

UNA PROPUESTA DE REVISIÓN DE LAS REGLAS SOBRE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

“por encima de toda esa aparente maraña de órganos, hay unos sujetos, los sindicatos, que los amalgaman y racionalizan, puesto que son ellos los que en el común de los supuestos, constituyen el hilo conductor común sobre el que los demás se construyen y se articulan. Y ello no es de extrañar dada la explícita e intensa cobertura que la Constitución asigna a tales sujetos y, también, el hecho de que, históricamente y por antonomasia, sean ellos los representantes de los trabajadores”

R. Escudero Rodríguez¹⁶⁴

1. Un modelo fuertemente asentado y de amplio consenso. 2. Una necesaria actualización de la regulación en materia de representación. 3. Adaptación a la reducción de la dimensión y dispersión de las plantillas. 4. Adaptación a las empresas de estructura compleja. 5. Incidencia de los cambios de titularidad empresarial sobre las instancias representativas. 6. Presencia equilibrada por razón de género. 7. Procedimiento unitario de reestructuración empresarial. 8. Unificación de la representación colectiva en el empleo público. 9. Deslinde competencial subjetivo de la negociación colectiva. 10. Otros deslindes competenciales.

1. UN MODELO FUERTEMENTE ASENTADO Y DE AMPLIO CONSENSO

El modelo legal de representación de los trabajadores en la empresa se encuentra notablemente consolidado en nuestro sistema de relaciones laborales, con un régimen que en lo sustancial ha recibido un elevado consenso de apoyo por parte del conjunto de los protagonistas del sistema. Se puede afirmar, que es una de las instituciones del ordenamiento laboral menos puesta en discusión desde su diseño a principios de la década de los años ochenta del siglo pasado, a partir de la construcción del modelo constitucional de relaciones laborales. La prueba más palpable de ello ha sido que, frente a las intensas reformas

¹⁶⁴ El doble canal de representación en la empresa y sus crecientes derivaciones, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J. coord.), Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores, ed. La Ley, Madrid 2004, p. 4.

laborales que se han producido en las últimas décadas, especialmente desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, las mismas esencialmente se han centrado en el régimen jurídico del contrato de trabajo y en la negociación colectiva, es decir, los títulos I y III del Estatuto, en tanto, que han resultado de tono menor los cambios llevados a cabo en la regulación relativa a la participación representación de los trabajadores en la empresa, es decir, el título II del Estatuto. Incluso, ha de tenerse en cuenta que tal regulación se encuentra en estrecha conexión con las reglas relativas a la representatividad sindical y a la acción sindical en la empresa, reguladas en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que, en paralelo, tampoco ha experimentado modificación alguna desde su aprobación en 1985. Más aún, la ausencia de reformas dignas de consideración durante este largo período no se ha debido a faltas de consenso en su contenido, sino, todo lo contrario, es una implícita actitud de adaptación y aceptación por parte de todos respecto de los elementos claves del modelo de representatividad y participación instaurado con la puesta en marcha del modelo democrático de relaciones laborales.

Es cierto que en todo este largo período de más de 45 años de vigencia del modelo legal de representación en la empresa, se han producido algunas modificaciones, de las que merece la pena dejar constancia, si bien adelantando que las mismas han tenido más el carácter de retoques secundarios que de afectación a algún elemento esencial de su esqueleto. A tal efecto, podría afirmarse que cinco han sido los momentos principales en los que se han llevado a cabo reformas en este modelo legal, que resumidamente se cifran en los siguientes.

En primer lugar, con ocasión de la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1984 donde, tras un primer período aplicativo del modelo inicial, se detectó una cierta falta de cierre del mismo, con correcciones de mejora del sistema y adaptación al modelo de representación sindical que se implantaba al hilo de la elaboración y aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical¹⁶⁵. A tenor de la misma se unificaron las competencias de delegados de personal y comités de empresa, se estableció un sistema electoral unitario de listas cerradas para los comités de empresa, se estableció un criterio igualitario de tratamiento entre

¹⁶⁵ Ley 32/1984, de 2 de agosto (BOE 4 de agosto), sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Sobre el particular, PÉREZ DEL RIO, T., La reforma de la representación unitaria en la empresa y CUEVAS LÓPEZ, J. y MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa, ambos en AA. VV., Comentarios a la nueva legislación laboral (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., coord.), editorial Tecnos, Madrid 1985.

fijos y temporales, se amplió el mandato representativo de dos a cuatro años, se estableció un sistema más claro de convocatoria electoral, al mismo tiempo que se redujeron los trámites en la celebración de las elecciones a delegados de personal.

En segundo lugar, a inicios de la década de los años noventa del pasado siglo, se producen intensos conflictos intersindicales que desembocaron en prácticas abusivas en la aplicación de las reglas relativas al desarrollo de las convocatorias, procedimientos y controles de las elecciones. Ello condujo a una reacción de las organizaciones sindicales más representativas, en aras de superar las situaciones de enfrentamiento entre ellas derivadas de la aceptación de una deriva de prácticas desleales en la gestión de las elecciones con la mira puesta en alcanzar niveles superiores en el cómputo administrativo de la representatividad sindical. A resultas de ello, se alcanzó una propuesta de acuerdo entre las dos grandes organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, elevada al Gobierno en su momento y que desembocó en la reforma del título II del Estatuto de los Trabajadores de 1994¹⁶⁶. Se trató esencialmente de una reforma de perfeccionamiento del sistema electoral, con incorporación de reglas de mayor flexibilidad y al propio tiempo de superior seguridad y transparencia en el régimen electoral, incluyendo un procedimiento efectivo de arbitraje para el control de la legalidad de los procesos electorales. Modificación que con el paso del tiempo puede afirmarse que ha quedado plenamente consolidada y aceptada de manera generalizada por el conjunto de los protagonistas del sistema.

En tercer, lugar hay que hacer mención a los imperativos derivados de la transposición de las Directivas de la Unión Europea en materia de información y consulta, que esencialmente han dado lugar a una regulación de transposición de enriquecimiento y ampliación de las vías y competencias en materia de participación en la empresa, si bien con un modo de actuación que procede a reforzar el modelo pero no a alterar sus claves en el diseño inicial. Especialmente dignas de mención son las Directivas sobre el Comité de Empresa Europeo¹⁶⁷, la relativa a

¹⁶⁶ Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE 23 de mayo), por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Por todos, MATÍA PRIM, J., Las elecciones en la empresa, en Relaciones Laborales nº 17-18 (1994), pp. 221 y ss.

¹⁶⁷ Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre (DOCE 30 de septiembre), sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, Directiva sustituida por el texto consolidado derivado de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo (DOUE 16 de mayo). Tales Directivas fueron transpuestas a través de la Ley 10/1997, de 24 de abril (BOE de 25 de abril), sobre derechos de información y consulta

un marco general de información y consulta¹⁶⁸, así como la relativa a la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea¹⁶⁹.

En cuarto lugar, las introducción de vías o canales singulares de participación y representación. Se ha tratado en unas ocasiones de establecer un régimen específicos para ciertas relaciones profesionales, como son los relativos a las Juntas de Personal y Delegados de Personal entre los funcionarios públicos¹⁷⁰. En otras ocasiones lo ha sido con el objetivo de fijar mecanismos especiales de intervención para ciertas materias o sectores: prevención de riesgos laborales vía delegados de prevención y comités de seguridad y salud en el trabajo¹⁷¹, empresas de trabajo temporal¹⁷², contratas y subcontratas de obras y servicios¹⁷³, planes y fondos de pensiones¹⁷⁴, gestión de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁷⁵.

de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre (BOE de 30 de noviembre) y por la Ley 10/2011, de 19 de mayo (BOE 20 de mayo).

¹⁶⁸ Directiva 2002/14, de 11 de marzo (DOCE de 23 de marzo), por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea. La misma afectó sobre todo a las competencias y funciones de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, que determinó sobre todo una importante reforma de actualización de la relación de facultades de información y consultas relacionadas en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores. Su transposición se llevó a cabo en concreto a través de la Ley 38/2007, de 16 de noviembre (BOE 17 de noviembre).

¹⁶⁹ Directiva 2001/86, de 8 de octubre (DOCE de 10 de noviembre), por la que se completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, transpuesta por medio de la Ley 31/2006, de 18 de octubre (BOE 19 de octubre), sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

¹⁷⁰ Actualmente en los artículos 39 ss. del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE 1 de noviembre). Originariamente en la Ley 9/1987, de 12 de junio (BOE 17 de junio), de órganos d representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Sobre la regulación inicial, por todos, AA. VV. Seminario sobre relaciones colectivas en la función Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1989.

¹⁷¹ Arts. 33 ss. Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE 10 de noviembre), de prevención de riesgos laborales.

¹⁷² Arts. 14/1994, de 1 de junio (BOE 2 de junio), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

¹⁷³ Actualmente en el art. 42.5 y 6 Estatuto de los Trabajadores. La versión inicial, conforme al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio (BOE 14 de junio).

¹⁷⁴ Arts. 7 y 9 Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (BOE de 13 de diciembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

¹⁷⁵ Arts. 33 y 37 RD 1.993/1995, de 7 de diciembre (BOE de 12 de diciembre), por el que se aprueba el Reglamento de colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo

Finalmente, el cuarto hito de intervención se verifica como efecto reflejo de las reformas laborales acometidas en la introducción de reglas a efectos de que las empresas puedan acometer medidas de reestructuración, bien lo sean en clave de flexibilidad externa o interna: de despidos colectivos, suspensiones, descuelgues convencionales y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. En unos casos se trata de mecanismos de reforzamiento indirecto de los procedimientos de información y consultas, como efecto colateral de la supresión de las autorizaciones administrativas previas a las medidas de reestructuración empresarial. En otros casos se trata de facilitar la adopción de las medidas de reestructuración colectiva en las empresas y centros de trabajo en los que, esencialmente por sus pequeñas dimensiones aunque no exclusivamente por tal circunstancia, no existe inicialmente interlocutor de la dirección en representación de los trabajadores, por lo que se introducen instancias de representación específicas para tal fin, es decir, lo que se ha venido a denominar como “comisiones ad hoc”¹⁷⁶.

En todo caso, resumiendo todo este largo *iter* de evolución de la normativa laboral en esta materia durante ya bastantes décadas, puede afirmarse que lo que constituye la estructura básica del modelo representativo en España se ha consolidado con el paso del tiempo. Dicho en otros términos que, sin pretender minusvalorar el alcance de los cambios producidos en esos cinco momentos claves, la lógica general del modelo permanece inmutable, tienen más un carácter de perfeccionamiento que de corrección de las líneas fuerza de tal modelo y, a la postre, han servido para consolidar el consenso social en torno a la eficacia y validez del mismo.

2. UNA NECESARIA ACTUALIZACIÓN DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN

A pesar de todo lo anterior, a pesar de la consolidación del modelo así como de las sucesivas reformas que han venido completando y enriqueciendo el entramado legal relativo a la participación de los traba-

y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; modificado por el RD 250/1997, de 21 de febrero (BOE de 11 de marzo).

¹⁷⁶ Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre), de medidas para la reforma del mercado de trabajo. Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio), de medidas urgentes de reforma de la negociación colectiva. Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE 12 de febrero), de medidas urgentes de reforma del mercado laboral. Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de medidas de reforma del mercado laboral.

jadores en la empresa, el paso del tiempo ha hecho mella no en los elementos basilares del sistema, pero sí en algunos de sus aspectos importantes.

El paso del tiempo especialmente ha incidido en una triple vertiente. De un lado, se aprecian cambios en la estructura y organización de la empresa, que, sobre todo, repercute en las dimensiones y dispersión de las plantillas en las correspondientes empresas, lo que, a su vez, provoca importantes dificultades en la constitución y actuación de los órganos de representación en este ámbito. De otro lado, los constantes y permanentes procesos de transformación y adaptación de las empresas a los cambios tanto desde la perspectiva técnica como desde el punto de vista de adecuación al mercado, acentúan los procesos de reestructuración empresarial que requieren de un permanente proceso de flexibilidad interna en las empresas, que exigen una nueva lectura del rol de la participación de los representantes en la gestión del cambio en las empresas y, por ende, de la intervención de los mismos en esos procesos de transformación en el seno de las organizaciones productivas. Finalmente, las interconexiones hoy en día entre la negociación colectiva y los procesos de gestión del cambio precedentemente aludidos, provoca que la negociación colectiva vaya adquiriendo cada vez más una función de gestión de la flexibilidad en el seno de la empresa, de modo que este tipo de negociación colectiva –especialmente la que se desarrolla en el ámbito de la empresa– deja de actuar como un ámbito autónomo respecto de la participación en la empresa, convirtiéndose desde esta perspectiva también en un instrumento decisivo de participación de los trabajadores en la empresa; participación en la gestión en su concepción tradicional y negociación empresarial se presentan como vasos comunicantes, lo que repercute también en el funcionamiento práctico del modelo en su conjunto.

A tenor de lo anterior, se desemboca en la conclusión de que es preciso llevar a cabo una reconsideración de algunos de los aspectos de la regulación actual, que se muestran insuficientes o carentes de la necesaria eficacia para lograr un modelo operativo de representación y participación de los trabajadores en la empresa¹⁷⁷. El análisis de

¹⁷⁷ Propuestas recientes de reforma legislativa en esta materia, en Grupo FIDE, Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del Grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales, en *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 11 (2016), pp. 1069, con comentarios de E. Rojo Torrecilla. J. Lahera Forteza, Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma, en *Revista internacional y comparada de Derecho del empleo*, volumen 4 número 2, pp. 1 ss. H. Álvarez Cuesta, Punto críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a

diagnóstico de la situación, así como la precisión de las medidas más relevantes de esa posible revisión de la regulación vigente, requeriría de consideraciones precisas y detalladas que no es posible describir en toda su extensión en estos momentos. A tenor de ello, tómense las consideraciones que siguen como una mera primera aproximación a la cuestión, con la exclusiva pretensión de proponer una apertura del debate en la materia. Por tanto, la propuestas que siguen entiéndanse como abiertas y expresadas de manera esencialmente sucinta, sin poder entrar en toda la complejidad que las mismas entrañan.

3. ADAPTACIÓN A LA REDUCCIÓN DE LA DIMENSIÓN Y DISPERSIÓN DE LAS PLANTILLAS

Tradicionalmente la estructura de las empresas en nuestro país se ha caracterizado por la presencia de organizaciones productivas de dimensiones reducidas, que ha determinado que en muchos ámbitos no se logren alcanzar los mínimos legales necesarios exigidos para proceder a la designación de delegados de personal y comités de empresa, con la consecuencia correspondiente de que son muchas las organizaciones productivas en las que prácticamente resultan desconocidas las fórmulas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

No cabe la menor duda de que para que el fenómeno de participación colectiva se asiente en la empresa se requiere de una masa crítica mínima de empleados, siendo razonable que se establezca un umbral mínimo a partir del cual se puedan designar representantes de los trabajadores, de modo que es difícil pensar en forzar artificialmente el régimen legal para introducir mecanismos de representación colectiva allí donde el desarrollo de las relaciones laborales se lleva a cabo en clave necesariamente individual. Por ello, la actuación en este terreno no puede serlo en el ámbito regulativo de la participación y de la representación, sino en el terreno de la potenciación del crecimiento de la fortaleza de nuestras empresas, en esta ocasión por la vía del fomento por muy diversas vías del crecimiento de las dimensiones medias de las empresas de más reducidas dimensiones.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, hay que tener presente que en algunos casos resulta necesario establecer canales de interlo-

la representatividad sindical, ed. Comares, Granada 2006. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Otras formas de acreditar la mayor representatividad sindical. La dificultad de encontrar un criterio alternativo al de la audiencia electoral. Representación y libertad sindical, Derecho de las Relaciones Laborales nº 1 (2016), pp. 45 y ss.

cución para no bloquear cierto tipo de procesos imprescindibles de reestructuración empresarial que es conveniente que no se canalicen por la vía exclusivamente de la decisión estrictamente unilateral de la empresa. De otra parte, hay que tener en cuenta que, en otras ocasiones, la imposibilidad de constitución de los órganos de representación de los trabajadores en las empresas no deriva de sus reducidas dimensiones sino de la elevada dispersión de su personal en el territorio o en la división técnica por unidades dentro de la empresa.

Comenzando por el segundo de los fenómenos apuntados, nos encontramos con empresas organizadas sobre la base de una elevada multiplicidad de centros de trabajos, como unidades productivas autónomas, que dan lugar a un número muy reducido de empleados en cada uno de los centros de trabajo pero que en su conjunto la empresa alcanza a un significativo, cuando no elevado, número de trabajadores. Esta realidad resulta cada vez más extendida en cierto tipo de actividades empresariales, derivada especialmente de dos fenómenos que en ocasiones resultan acumulados: en unos casos, consecuencia de su expansión a lo largo del territorio a efectos de implantación en ámbitos cada vez más extensos especialmente desde la perspectiva comercial o de atención al cliente, derivado de su crecimiento más allá de lo local; en otros casos, resultado de la implantación de las tecnologías informáticas y de las comunicaciones, que propicia la reducción de las dimensiones de las plantillas de los centros de trabajo, sin perjuicio de que la empresa en su conjunto siga manteniendo dimensiones de significativo tamaño hábiles como para desarrollar vías de representación colectiva de los trabajadores en la empresa.

Frente a ese modelo de dispersión de las plantillas se aprecia cómo en muchas ocasiones no resulta nada apropiado el modelo de representación en la empresa construido sobre la base de tomar al centro de trabajo como referencia a efectos del ámbito de constitución y actuación de los órganos de representación de los trabajadores. En concreto, en muchas estructuras empresariales no se llegan a superar en muchos centros de trabajo los umbrales mínimos para la constitución de los órganos de representación, mientras que globalmente la empresa sumando el total de los trabajadores de la misma superaría con creces el número mínimo establecido legalmente. Más aún, en otras ocasiones, sin llegar a producirse esa situación de imposibilidad de constitución de los órganos en algunos centros, sí que resulta inviable en algunos de ellos, de modo que en tales centros se quedan sin interlocutor colectivo. Complementariamente a lo anterior, también se aprecia cómo

en ciertas ocasiones la superación de los umbrales mínimos lo es por cifras muy reducidas, de modo que las organizaciones sindicales no logran comprometer a un trabajador para que actúe como representante o incluso lo consiguen a efectos meramente de celebrar un proceso electoral y del cómputo de la representatividad sindical, pero sin capacidad de que ese representante actúe durante todo el mandato representativo legalmente previsto de los cuatro años, dimitiendo o simplemente dejando de ejercer de facto sus funciones al poco tiempo de ser elegido. Finalmente tampoco se puede desconocer que en muchas ocasiones la multiplicidad de centros de trabajo en una empresa da lugar a que el centro de decisión empresarial no se sitúe en ese ámbito, pues la gestión de personal se encuentra notablemente centralizada y, por ende, carece de sentido tener un órgano a nivel de centro de trabajo que carece de interlocutor empresarial en ese ámbito.

Todo lo anterior desemboca en la conclusión de que en muchas empresas el ámbito idóneo de representación de los trabajadores ha dejado de ser el centro de trabajo, siendo conveniente trasladarlo al conjunto de la empresa. A tenor de ello, la primera propuesta consistiría en fijar como criterio general que la unidad electoral de elección y, por ende, de actuación en el ejercicio de sus competencias sea la empresa en su conjunto a los efectos de designación tanto de los delegados de personal como del comité de empresa. Esta simple medida con seguridad permitiría elevar el número de órganos de representación existentes en nuestro sistema.

Bien es cierto que el cambio como regla universal del ámbito del órgano representativo podría ocasionar ciertos inconvenientes y rigideces para ciertas empresas y sectores. Si bien el modelo de órgano a nivel de empresa puede ser favorecedor como regla general, perviven al propio tiempo cierto tipo de empresas con centros de trabajos de grandes dimensiones para las que puede resultar preferible mantener el modelo actual de representación en el ámbito del centro de trabajo. Para dar respuesta a esta amplia diversidad de situaciones, la regulación legal debería ser más abierta; por ejemplo, sobre el establecimiento en la norma de un criterio general aplicable de principio a todos (el ámbito empresa), pero admitiendo como excepción que las organizaciones sindicales representativas en la empresa o sector por acuerdo mayoritario pudiesen pactar el mantenimiento del nivel centro de trabajo u otro alternativo que se considere más idóneo para ello (por ejemplo, agrupamiento de todos los centros de trabajo de una provincia), incluida combinaciones de las precedentes (órgano específico para los

servicios centrales de la empresa, junto a otro órgano para los centros periféricos o bien otros órganos a nivel provincial). Ello exigiría sobre todo modificar el tenor de los artículos 62 y 63 del Estatuto de los Trabajadores.

Cuando la designación lo sea a nivel de empresa, debería preverse la posibilidad de que, por acuerdo interno dentro de la representación legal, se delegue en concretos miembros del órgano así elegidos para que puedan asumir funciones de información y consulta en el ámbito de concretos centros de trabajo.

Por el contrario, cuando con esta fórmula flexible se determine el mantenimiento del nivel de centro de trabajo o el nivel provincial, no debería excluirse la presencia de un órgano a nivel del conjunto de la empresa. En concreto, sería oportuno que legalmente se mantuviese la existencia del comité intercentro, incluso con un reforzamiento del mismo; reforzamiento que podría consistir en la previsión legal de su necesaria constitución, sin necesidad de previo pacto específico en convenio colectivo, al mismo tiempo que desde la propia ley se fijasen las competencias deslindadas entre el órgano representativo a nivel de empresa y a nivel de centro. Todo ello requeriría una modificación del artículo 63 del Estatuto de los Trabajadores.

Esa fórmula abierta no puede desconocerse que puede tener un importante efecto indirecto sobre el cómputo a efectos de determinar la representatividad sindical, conforme al modelo de la figura del sindicato más representativo implantada con la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En efecto, es bien sabido que el número de representantes a designar se altera significativamente y no de manera proporcional en función de las dimensiones de la unidad electoral, de modo que en la práctica obtener un representante en una unidad electoral de superiores dimensiones requiere más votos que en una unidad electoral de inferiores dimensiones. Para contrarrestar estos efectos, de modo que la elección de un ámbito u otro no contamine la objetividad del cómputo representativo, sería oportuno pasar a efectuar un cómputo de la representatividad directamente por votos en lugar de por representantes como sucede en el momento actual, lo que por añadidura aportaría superior adecuación al principio democrático básico de una persona un voto. Para el cómputo del voto en el sistema de escrutinio de lista cerrada (comités de empresa y juntas de personal) el cálculo se efectuaría de manera directa, en la medida en que se contaría el número de papeletas válidas depositadas a favor de cada opción sindical. Para el cómputo del voto en el sistema de escrutinio mayoritario (delegados

de personal), igualmente el cómputo sería directo allí donde se eligiese a un solo candidato. En aquellas otras unidades electorales donde se eligiesen tres candidatos por escrutinio mayoritario (delegados de personal) bastaría con un cálculo matemático, consistente en sumar los votos obtenidos por todos los candidatos de cada opción sindical y dividir el resultado entre tres. La fórmula de cómputo de la representatividad en atención al voto debería extenderse con carácter general a todo el sistema, de modo que debe alcanzar también a los mecanismos de cómputo de la legitimación inicial y plena para la negociación de los convenios colectivos. La propuesta sobre todo desde el punto de vista de su alcance normativo, requeriría la modificación de los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como de los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores.

Para cerrar el círculo de esta temática, sería preciso también aclarar el efecto que ello podría tener en otros canales de representación, cuyo ámbito en muchas ocasiones se delimita por vía referencias a la representación del Estatuto de los Trabajadores. Me refiero, por ejemplo, a los ámbitos de constitución de las secciones sindicales y, especialmente, de designación de los delegados sindicales. Aunque a estas alturas se ha ido conformando una interpretación bastante clara de la regulación establecida al efecto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, no estaría de más una mayor precisión por parte de esta normativa, que no se limitase a una genérica apelación alternativa a la “empresa o centro de trabajo”. Se trataría de establecer un régimen más claro en esa dualidad alternativa entre centro y empresa, con juego en este caso del principio de autonomía organizativa sindical, sin perjuicio de que ello no derive en efectos de incrementos indirectos de los costes para las empresas; incluso cabría la posibilidad de que se admitiese que cuando se optase por el nivel centro de trabajo, cupiese también la designación de delegados sindicales intercentro. Todo ello requeriría la modificación de los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El otro factor que ofrece un resultado insatisfactorio, derivado de la tendencia al predominio de las empresas de dimensión micro, se sitúa en la dificultad de constitución de manera estable de instancias de representación de los trabajadores, que no sería en ningún caso contrarrestada con la propuesta precedente de elevación de la unidad electoral al ámbito empresarial.

A tal efecto, parece bastante consolidado el umbral mínimo exigido de 6 trabajadores como requisito imprescindible para que se puedan con-

vocar elecciones en la correspondiente organización productiva. Eso sí, pervive una situación intermedia, en estos momentos de cierta contradicción aplicativa en la franja entre los 6 y los 10 empleados; contradicción derivada de la formalidad de requisitos legales y la interpretación que de los mismos ha efectuado el Tribunal Constitucional. En efecto, recordar que la norma exige que en dicha franja concorra acuerdo mayoritario de los trabajadores de la empresa para que se constituya el órgano representativo, si bien al propio tiempo el Tribunal Constitucional no exige un explícito acuerdo en tal sentido, avalando la licitud de la directa convocatoria sindical en estos casos seguida de la votación de los candidatos presentados, en términos tales que la participación electoral en la misma de los trabajadores se presentaría como expresión implícita de aquiescencia a la constitución del órgano representativo¹⁷⁸. No cabe la menor duda de que el resultado es manifiestamente confuso pues, a pesar de lo exigido legalmente, en la práctica el requisito como tal no se aplica, si bien está provocando incertidumbres en estos momentos respecto del modo de comprobación del cumplimiento. A tenor de ello, lo más razonable sería elevar al texto legal lo que constituye la práctica cotidiana, de modo que la eliminación del requisito del acuerdo mayoritario, si bien no alteraría el panorama de facto en las microempresas, cuando menos superaría la contradicción entre lo formal y lo material, evitando un escenario de cierta inseguridad jurídica. Se trataría, en definitiva, de proceder a suprimir el requisito formal del acuerdo mayoritario para la designación de representantes en las unidades entre 6 y 10 trabajadores, de modo que se asimilaría su régimen al de las unidades a partir de 11 trabajadores, lo que implicaría la modificación del art. 62.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Finalmente, la adopción de las dos medidas precedentes no evita que en un número nada desdeñable de microempresas no vayan a existir representantes de los trabajadores o bien que se designen formalmente pero que decaigan en su mandato en breve plazo desde su elección. En estos casos ya desde hace algunos años se detectó el problema de la imposibilidad de que los procesos de reestructuración empresarial se canalizasen a través de algún tipo de proceso de consultas y de negociación con los trabajadores, que propiciase alguna forma de interlocución colectiva. Ello se planteó especialmente para las medidas empresariales de descuelgue de convenios colectivos, despidos colectivos, suspensiones de la relación laboral, reducciones de jornada, modifi-

¹⁷⁸ SSTC 36/2004, de 8 de marzo (BOE de 6 de abril); 64/2004 y 66/2004, de 19 de abril (BOE de 18 de mayo), y 103/2004, de 2 de junio (BOE de 23 de junio); 175/2004, de 18 de octubre (BOE de 19 de noviembre); 60/2005, de 14 de marzo (BOE de 19 de abril).

caciones de las condiciones de trabajo, traslados colectivos, así como de las transmisiones de empresa. La respuesta a tal obstáculo fue la de prever la posibilidad de proceder a la designación de una representación de vida efímera, al objeto de actuar como interlocutor en cada individualizado proceso de reestructuración empresarial que se pusiera en marcha por parte de la empresa; se trata de la fórmula conocida como comisiones 'ad hoc', que se instaura con la reforma laboral de 2010 y se refuerza con la sucesiva de 2012. Esta fórmula indiscutiblemente ha permitido dar una respuesta a la tramitación de todos estos procedimientos en las microempresas sin representación colectiva, que de este modo ni quedan bloqueados ni se remiten formalmente a la decisión unilateral del empleador. No obstante, el desarrollo aplicativo de esta fórmula muestra indiscutibles distorsiones y desvíos funcionales, por cuanto que ha desembocado en las más de las ocasiones en un trámite más ficticio que real de interlocución entre la dirección de la empresa y los trabajadores de la misma; en efecto, en la mayoría de supuestos de facto tales comisiones se han constituido a los meros efectos de dar cumplimiento a una exigencia legal en lo formal, sin que tras las mismas se haya logrado implementar un auténtico modelo de flexibilidad negociada. Constatada esta realidad es necesario corregir el sistema de interlocución, evitando que tales reestructuraciones se lleven a cabo en la práctica conforme a la mera decisión unilateral de la empresa, propiciando un efectivo mecanismo de flexibilidad negociada que permita equilibrar los intereses empresariales con los correspondientes de los trabajadores. Por tanto, a nuestro juicio, el problema no deriva de la existencia en sí mismas de las comisiones 'ad hoc', sino en las garantías de que la designación de sus miembros y su actuación se realice como efectivos portavoces de los intereses de los empleados en las microempresas. Probablemente la forma más eficaz de lograr el objetivo de garantía de la articulación de una real flexibilidad negociada en estos procesos en las microempresas requiera un reforzamiento del protagonismo de las organizaciones sindicales en la designación y actuación de estas comisiones 'ad hoc'. Ello en la práctica supondría una modificación de la regulación de tales comisiones tal como en estos momentos son reguladas en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

4. ADAPTACIÓN A LAS EMPRESAS DE ESTRUCTURA COMPLEJA

En el otro extremo de la realidad empresarial no encontramos frente a fórmulas de organizaciones empresariales de grandes dimensio-

nes que adoptan fórmulas variadas de estructuración técnica, donde, junto a la dualidad tradicional entre centro de trabajo y empresa, se superponen en niveles superiores de un lado grupos de empresas de dimensión nacional y de otro lado grupos de empresas de dimensión europeos. A su vez, dentro del fenómeno grupal las variantes son amplias, si bien desde la perspectiva de su tratamiento legal resulta imprescindible diferenciar entre dos categorías. De un lado, los grupos de sociedades mercantiles que desde la perspectiva laboral constituyen una única empresa y, por tanto, se trata de “empresa de grupo” o “empresa-grupo” (inicialmente calificada como “grupo patológico”, pero al que hoy en día se entiende a superar pues todo grupo patológico constituye una empresa de grupo, pero hay otros supuestos de empresa de grupo que no tienen el carácter de patológico y deben recibir idéntico tratamiento al de los anteriores), por tratarse de una mera apariencia de pluralidad de empresa, que esconden la presencia de una única empresa. De otro lado, auténticos grupos de empresas desde el punto de vista laboral que constituyen una realidad plural en la conformación económica de la actividad empresarial.

Como no podría ser de otro modo, resulta imprescindible dar un tratamiento jurídico claramente diferenciado a cada una de las realidades. A tal efecto, a estas alturas la dicotomía entre empresa de grupo y grupo de empresas desde el punto de vista conceptual teórico se encuentra netamente clarificada; incluso desde la perspectiva práctica también lo está a través de la jurisprudencia cada vez más perfeccionada elaborada por el Tribunal Supremo¹⁷⁹. No obstante, con vistas a reforzar la seguridad jurídica, sería de gran utilidad que esa diferenciación conceptual por parte de la jurisprudencia se elevara a rango legal, con lo cual por añadidura se podrían extraer las consecuencias de tratamiento jurídico diferenciado de una y otra realidad, en concreto por lo que refiere a la materia aquí tratada a los órganos que corresponde constituir en este tipo de estructuras empresariales o societarias complejas.

En concreto, ello supondría precisar que en el caso de que nos encontrásemos ante una empresa de grupo (lo que anteriormente se restringía al grupo ficticio) lo que procedería como regla general es constituir el comité de empresa a nivel del conjunto de la única empresa existente, tratando en el mejor de los casos a las diversas sociedades como meros centros de trabajo dentro de una empresa única.

Por el contrario, cuando no enfrentásemos a un grupo de empresa real, con auténtica pluralidad de entidades empresariales, debería pro-

¹⁷⁹ Por todas, STS 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014.

cederse a constituir tantos comités de empresa como efectivas organizaciones empresariales existiesen en el seno del grupo. Complementariamente a ello nos encontramos en el régimen actual con un nivel intermedio de interlocución inexistente en la previsión legal formal, pues de un lado nos encontramos con la representación estatutaria a nivel de empresa y de otra parte nos encontramos con la regulación de la Unión Europea que prevé la constitución de un nivel de interlocución en el ámbito del grupo de empresas de dimensión europea, sin que se contemple entre medio la realidad nada desdeñable del grupo de empresas de dimensión nacional. Sería conveniente que nuestro ordenamiento cubriera ese vacío representativo por la vía de contemplar expresamente el Estatuto de los Trabajadores la posibilidad por medio de acuerdo sindical mayoritario se procediera a la constitución del nivel correspondiente al grupo de empresas de nivel nacional. En paralelo a la operación de establecer como regla general que la representación de los trabajadores de base se debe designar en el ámbito empresarial (con supresión del comité de centro), se debería contemplar como representación de segundo grado al comité de grupo de dimensión nacional. Es cierto que, al no establecerse en la legislación vigente una prohibición expresa de constitución de este nivel del comité de grupo de dimensión nacional, es lícito en estos momentos proceder a constituirlo vía convenio colectivo; más aún, existen algunas concretas experiencias de constitución de tal ámbito representativo. Sin embargo, se facilitaría y fomentaría su expansión práctica con su expresa recepción en el texto legal, pues provocaría una indudable claridad pedagógica dirigida a los interlocutores sociales, incluso con unas mínimas reglas de su régimen jurídico, que incluiría una precisión respecto de sus competencias con deslinde de las que se asumen a otros niveles.

Respecto del procedimiento concreto de constitución del comité de grupo nacional, no nos parece oportuno en este caso actuar con mimetismo a lo que se contempla actualmente para la constitución del comité intercentro. Es decir, no nos parece conveniente que tal acuerdo se establezca por la vía de remitir tal cuestión a la negociación colectiva de ámbito grupal por cuatro motivos básicos: por cuanto que son escasos en estos momentos el número de convenios colectivos de ámbito grupal, porque la secuencia lógica lleva a que primero surja el ámbito de interlocución grupal y sucesivamente se desarrolle o no la experiencia de negociación, incluso porque puede considerarse oportuna la conformación del nivel de interlocución grupal sin que de ello derive la necesidad de un ámbito de negociación colectiva en ese ámbito y, final-

mente, porque se trata de una cuestión que atañe esencialmente a la conformación de la representación de los intereses de los trabajadores sin que deba existir interferencia alguna por parte empresarial en la decisión o no de constituir tan nivel; si acaso, bastaría con establecer un mecanismo de oposición de las diversas sociedades que entiendan no forman parte del correspondiente grupo de empresas.

Por otra parte, la presencia de diversos niveles de organización de las empresas tanto desde el punto de vista productivo como económico y jurídico de los grupos provoca ciertas incertidumbres respecto del ámbito en el que se deben llevar a cabo los procesos de información y consulta previsto en el marco de las respectivas reestructuraciones empresariales, más aún cuando en paralelo también existen diferentes órganos constituidos a cada uno de los niveles, sin olvidar tampoco que el diverso modo de cómputo de los umbrales cuantitativos para determinar la tramitación de la medida como de carácter colectivo e individual provoca ciertas disparidades entre la normativa nacional y la correspondiente Directiva para el caso concreto de los despidos colectivos¹⁸⁰.

Respecto de esto último, no cabe la menor duda de que la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está llamando a una necesaria adaptación de la legislación laboral en nuestro país. Si bien ello en el sentido estricto formal sólo exige la modificación del régimen jurídico de los despidos colectivos, por razones de coherencia e interinfluencia del resto de las medidas de reestructuración empresarial en las que se distingue entre procedimiento individual y colectivo, resulta oportuno proceder a extenderlo a estas otras, particularmente a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y a los traslados. Ello, a nuestro juicio, se materializaría en entender que se supera el umbral tanto cuando el mismo se computa en el ámbito de la empresa como en el correspondiente del centro de trabajo; así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, pero no estaría de más que expresamente se elevara a rango legal dicha regla¹⁸¹.

Complementariamente a lo anterior, y en cierto modo también con independencia de ello, sería también necesario establecer una regla de reparto competencial entre niveles o, si se quiere dicho de otro modo, marcar el ámbito en el que se debe acometer la medida de reestructu-

¹⁸⁰ SSTJUE 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Rabal Cañas; 13 de mayo de 2015, asunto C-182/13 Lyttle; 7 de diciembre de 1995, asunto 499/93 Rockfon; 15 de febrero de 2007, asunto C-270/05 Athinaki Chartopoiia; 30 abril 2015, asunto C-80/14 USDAW.

¹⁸¹ STS 17 de octubre de 2016, rec. 36/2016.

ración por parte de la dirección, lo que deriva en el ámbito en el que se debe desarrollar el período de consultas con los representantes de los trabajadores. Hay, por ejemplo, algunas sentencias que recientemente han abordado la cuestión relativa a si el período de consultas puede realizarse a nivel de grupo de empresa o a nivel de cada una de las empresas que integran el grupo, con una respuesta a nuestro juicio razonable¹⁸². No obstante, una vez más, no parece razonable que, una vez establecido un criterio jurisprudencial éste quede en ese terreno sin elevarse a rango legal, aparte de que el pronunciamiento de referencia sólo ofrece una respuesta parcial a una de las varias situaciones imaginables en esta perspectiva. Por ello, nos parece conveniente que se produzca igualmente una actuación en este terreno, que proceda a clarificar el panorama, con la correspondiente superación de incertidumbres presentes en el momento actual.

A tal efecto, el principio más razonable con el que se debe establecer el deslinde de ámbitos de desarrollo del procedimiento de información y consulta debe ser el de poner en relación el ámbito de incidencia de la causa con el ámbito de la reestructuración y, por ende, con el del desarrollo de la información y consulta; es decir, si la causa económica, técnica, organizativa o productiva se circunscribe exclusivamente a un concreto centro de trabajo es ahí donde deben celebrarse las consultas, mientras que si es a nivel de empresa debe elevarse el ámbito de las consultas, en tanto que finalmente si la causa se residencia a nivel de grupo ha de ser en este escenario donde se desenvuelva el período de consultas y por ende la reestructuración. Más aún, entiendo que se debe favorecer llevar el proceso al nivel más amplio posible, en la medida en que ello permitiría una comprensión más de conjunto de la situación global de la entidad empresarial, propiciaría una superior capacidad de actuación con medidas de reestructuración interconectadas en los diversos niveles, al tiempo que a la postre puede propiciar un modelo más eficiente de flexibilidad negociada. A tal efecto, podría incluso compatibilizarse el primer criterio con el segundo, de modo que partiendo de la equivalencia ámbito de la causa con nivel de la interlocución de la consulta, se estableciese igualmente una presunción de que para casos de imprecisión o discusión respecto de las circunstancias fácticas concurrentes, se entiende que la causa se desenvuelve en el ámbito más amplio de los posibles.

Por lo demás conviene advertir que la canalización de la consulta a un determinado nivel no tiene necesariamente que estar anudada o

¹⁸² STS 25 de junio de 2014, RJ 4385.

condicionada a la existencia o no de un órgano de representación a ese concreto nivel; a título ejemplificativo, puede suceder en un caso concreto que la causa concorra exclusivamente en un determinado centro de trabajo, sin que exista en tal empresa representación a nivel de centro pues los representantes se hayan elegido a nivel de empresa, lo que no impedirá que la consulta se desarrolle respecto de una reestructuración ceñida al centro de trabajo aunque el interlocutor lo sea a nivel empresarial; y, viceversa, puede ocurrir que la causa de la reestructuración concorra a nivel grupal y sea en ese nivel donde deban desarrollarse las consultas a pesar de que institucionalmente no se encuentre constituida una entidad representativa a ese nivel superior.

5. INCIDENCIA DE LOS CAMBIOS DE TITULARIDAD EMPRESARIAL SOBRE LAS INSTANCIAS REPRESENTATIVAS

En la regulación vigente se establece una respuesta precisa en relación con el mantenimiento de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa en los supuestos en los que se verifica una transmisión de empresa o de parte de la misma con autonomía propia (art. 44 ET). La fórmula legal es clara y efectiva allí donde el cambio de titularidad afecta a una empresa unitaria en su conjunto, sin imbricación con un grupo empresarial y sin exclusiva transmisión de un centro de trabajo o de una unidad productiva que no tiene la condición de centro de trabajo con capacidad de funcionamiento autónomo, al propio tiempo que el adquirente no integra lo transmitido en otra estructura empresarial de la que ya fuese titular previamente. En estos casos la continuidad del órgano representativo resulta plenamente garantizada y no experimenta efectos reflejos en su funcionamiento a resultas del cambio de titularidad¹⁸³. Sin embargo, en el resto de las ocasiones, las incertidumbres son superiores, lo que es relevante desde el instante en el que estos otros supuestos se verifica en las más de las ocasiones, siendo hoy en día la excepción el supuesto limpio precedente que era el tradicional pero hoy en día el menos habitual de transmisión en su totalidad de una empresa unitaria y sin transformación a resultas del cambio de titularidad.

Ya en sede judicial se están presentando algunos supuestos que requieren de una respuesta precisa por parte de la regulación vigente, que exigen su adaptación, para no dejarlo al simple criterio valorativo de los Tribunales de Justicia, especialmente cuando por medio de cierto tipo de operaciones de ingeniería societaria o empresarial el resultado

¹⁸³ STJUE 29 de julio de 2010, asunto c-151/2009.

es que los trabajadores pierden el interlocutor representativo colectivo, a pesar de que las dimensiones de la plantilla son relevantes, también lo son el número de empleados objeto de la subrogación empresarial; supuestos incluso en los que se pone en discusión si el resultado de pérdida del interlocutor representativo llega a provocar una vulneración del reconocimiento constitucional de la actividad sindical por vía de impedir la actuación de las organizaciones sindicales que intervienen por vía indirecta a través de tales representaciones colectivas en la empresa¹⁸⁴.

A la vista de las múltiples formas como se llevan a cabo hoy en día los procedimientos de cambio de titularidad de la empresa o de parte de la misma, sería conveniente perfeccionar el actual régimen jurídico vigente, con la mirada puesta en propiciar en la medida de lo posible una superior pervivencia de los órganos de representación a resultas de las transmisiones, incluso de la continuidad de la condición de representante a resultas de la subrogación incluso en la hipótesis de que el órgano como tal no subsista.

A tal efecto, debe tenerse presente que la propuesta formulada al inicio de elevar el ámbito de designación del órgano para situarlo en el conjunto de la empresa, puede provocar el efecto colateral negativo de ausencia de interlocución colectiva en todos los casos en los que el objeto de la transmisión no sea la totalidad de la empresa, sino exclusivamente una parte de la misma, sea un centro de trabajo o sea una unidad productiva autónoma. Naturalmente, si el adquirente fuese ya titular de una empresa con representación propia de los trabajadores, bastaría con atribuir al órgano representativo ya existente en la adquirente la capacidad representativa para los subrogados, incluso la transitoria incorporación a la misma de los subrogados que en la cedente tuviesen la condición de representantes de los trabajadores. Pero igualmente, sería precisa una regla transitoria que propiciara la continuidad de los representantes subrogados para aquellos casos en los que el adquirente no fuese con anterioridad titular de una específica actividad empresarial o no lo integrase en un grupo empresarial real, o bien su entidad de origen fuese de pequeñas dimensiones y no tuviese representación colectiva alguna.

De otra parte, hay que tener presente que hoy en día son numerosos los supuestos de subrogación contractual que se articulan por vías ajenas al régimen de la transmisión de empresa, especialmente aquellos que suponen una transmisión a resultas de una relación triangular en el

¹⁸⁴ STC 64/2016, de 11 de abril (BOE 20 de mayo).

marco de un esquema de descentralización productiva en el que son sucesivas empresas contratistas o auxiliares sin relación contractual entre las mismas las que cambian en la gestión de la contrata. Se trata de supuestos bien conocidos en cuanto a una subrogación contractual que se verifica por vía convencional de cláusulas específicas en los convenios colectivos o bien a tenor de lo previsto en las cláusulas de concurso de las contrataciones administrativas. Eso sí, en tales casos, la previsión se centra exclusivamente en la vertiente individual de la transmisión, sin que rijan reglas específicas relativas al mantenimiento de los órganos representativos. A tal efecto, aunque no parece que en sede judicial este asunto esté provocando mayor litigiosidad, no estaría de más que la propia normativa estatal prevea una extensión de la regla prevista para los casos de transmisión legal, sin perjuicio de que permanezca en sede convencional o de cláusulas administrativas las previsiones relativas a la vertiente individual de la subrogación.

6. PRESENCIA EQUILIBRADA POR RAZÓN DE GÉNERO

La normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico ha ido estableciendo progresivamente reglas en todos los ámbitos que procuren un reparto equilibrado entre hombres y mujeres a muy diversos niveles de puestos de responsabilidad y de gestión. A estos efectos uno de los pocos territorios prácticamente vírgenes en estas prácticas se sitúa en el ámbito de las relaciones colectivas, muy especialmente en lo que se refiere a las instancias de representación sindical. Algunas organizaciones sindicales, por vía de sus prácticas o de sus normativas internas, lo han venido extendiendo por lo que se refiere a sus órganos de dirección, incluso lo contemplan como prácticas de compromisos internos respecto de la confección de sus candidaturas a las elecciones a comités de empresa y delegados de personal. Sin embargo, llama poderosamente la atención que siendo un mecanismo en estos momentos fuertemente consolidado en todo tipo de elecciones de carácter político, incluso con pretensión de extensión al ámbito de los órganos de dirección de las grandes empresas, no haya provocado apenas debate ni propuestas por lo que refiere a la confección de las candidaturas a las elecciones a comités de empresa y delegados de personal¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Sobre el particular, GARRIDO PÉREZ, E., La cuestión de género en los mecanismos de representación de personal, en AA.VV. (Cruz Villalón, J., Garrido Pérez, E. y Ferradans Caramés, C. coords.), Tutela y promoción plena de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2015, pp. 139 ss.

Dejando de lado las posiciones voluntaristas de considerar que la sensibilidad sindical en esta materia es suficiente para que las propias organizaciones por su propia iniciativa puedan garantizar un reparto equilibrado en este tema, en este ámbito las objeciones al respecto son de doble tipo. De un lado, que el número reducido de trabajadores y, sobre todo, de representantes a elegir en las unidades electorales de menor tamaño dificulta y hace especialmente rígido el establecimiento de reglas de este tipo de distribución de candidatos entre trabajadores y trabajadoras. De otro lado, que el criterio de reparto equilibrado en el seno del órgano representativo podría provocar una enorme distorsión en la relación entre representantes y representados por razón de género, dado que no puede dejar de tenerse presente que hay empresas con porcentajes muy elevados de feminización del trabajo donde tendría poco sentido forzar a una presencia más intensa de hombres en el órgano de representación, del mismo modo que existen empresas donde el predominio de trabajadores hombres es absoluto y resultaría artificial cuando no imposible obligar a incluir en las candidaturas a trabajadoras; incluso que el reparto puede resultar desigual entre trabajadores por razón de género entre los grandes grupos profesionales que se aglutinan en uno u otro colegio profesional, donde por razón de la dimensión de la empresa así se dividen las urnas electorales.

A nuestro juicio, sin embargo, ninguna de las dos objeciones debe conducir al mantenimiento de la anomia legislativa en el establecimiento de un resultado de reparto equilibrado en los comités de empresa atendiendo al criterio de género.

De un lado, la objeción de la imposibilidad de materializarlo en las unidades electorales inferiores, claramente cuando se procede a la designación de un único delegado de personal y especial dificultad cuando se elijan tres delegados de personal, no debe desembocar en el establecimiento de una regla de exclusión total. Bastaría con establecer un umbral de referencia para exigir legalmente el reparto equilibrado. En concreto, sería suficiente con circunscribir la obligatoriedad de la regla del reparto equilibrado para las elecciones a comités de empresa, donde se eligen ya cinco miembros, excluyéndolo cuando se trate de elecciones a delegados de personal. Por añadidura, recuérdese la propuesta inicial de elevar el ámbito de constitución del órgano a nivel de empresa, en lugar del actual del centro de trabajo, que al incrementar el número de votantes por unidad electoral también va a propiciar la elección de un mayor número de comités de empresa a los existentes actualmente, con lo cual esta regla del reparto proporcional tendrá un impacto mayor que con las reglas actualmente establecidas.

De otro lado, por lo que refiere a la objeción relativa a la base de la plantilla de la empresa, en cada caso más o menos feminizada, podría soslayarse en la medida en que el reparto equilibrado no lo fuera conforme a la regla tradicional del 40/60 de miembros en el órgano representativo, sino en una regla diferente que tome en consideración el universo electoral de referencia. En el resto de los órganos es cierto que el universo electoral de referencia grosso modo viene a ser de pleno equilibrio entre hombres y mujeres, mientras que la realidad laboral desemboca en resultados de distribución de la población asalariada desigual entre hombres y mujeres en atención a profesiones, empresas, actividades y sectores productivos. En definitiva, sería suficiente con establecer el criterio de que el porcentaje de presencia de trabajadores en la unidad electoral de referencia, el porcentaje de mujeres con derecho de voto, se tendría que reflejar también en las candidaturas y, por ende, en la composición del órgano representativo a designar. En definitiva, se trataría de establecer que en el sistema electoral de elecciones a comités de empresa y juntas de personal se incorpore un mecanismo que propicie una presencia equilibrada por razón de género entre sus miembros, tomando como referencia el porcentaje de presencia entre hombres y mujeres en las plantillas de las empresas correspondientes. A tal efecto, se debería establecer una horquilla máxima y mínima de desviación respecto del porcentaje de presencia de hombres y mujeres en las plantillas de cada empresa (por ejemplo, en torno a un 10 %), para determinar de este modo la obligada presencia de ese reparto en las correspondientes candidaturas presentadas por cada una de las representaciones sindicales. Ello requeriría la modificación del artículo 71.2 del Estatuto de los Trabajadores y correspondiente precepto del Estatuto Básico del Empleado Público.

7. PROCEDIMIENTO UNITARIO DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Nuestra legislación laboral tradicionalmente ha establecido una regulación diferenciada y, por ende, una tramitación procedimental diversa según la medida de reestructuración empresarial que pretenda llevar a cabo la empresa. De este modo, aunque existen fuertes coincidencias en el régimen jurídico y en los trámites que discurren en paralelo viene a dar a entender que se deben poner en marcha tantos procedimientos de información y consulta cuantas medidas de reestructuración se pretendan acometer. Se establecen como procedimientos autónomos cuando menos los siguientes: traslados colectivos a resultas de medidas de movilidad geográfica (art. 40 ET), modificaciones sustanciales

de condiciones de trabajo (art. 41 ET), cambios de titularidad de la empresa (art. 44 ET), suspensiones de la relación laboral y reducciones de jornada (art. 47 ET), despidos colectivos (art. 51 ET) e inaplicaciones de las condiciones pactadas en convenios colectivos (art. 82.3 ET). Todo ello, sin olvidar otros procedimientos específicos que conforme a instituciones diversas deben articularse bien lo sea por medio del ejercicio del poder de dirección del empleador sin perjuicio de contemplar algún tipo de intervención de los representantes de los trabajadores, o bien lo sea por medio de pactos individuales entre trabajador y empleador que no impide algún tipo de actuación por parte de los representantes de los trabajadores.

Frente a ello, la realidad práctica muestra que las empresas cuando acometen un proceso de reestructuración adoptan medidas variadas, con impacto diferenciado para su personal, unas en el terreno de la flexibilidad interna y otras en el campo de la flexibilidad externa, unas con afectación a lo pactado en convenio colectivo, otra con incidencia en usos de empresa o pactos no regidos por el título tercero del Estatuto de los Trabajadores, todas ellas diversas pero interconectadas las unas respecto de las otras. En estos casos, tanto los motivos determinantes de las medidas empresariales como los objetivos finales buscados con la reestructuración empresarial son idénticos, pero con cierta rigidez en lo formal la norma laboral disgrega cada medida reconduciéndola a un precepto diferenciado del texto legal en los términos que ya hemos apuntado.

En algunas ocasiones ello se hace de manera oculta, especialmente cuando se acomete un procedimiento de despidos colectivos, donde en el marco de las medidas de acompañamiento se fijan los efectos que en el terreno de la flexibilidad interna se van a adoptar respecto del personal que permanece vinculado a la empresa¹⁸⁶. Sin embargo, ello es siempre una opción parcial que no procura una unificación plena de las medidas, coloca en lugar subsidiario a las medidas de flexibilidad interna frente a las externas y, a la postre, no saca a la luz la realidad de que se trata de una única reestructuración empresarial que se concreta en una diversidad de medidas interconectadas.

Es cierto también que últimamente algunos pronunciamientos judiciales, ante un escenario dado en el que la empresa había acumulado a través de un único procedimiento de información y consulta una

¹⁸⁶ Art. 8 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE 30 de octubre), por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

diversidad de medidas acometidas en el marco de una misma reestructuración empresarial, las había dado por válidas, había considerado lícito lo llevado a cabo, sin obligar a que se desarrollasen tantos procedimientos de consultas como medidas de diversa naturaleza a llevar a cabo¹⁸⁷.

Ahora bien, una vez más, la respuesta judicial a un fenómeno claramente generalizado como exigencia en la realidad práctica no constituye la mejor respuesta a un escenario de anomia legislativa. Por ello, es oportuno que la normativa introduzca un procedimiento unitario, que permita acometer de manera conjunta cuantas medidas sean precisas en el marco de una reestructuración empresarial que presenta el carácter de unitaria.

Más aún, lo oportuno no es que la legislación prevea la licitud de unificar en un solo procedimiento las diferentes medidas de un proceso de reestructuración, sino que vaya más allá de ello, convirtiendo esta opción en la preferente y la obligada. En concreto, que allí donde la empresa se base en una misma causa económica, técnica, organizativa o productiva, que fundamenta la adopción de las diversas medidas acometidas simultáneamente en el tiempo, la regla sea la de la necesaria tramitación como un procedimiento único de información y consulta.

El establecimiento de un procedimiento unitario tendría multitud de virtudes en la gestión del cambio en la empresa: para la dirección permite una gestión mucho más flexible y simplificada de su actuación, con reducción de costes en la tramitación. Desde el punto de vista sindical permite una discusión de conjunto con la dirección de la empresa, con una mayor capacidad de intercambio de opciones alternativas posibles en el caso concreto, teniendo una visión global del resultado final en el que se va a encontrar la plantilla de la empresa. A la postre, permite una estrecha conexión entre medidas de flexibilidad interna y externa, dando mayor coherencia al total de la reestructuración empresarial y propiciando una mayor eficiencia a la misma, invitando a un equilibrio de intereses entre las partes más fácil de adoptar.

8. UNIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO

La existencia de dos regímenes profesionales claramente diferenciados en el seno de la Administración Pública –funcionarios públicos y

¹⁸⁷ SAN 20 de mayo de 2013, AS 1743; 16 de mayo de 2014, AS 1071.

personal laboral— da lugar a la conformación en paralelo también de dos instancias diferenciadas: Juntas y Delegados de personal para los primeros junto a Comités de Empresa y Delegados de Personal para los segundos. Ello naturalmente sin olvidar el discurrir en paralelo adicional de los órganos especializados en materia de prevención de riesgos laborales.

Ciertamente esta dualidad a ciertos efectos resulta obligada, dada la disparidad de competencias y facultades que se asumen en cada régimen profesional diferenciado. Pero, de igual modo, no deja de ser cierto que en muchas otras ocasiones emergen elementos comunes de intereses, incluso que resulta inconcebible que ciertas materias no sean tratadas de manera conjunta para la totalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En ciertas materias actuar de manera diferenciada no podría sino producir contracciones en la actuación por parte de la Administración Pública, lo sea respecto de los funcionarios público o respecto del personal laboral. Tan es así que se no actuarse de manera unitaria el resultado no puede ser otro que el de desembocar en agravios comparativos, fruto constante de conflictividad incomprensible y de necesaria evitación.

En algunos aspectos institucionales de las relaciones colectivas de trabajo de indiscutible dificultad ya se ha avanzado con la búsqueda de soluciones originales de convergencia en las condiciones de trabajo de ambos grupos profesionales. Baste con mencionar a título de ejemplo en la posibilidad abierta legalmente a la celebración de acuerdos colectivos mixtos de aplicación conjunto a funcionarios públicos y personal laboral¹⁸⁸.

Las anteriores consideraciones aconsejan reflexionar sobre la oportunidad de proceder a establecer también algún tipo de mecanismo de convergencia representativa, incluso a nivel orgánico, de las actuales representaciones de funcionarios públicos y personal laboral, en estos momentos discurriendo por separado. Es cierto que a estas alturas existen ciertas dificultades para llevar a cabo una unificación plena de ambas instancias representativas. Pero, de igual modo, si en materia de mucha mayor complejidad y de disparidad institucional como es la negociación colectiva se ha avanzado en este terreno, no puede entenderse que haya razones para hacerlo también en el ámbito de la participación y representación del conjunto de los empleados públicos. Para multitud de competencias en el ámbito de la información

¹⁸⁸ Cfr. Arts. 36.3 y 38.8 Estatuto básico del empleado público.

y consulta, incluida la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral y funcionarial, es razonable que se tienda a la unificación; con mucha mayor intensidad parece imprescindible acentuar la unidad de actuación y tratamiento por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales.

Incluso resultaría viable proceder a establecer fórmulas más o menos imaginativas, que conjuguen la unidad con la diversidad de intervenciones según materias. Por ejemplo, cabría pensar en establecer a semejanza de lo que se prevé en el Estatuto de los Trabajadores, un órgano de representación unitario de ambos grupos profesionales, si bien elegidos a partir de dos colegios profesionales diferenciados, uno para funcionarios públicos y otro para el personal laboral. Esta fórmula permitiría una actuación conjunta de la totalidad de los empleados públicos, sin perjuicio de que cierto tipo de competencias específicas pudieran ser derivadas a los representantes elegidos a través de un concreto colegio electoral.

9. DESLINDE COMPETENCIAL SUBJETIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Finalmente, sin poder entrar en mayores detalles, habría que revisar el modelo actual de reparto competencial entre sindicato y comité de empresa establecido en nuestro ordenamiento desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores. El modelo de doble canal representativo se instauró en su arranque a inicios de la década de los años ochenta como una solución de compromiso, por tanto, pensada como provisional, frente a dos concepciones sindicales antagónicas en esos momentos respecto del papel institucional que deberían asumir los comités de empresa y delegados de personal. Esa solución de provisional de compromiso se plasmó en una respuesta legal de indefinición, donde al canal representativo del comité y al correlativo canal representativo de los sindicatos se le atribuían en lo fundamental idénticas funciones, con pleno solapamiento de competencias de unos y otras, tanto por lo que refiere a la participación en la gestión de la empresa como en lo que afecta a la negociación colectiva empresarial incluida la capacidad de gestión de medidas de conflicto a través de huelgas. La expectativa era que en cada ámbito la práctica derivase en el protagonismo final de un canal representativo u otro.

Con el paso del tiempo, si bien el funcionamiento práctico del modelo aparentemente no ha provocado especiales problemas y ha funcionado

sin particular conflictividad, lo cierto es que las posiciones sindicales han evolucionado, de modo que hoy en día ha desaparecido el antagonismo de concepciones existentes a inicios de los años ochenta del siglo pasado.

A ello se añade que, aunque no hayan emergido conflictos llamativos, de manera subyacente han provocado indiscutibles distorsiones en el funcionamiento del sistema. De un lado, la lógica y filosofía favorable a un modelo de sólida participación en la gestión de la empresa no se ha logrado asentar en nuestro sistema de relaciones laborales, por cuanto que en la práctica ha discurrido más conforme a la lógica propia de la negociación colectiva que a tenor de la lógica de tutela de los intereses de los trabajadores por la vía de la participación en la gestión. De otro lado, la práctica predominante de que las mesas de negociación de los convenios de empresa se conformen a partir del protagonismo de los comités de empresa, por mucho que tras los mismos se encuentren la actividad de los sindicatos, ha dificultado una intervención más directa de las organizaciones sindicales y especialmente ha obstaculizado una correspondencia de la acción sindical en la negociación de convenios sectoriales en conexión con los convenios de empresa; en muchas ocasiones cada uno de los niveles de negociación han funcionado como ruedas independientes, sin que el sindicato haya podido trasladar estrategia comunes en ambos niveles.

A tenor de ello, parece llegado el momento de reconsiderar el modelo de atribución competencial, sobre la base de atribuir la legitimación negocial a nivel de empresa en exclusiva a las organizaciones sindicales, para que ellas gestionen en su conjunto el desarrollo de los procesos de negociación colectiva, al propio tiempo que se privilegie el protagonismo de los comités de empresa en los procesos de información y consulta en el ámbito de la participación en la gestión de la empresa. No se trata de algo desconocido entre nosotros, pues basta dirigir la mirada al modelo establecido en el ámbito de la función pública donde los sindicatos ostentan la exclusividad en la negociación, reconduciendo a las Juntas de Personal en exclusiva al terreno de la información y consulta.

Es cierto, que el corte competencial no puede ser limpio, con fronteras de ausencia total de solapamientos, pues baste con la toma en consideración de los procesos de reestructuración empresarial que están a mitad de camino entre la participación en la gestión y la negociación colectiva, cuando no responden a una acumulación no contradictoria de ambas lógicas; sin olvidar tampoco el obligado respeto a la jurispru-

dencia constitucional, que exige extender como contenido esencial de la libertad sindical el protagonismo de las organizaciones sindicales cuando menos al ámbito de la participación en este tipo de procesos de reestructuración empresarial.

En todo caso, el hecho de que no se pueda hacer un corte limpio en el deslinde de terrenos entre los dos canales de representación presentes en nuestro sistema de relaciones laborales, no impide caminar hacia un modelo diferente, con exclusividad sindical en la negociación colectiva y preferencia de protagonismo de los comités de empresa en el campo de la participación estricta en la gestión de la empresa.

10. OTROS DESLINDES COMPETENCIALES

Para concluir, debería proceder a revisarse el deslinde competencial entre muchas otras instancias de representación que en forma aluvional se han venido conformando en nuestro sistema de representación de los trabajadores en la empresa. En efecto, la emergencia de instancias de representación con competencias específicas se ha realizado sin perjuicio del mantenimiento de las competencias a los órganos de representación genérica.

El hecho de que en la práctica el fuerte protagonismo en la gestión del conjunto de las instancias de representación hayan sido gestionadas de manera directa o indirecta por parte de las organizaciones sindicales ha restado conflictividad a la presencia de una pluralidad y diversidad de órganos de representación. Al mismo tiempo ese modelo ha proporcionado una indiscutible flexibilidad al funcionamiento general del sistema.

No obstante, el este modelo aluvional de atribución plural de funciones y competencias no deja de plantear cierto tipo de disfunciones, por cuanto que no dejar de resultar ineficiente en la medida en que provoca la presencia a veces de solapamiento de competencias, cuando no en otras ocasiones problemas más agudos de conflictos competenciales o de exigencias de protagonismo acumulado por parte de unos y otros, con resultados en ciertas ocasiones indiscutibles de inseguridad jurídica.

A título de ejemplo, algunas dificultades en este terreno se pueden presentar en el deslinde competencial entre los delegados de prevención y los comités de empresa. Asimismo, existe una intensa falta de clarificación del papel que le corresponde al comité de huelga y a la comisión

negociadora del convenio colectivo cuando la huelga es convocada con ocasión de un bloqueo de la negociación. Sin desconocer tampoco la ausencia de deslinde en las funciones y competencia cuando tenemos un escenario de órganos de representación a diversos niveles: centro de trabajo, empresa, grupo de empresa nacional, grupo de empresa de dimensión comunitaria. El propio principio de correspondencia, que viene a conformarse por vía jurisprudencial para delimitar el ámbito de la legitimación negocial¹⁸⁹, podría trasladarse como problema *mutatis mutandis* al ámbito de actuación de las representaciones de los trabajadores en la empresa, especialmente cuando como tal a estas alturas es sólo un principio orientativo general pero sin plasmación en una precisa regla jurídica como tal recogida en una norma jurídica.

A tal efecto, también resultaría oportuno proceder a efectuar algún tipo de intervención legal, donde sobre la premisa de la flexibilidad, por tanto con el carácter de norma subsidiaria, se estableciese algún tipo de regla en la normativa que estableciese criterios generales de deslinde competencial entre los diversos órganos para la hipótesis de conflictos no resueltos por acuerdo entre las partes y órganos afectados en situaciones concretas.

¹⁸⁹ Por todas, STS de 21 de diciembre de 2015, rec. 6/2014; 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014; 18 de febrero de 2016, rec. 282/2015.