por el periodo posterior a 12 de febrero de 2012 precisamente porque ha superado el tope.

Si no se supera en el primer tramo el tope de 720 días de indemnización, devengará cantidades respecto al periodo posterior con el mismo límite de 720 días.

Con estas pautas determinaremos la indemnización correspondiente:

Salario mensual: 5413,37 €, incluyendo prorrata de pagas extraordinarias al que hay que añadir 1153 € de premio de vinculación como concepto salarial.

1153:12 meses__96,08

Salario mensual: 5413,37+96,08 =5.509,45 €

Salario diario: $5509,45 \times 12 \text{ meses} / 365 \text{ días} = 181,13$

Calculamos los 2 tramos:

1º) Desde 2/03/1998 hasta 11/2/2012: 45 días de salario por año trabajado con el primer límite de 720 días indemnizables y con el segundo límite de 42 mensualidades (1260 días).

Son 168 meses trabajados

Para calcular los días trabajados con que se haya trabajado un día en el mes, éste se computa completo.

Al dividir 45 días entre 12 meses, el resultado es que devengamos 3,75 días de indemnización por cada mes de trabajo.

(Salario mensual) $181,13 \times (\text{meses trabajados}) 168 \times 3,75 \text{ días indemnizables por mes trabajado} = 114.111,9 \text{ €}$

No ha superado 720 días indemnizatorios: $181,13 \times 720 = 130.413,6$

El límite máximo de 42 mensualidades asciende a 231.397 € (salario mensual: $5509,45 \times 42$) y tampoco lo supera.

Le corresponde en este tramo 630 días de indemnización: 45 días ___ 12 meses

$x = 630 \text{ días} \text{ ___ } 168 \text{ meses}$

Si superara el límite de 720 días, tendría derecho al importe final generado hasta 11 de febrero de 2012, siempre que no superara las 42 mensualidades, pero no seguirá devengando una mayor indemnización a razón de 33 días de salario por año de trabajo por el segundo periodo.

2º) Desde 12/02/2012 hasta 30/04/2018. Le corresponden 33 días por año trabajado con el límite general de 720 días de indemnización.

Al dividir 33 días entre 12 meses, el resultado es que devengamos 2,75 días de indemnización por cada mes de trabajo.

(Salario mensual) $181,13 \times (\text{meses trabajados}) 75 \times 2,75 \text{ días indemnizables por mes trabajado} = 37.358,06 \text{ €}$

La suma de las cantidades obtenidas: $114,111,90 + 37.358,06 = 151.469,96$ supera el límite de 720 días de indemnización señalado de 130.413,6 €.

Por tanto, la cantidad devengada por este periodo será la que reste hasta alcanzar el límite de los 720 días indemnizables: $130.413,6 - 114.111,9 = 16301,70$ añadiendo a la cantidad obtenida en el primer periodo la diferencia entre el límite máximo y la cantidad ya generada por este concepto hasta el 11/2/2012.

-Primer plazo: 114,111,90

-Segundo Plazo: 16301,70

-Total cantidad: 130.413,6 €, cuantía que reclamaremos judicialmente + el 10% anual de interés por mora del pago.

8. CONCLUSIONES

1 Tras el análisis de la legislación aplicable y el recorrido jurisprudencial en la materia, tanto nacional como comunitaria, hay que concluir que la transmisión operada en el seno de las empresas cerveceras ha de subsumirse en la figura de la sucesión de empresas.

El supuesto puede encajarse por dos vías:

La primera, con la aplicación directa del Art. 44 E.T. en la que el cambio de empresario se produce como consecuencia del traspaso de una unidad productiva autónoma valorando que la denominada red comercial no está integrada únicamente por mano de obra, sino que este grupo realiza su actividad acompañado necesariamente de otros medios, materiales o inmateriales, como son las técnicas de ventas y la cartera de clientes previa que habría de ser cedida a la adquirente. Esta opción debería acreditarse convenientemente.

La segunda y preferente, mediante la alegación de la doctrina de “sucesión de plantillas” en la que se confirma que en determinadas áreas de actividad donde lo relevante es la mano de obra, la continuación de la actividad puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario asume una parte relevante del personal, cuantitativa o cualitativamente.

Esta solución, como hemos visto, es posible gracias al giro doctrinal operado en fechas recientes, tras la STS 3545/2018 de 27 de septiembre de 2018. Con anterioridad, la solución acogida dejaba en manos de la autonomía colectiva la protección de los trabajadores inmersos en una transmisión empresarial cuando, en definitiva, la cesión no incluía un conjunto organizado de medios identificable como entidad económica, de forma que había que estar a lo en ella regulado pues consideraban el convenio protegía aquellas situaciones excluidas por el Art. 44 E.T. Nada se objetaba tampoco en cuanto al alcance de la subrogación ni a su efectos.

En la actividad comercial prima el factor humano, que, organizado, integra la totalidad de sus miembros en la nueva organización empresarial, de manera que en sí, pueden constituir una entidad económica. Admitida la subrogación en el convenio de la adquirente, y condicionada por lo pactado, no pueden obviarse ni limitarse los efectos que estatutariamente se imponen:

a) El grupo comercial ha de conservar sus condiciones de trabajo de trabajo en los mismos términos originarios (jornada laboral, retribución, turno de trabajo, grupo profesional, antigüedad...), sin que pueda ser limitadas ni condicionadas por la intervención de la autonomía colectiva ni individual. Bien es cierto que el mantenimiento de las condiciones laborales se conecta necesariamente a las que permanecían en vigor en el momento mismo de la transmisión y no a aquellas extintas en el devenir de la relación contractual, que no se recuperarán. Toda cláusula restrictiva de dichas condiciones será declarada nula de pleno derecho. Así, la cláusula convencional que restringe su antigüedad a los efectos indemnizatorios, habrá de considerarse nula de pleno derecho al igual que la disposición contractual que así lo establece y en relación con el Art. 3.1.c, Art. 3.5 y Art 9 del E.T. Los efectos generados, serán, no los derivados de la cláusula convencional sino los legalmente previstos en el Art. 44E.T.

b) La responsabilidad solidaria de los empresarios se extenderá hasta los 3 años siguientes para deudas salariales y de Seguridad Social no satisfechas que tengan origen previo a la transmisión. La solidaridad no alcanza a las obligaciones y deudas con origen posterior a la cesión, de las que responderá exclusivamente el empresario cesionario siempre que la misma no haya sido declarada delito o no se haya instrumentado en fraude de ley con el fin de eludir las responsabilidades frente a los trabajadores. En nuestro caso, la responsabilidad frente al premio de vinculación solamente puede pedirse al cesionario, habida cuenta de que el nacimiento del derecho se produce con posterioridad a la transmisión no quedando obligado al pago el empresario cedente.

2. El convenio colectivo aplicable al grupo comercial subrogado será el vigente en el momento de la transmisión que era el convenio de empresa de San Miguel. Perdida su vigencia, en un momento posterior a la cesión, entró en fase de ultraactividad, continuando aplicándose pues se trata de una vigencia prorrogada. Pero antes de finalizar el periodo de ultraactividad, entra en vigor el nuevo convenio pactado en la adquirente Mahou que será el que regirá las relaciones laborales de los trabajadores subrogados a partir de ese momento, con vigencia desde el 20 de diciembre de 2004.

3. Teniendo en cuenta que este convenio recogía la obtención del premio de permanencia con los mismos parámetros cuantitativos y temporales, el derecho permanecerá para el solicitante cuando se cumplan 30 años desde el comienzo de la relación laboral, a contar desde la fecha de incorporación en San Miguel. Este plazo se cumple el 2 de marzo de 2018. Disponemos del plazo de un año para reclamar judicialmente su importe a la empresa adquirente conforme a su convenio aplicable en vigor.

En cuanto a la eficacia de la cláusula convencional que le reconocía la antigüedad en el grupo a los exclusivos efectos indemnizatorios y en aplicación del principio de jerarquía normativa, ésta carecerá de todos sus efectos, pues es la norma legal la que rige el devenir en esta transmisión sucesoria.

Así, D. César, conserva su antigüedad ex inicio y en la totalidad de los derechos a los que pueda afectar su permanencia y habrá de obtener su premio de vinculación conforme a lo previsto en el convenio de la empresa adquirente que además, recogía en los mismos términos, la gratificación que vino generando desde 1998.

4. En la reclamación por despido improcedente hemos acumulado las cantidades correspondientes del premio de vinculación habida cuenta de su naturaleza salarial, determinando la cuantía en dos tramos conforme a la modificación realizada por la Disposición transitoria undécima del Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores, incorporada con ocasión de la reforma operada por el RD Ley 3/2012 y que afecta a aquellos que han prestado servicios laborales con anterioridad y posterioridad al 12 de febrero de 2012, fecha de su vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V: Agustí, Alfonso, Aparicio, Baylos, Cabeza, Casas, Cruz, Fernández, Goñi, L. Gandía, Merino, Molina: «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos en la reforma laboral de 2012», en *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013. También, entre otros, en Casas Baamonde, Rodríguez Piñero, Valdés Dal-Ré: «El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo», en *Relaciones laborales* nº 9, 2013.
- A.A.V.V: Rey Guanter, S., Martínez Fons, D., y Serrano Olivares, R.: «EL régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *RMTSS*, nº 58, pág 244.
- ALBIOL MONTESINOS, I., *El salario. Aspectos laborales y jurisprudenciales*. Deusto: Barcelona, 1992. p. 87; Camps Ruiz, L. M., «Antigüedad» en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1990. p. 383.
- BLASCO PELLICER, A.: «Diez problemas aplicativos de la “ultraactividad” legal de los convenios colectivos», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número extraordinario «La Reforma Laboral y su desarrollo», págs. 247 y ss.
- DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44_ del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *RMTAS*, 38, 2002, pág. 254
- GÓMEZ ARBÓS, J.: «La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del art.44 ET (RCL 2015, 1654) », *REDT* , núm. 185, 2016, p. 5;
- MERCADER UGUINA, J. *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*. Aranzadi: Pamplona, 1996. p. 114. “Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral” óp.; cit.; pág. 113.
- MERINO SEGOVIA, A.: «La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: un marco normativo insuficiente y deficiente», *RDS* núm. 45, 2009, p. 81.
- MOLERO MARAÑÓN, Mª Lª: «Los acuerdos colectivos en el marco de la transmisión de empresa», en AAVV: *Manual Jurídico de la Negociación Colectiva*, Madrid, 2007, pág. 764
- RENTERO JOVER, J.: «La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) », *RDS* núm. 30, 2005, p. 168;

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión europea

- STJUE de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal)
- STJUE de 2 de diciembre de 1999, Allen y otros, C-234/98, Rec. p. I-8643, apartado 17).”
- STJUE de 25 de enero de 2001 (caso Liikeene)
- STJUE de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00
- STJUE de 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini)
- STJUE de 6 de marzo de 2014 en el asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros y Telecom Italia Spa
- STJUE DE 6 de septiembre de 2011, asunto C-108/10, caso Scattolon.
- STJUE de fecha 11 septiembre 2014 (TJCE 2014, 220)
- STJUE de 11/09/2014, Rec. C-328/2013
- STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15), caso Unionen
- STJUE de 11 julio 2018, Somoza, C-60/17

Tribunal Supremo. Sala Social

- STS de 5 de abril 1993, Rec. 702/92
- STS 5994/2002 de 22 marzo Rec. 1170/2001
- STS 7450/2003 de 30 septiembre Rec. 88/2002
- STS de 27 de octubre de 2004, Rec. 899/02
- STS de 27 octubre 2005 Rec. 697/2004
- STS de 23 octubre 2006 Rec. 694/2005
- STS 3606/2010 de 12 de abril, Rec.139/2009
- STS 1008/2011 de 14 de febrero Rec.130/2010
- STS 2279/2011 de 12 de abril. Rec. 132/2010
- STS 5504/2014 de 22 de diciembre, casación 264/2014.
- STS 1818/2016 de 7 de abril, Rec. 2269/2014
- STS 392/2016 de 10 de mayo, Rec. 2957/2014
- STS 4655/2017 de 12 de diciembre Rec. 1826/2016
- STS 451/2018 de 1 de febrero, Rec. 35/2017
- STS 459/2018 de 2 de febrero, Rec.625/2016
- STS 1345/2018 de 8 de marzo, Rec.1123/2016

- STS 1702/2018 de 17 de abril, Rec. 78/2016
- STS 3200/2018 de 11 de julio, Rec. 916/2017
- STS 3212/2018 de 25 de julio de 2018, Rec. 3584/2016
- STS 3603/2018 de 24 de septiembre, Rec. 173/2017
- STS 3545/2018 de 27 de septiembre, Rec. 2747/2016
- STS 3845/2018 de 24 de octubre Rec.2842/2016
- STS 3852/2018 de 25 de octubre, Rec.4007/2016
- STS 3932/2018 de 26 de octubre, Rec. 2118/2016
- STS 4115/2018 de 15 de noviembre, Rec. 181/2017:

Audiencia Nacional

- SAN 775/2015 de 27 de Febrero.

Tribunal superior de Justicia

- STSJ de Madrid (sala de lo Contencioso -Administrativo, Sección 3ª), N° 816/2007 de 11 de octubre

ABREVIATURAS

- €: Euro
- Art./arts. : artículo/artículos
- CC : Código Civil
- C.E: Constitución Española
- E.T: Estatuto de los Trabajadores
- Pág./págs. : página/páginas
- R.D: Real Decreto
- Rec: Recurso
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

- T.S: Tribunal Supremo
- TJEU: Tribunal de Justicia de la Unión Europea