

UNHA PROPOSTA DE REVISIÓN DAS REGRAS SOBRE REPRESENTACIÓN DOS TRABALLADORES NA EMPRESA *

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Sevilla

RESUMO

O modelo legal de representación dos traballadores na empresa atópase notablemente consolidado no noso sistema de relacións laborais, cun réxime que no substancial recibiu un elevado consenso de apoio por parte do conxunto dos protagonistas do sistema. A pesar da consolidación do modelo así como das sucesivas reformas que viñeron completando e enriquecendo o armazón legal relativo á participación dos traballadores na empresa, o paso do tempo fixo madeixa non nos elementos basilares do sistema, pero si nalgúns dos seus aspectos importantes. O presente artigo estuda algúns dos aspectos que merecerían unha revisión para o seu axuste con vistas a consolidar un modelo de representación adaptado ás circunstancias cambiantes do mercado laboral.

Palabras chave: Representación dos traballadores, negociación colectiva, empresas con estrutura complexa, información e consulta, reestruturacións

ABSTRACT

The legal model of workers' representation in the company is well consolidated in our system of industrial relations, with a regime that, essentially, received a high, consensual support from the whole range of the actors in the system. In spite of this consolidation and the several reforms that have completed and enhanced the legal structural, time has left its mark, not in the main elements, but in several important issues. This paper studies some of the aspects that deserve a revision in order to adjust them and consolidate a model of

representation well adapted to the changing circumstances of the labour market.

Keywords: Workers' representation, collective bargaining, companies with complex structures, information and consultation, restructuring

SUMARIO

1. UN MODELO FORTEMENTE ASENTADO E DE AMPLO CONSENSO; 2. UNHA NECESARIA ACTUALIZACIÓN DA REGULACIÓN EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN; 3. ADAPTACIÓN Á REDUCCIÓN DA DIMENSIÓN E DISPERSIÓN DOS CADROS DE PERSOAL; 4. ADAPTACIÓN ÁS EMPRESAS DE ESTRUCTURA COMPLEXA; 5. INCIDENCIA DOS CAMBIOS DE TITULARIDADE EMPRESARIAL SOBRE AS INSTANCIAS REPRESENTATIVAS; 6. PRESENZA EQUILIBRADA POR RAZÓN DE XÉNERO; 7. PROCEDIMENTO UNITARIO DE REESTRUTURACIÓN EMPRESARIAL; 8. DESLINDE COMPETENCIAL SUBXECTIVO DA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

1. UN MODELO FORTEMENTE ASENTADO E DE AMPLO CONSENSO

O modelo legal de representación dos traballadores na empresa atópase notablemente consolidado no noso sistema de relacións laborais, cun réxime que no substancial recibiu un elevado consenso de apoio por parte do conxunto dos protagonistas do sistema. Pódese afirmar, que é unha das institucións do ordenamento laboral menos posta en discusión desde o seu deseño a principios da década dos anos oitenta. A proba máis palpable diso foi que, fronte ás intensas reformas laborais que se produciron nas últimas décadas, especialmente desde a primeira versión do Estatuto dos Traballadores de 1980, as mesmas esencialmente centráronse no réxime xurídico do contrato de traballo e na negociación colectiva, é dicir, os títulos I e II do Estatuto, en tanto, que resultaron de ton menor os cambios levados a cabo na regulación relativa á participación representación dos traballadores na empresa, é dicir, o título II do Estatuto. Mesmo, ha de terse en conta que tal regulación atópase en estreita conexión coas regras relativas á representatividade

sindical e á acción sindical na empresa, reguladas na Lei Orgánica de Liberdade Sindical, que, en paralelo, tampouco experimentou modificación algunha desde a súa aprobación en 1985. Máis aínda, a ausencia de reformas dignas de consideración durante este longo período non se debeu a faltas de consenso no seu contido, senón, todo o contrario, é unha implícita comodidade de todos nos elementos craves do modelo de representatividade e participación instaurado coa posta en marcha do modelo democrático de relacións laborais.

É certo que en todo este longo período de máis de 45 anos de vixencia do modelo legal, algunhas modificacións producíronse, das que merece a pena deixar constancia, aínda que adiantando que as mesmas tiveron máis o carácter de retoques secundarios que de afectación a algún elemento esencial do seu esqueleto. Para ese efecto, podería afirmarse que catro foron os momentos principais nos que se levaron a cabo reformas no modelo legal, que resumidamente cífranse nos seguintes.

En primeiro lugar, con ocasión da reforma do Estatuto dos Traballadores de 1984 onde, tras un primeiro período aplicativo do modelo inicial, detectouse unha certa falta de peche do modelo, con correccións de mellora do sistema e adaptación ao modelo de representación sindical que se implantaba ao fío da elaboración e aprobación da Lei Orgánica de Liberdade Sindical¹. A teor da mesma unificáronse as competencias de delegados de persoal e comités de empresa, estableceuse un sistema electoral unitario de listas pechadas para os comités de empresa, estableceuse un criterio igualitario de tratamento entre fixos e temporais, ampliouse o mandato representativo de dous a catro anos, estableceuse un sistema máis claro de convocatoria electoral, ao mesmo tempo que se reduciron os trámites na celebración das eleccións a delegados de persoal. En segundo lugar, a inicios da década dos anos noventa do pasado século, prodúcense intensos conflitos intersindicais

¹Lei 32/1984, do 2 de agosto (BOE 4 de agosto), sobre modificación de determinados artigos da Lei 8/1980, do 10 de marzo, do Estatuto dos Traballadores.

que desembocaron en prácticas abusivas na aplicación das regras relativas ao desenvolvemento das convocatorias, procedementos e controis das eleccións. Iso conduciu a unha reacción das organizacións sindicais máis representativas, en aras de superar as situacións de enfrontamento entre elas derivadas da aceptación dunha deriva de prácticas desleais na xestión das eleccións coa mira posta en alcanzar niveis superiores no cómputo administrativo da representatividade sindical. A resultas diso, alcanzouse unha proposta de acordo entre as dúas grandes organizacións sindicais máis representativas a nivel estatal, elevada ao Goberno no seu momento e que desembocou na reforma do título II do Estatuto dos Traballadores de 1994². Tratouse esencialmente dunha reforma de perfeccionamento do sistema electoral, con incorporación de regras de maior flexibilidade e ao propio tempo de superior seguridade e transparencia no réxime electoral, incluíndo un procedemento efectivo de arbitraje para o control da legalidade dos procesos electorais. Modificación que co paso do tempo pode afirmarse que quedou plenamente consolidada e aceptada de maneira xeneralizada polo conxunto dos protagonistas do sistema. En terceiro, lugar hai que facer mención aos imperativos derivados da transposición das Directivas da Unión Europea en materia de información e consulta, que esencialmente deron lugar a unha regulación de transposición de enriquecemento e ampliación das vías e competencias en materia de participación na empresa, aínda que cun modo de actuación que procede a reforzar o modelo pero non a alterar as súas claves no deseño inicial. Especialmente dignas de mención son as Directivas sobre o Comité de Empresa Europeo³, a relativa a un marco xeral de información e

²Lei 11/1994, do 19 de maio (BOE 23 de maio), pola que se modifican determinados artigos do Estatuto dos Traballadores, do texto articulado da Lei de Procedemento Laboral e da Lei de Infraccións e Sancións da Orde Social.

³Directiva 94/45/CE, do 22 de setembro (DOCE 30 de setembro), sobre constitución dun comité de empresa europeo ou dun procedemento de información e consulta aos traballadores nas empresas e grupos de empresa de dimensión comunitaria, Directiva substituída polo texto consolidado derivado da Directiva 2009/38/CE, do 6 de maio (DOUE 16 de maio). Tales

consulta⁴, así como a relativa á implicación dos traballadores na sociedade anónima europea⁵.

Finalmente, o cuarto fito de intervención verifícase como efecto reflecto das reformas laborais acometidas na introdución de regras a efectos de que as empresas poidan acometer medidas de reestruturación, ben o sexan en clave de despedimentos flexibilidade externa ou interna, de despedimentos colectivos, suspensións, descolgues convencionais e modificacións substanciais de condicións de traballo. Nuns casos trátase de mecanismos de reforzamento indirecto dos procedementos de información e consultas, como efecto colateral da supresión das autorizacións administrativas previas ás medidas de reestruturación empresarial. Noutros casos trátase de facilitar a adopción das medidas de reestruturación colectiva nas empresas e centros de traballo nos que, esencialmente polas súas pequenas dimensións aínda que non exclusivamente por tal circunstancia, non existe inicialmente interlocutor da dirección en representación dos traballadores, polo que se introducen instancias de representación específicas para tal fin, é dicir, o que se veu a denominar como "comisións ad hoc"⁶.

Directivas foron transpuestas a través da Lei 10/1997, do 24 de abril (BOE do 25 de abril), sobre dereitos de información e consulta dos traballadores nas empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada pola Lei 44/1999, do 29 de novembro (BOE do 30 de novembro) e pola Lei 10/2011, do 19 de maio (BOE 20 de maio).

⁴Directiva 2002/14, do 11 de marzo (DOCE do 23 de marzo), pola que se establece un marco xeral relativo á información e á consulta dos traballadores da Comunidade Europea. A mesma afectou sobre todo as competencias e funcións dos órganos de representación dos traballadores na empresa, que determinou sobre todo unha importante reforma de actualización da relación de facultades de información e consultas relacionadas no artigo 64 do Estatuto dos Traballadores. A súa transposición levou a cabo en concreto a través da Lei 38/2007, do 16 de novembro (BOE 17 de novembro).

⁵Directiva 2001/86, do 8 de outubro (DOCE do 10 de novembro), pola que se completa o estatuto da sociedade anónima europea no que respecta á implicación dos traballadores, transpuesta por medio da Lei 31/2006, do 18 de outubro (BOE 19 de outubro), sobre implicación dos traballadores nas sociedades anónimas e cooperativas europeas.

⁶Real Decreto Lei 10/2010, do 16 de xuño (BOE 17 de xuño), de medidas urxentes para a reforma do mercado de traballo. Lei 35/2010, do 17 de

En todo caso, resumindo todo este longo *iter* de evolución da normativa laboral nesta materia ao longo xa de bastantes décadas, pode afirmarse que o que constitúe a estrutura básica do modelo representativo en España consolidouse co paso do tempo. Dito noutros termos que, sen pretender minusvalorar o alcance dos cambios producidos neses catro momentos craves, a lóxica xeral do modelo permanece inmutable, teñen máis un carácter de perfeccionamento que de corrección das liñas forzas de tal modelo e, ao cabo, serviron para consolidar o consenso social ao redor da eficacia e validez do mesmo.

2. UNHA NECESARIA ACTUALIZACIÓN DA REGULACIÓN EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN

A pesar de todo o anterior, a pesar da consolidación do modelo así como das sucesivas reformas que viñeron completando e enriquecendo o armazón legal relativo á participación dos traballadores na empresa, o paso do tempo fixo madeixa non nos elementos basilares do sistema, pero si nalgúns dos seus aspectos importantes.

O paso do tempo especialmente incidiu nunha tripla vertente. Dun lado, aprécianse cambios na estrutura e organización da empresa, que, sobre todo, repercute nas dimensións e dispersión dos persoais nas correspondentes empresas, o que, á súa vez, provoca importantes dificultades na constitución e actuación dos órganos de representación neste ámbito. Doutro lado, os constantes e permanentes procesos de transformación e adaptación das empresas aos cambios tanto desde a perspectiva técnica como desde o punto de vista de adecuación ao mercado, acentúan os procesos de reestruturación empresarial que requiren dun permanente proceso de flexibilidade interna nas empresas, que esixen unha nova lectura do rol da participación dos representantes

setembro (BOE 18 de setembro), de medidas para a reforma do mercado de traballo. Real Decreto Lei 7/2011, do 10 de xuño (BOE 11 de xuño), de medidas urxentes de reforma da negociación colectiva. Real Decreto Lei 3/2012, do 10 de febreiro (BOE 12 de febreiro), de medidas urxentes de reforma do mercado laboral. Lei 3/2012, do 6 de xullo (BOE 7 de xullo), de medidas de reforma do mercado laboral.

na xestión do cambio nas empresas e, polo tanto, da intervención dos mesmos neses procesos de transformación no seo das organizacións produtivas. Finalmente, as interconexións hoxe en día entre negociación colectiva e os procesos de xestión do cambio precedentemente aludidos, provoca que a negociación colectiva vaia adquirindo cada vez máis unha función de xestión da flexibilidade no seo da empresa, de modo que este tipo de negociación colectiva - especialmente a que se desenvolve no ámbito da empresa- deixa de actuar como un ámbito autónomo respecto da participación na empresa, converténdose desde esta perspectiva tamén nun instrumento decisivo de participación dos traballadores na empresa; participación na xestión na súa concepción tradicional e negociación empresarial preséntanse como vasos comunicantes, o que repercute tamén no funcionamento práctico do modelo no seu conxunto.

A teor do anterior, desembócase na conclusión de que é preciso levar a cabo unha reconsideración dalgúns dos aspectos da regulación actual, que se mostran insuficientes ou carentes da necesaria eficacia para lograr un modelo operativo de representación e participación dos traballadores na empresa. A análise de diagnóstico da situación, así como a precisión das medidas máis relevantes desa posible revisión da regulación vixente, requiriría de consideracións precisas e detalladas que non é posible describir en toda a súa extensión nestes momentos. A teor diso, tómanse as consideracións que seguen como unha mera primeira aproximación á cuestión, coa exclusiva pretensión de propoñer unha apertura do debate na materia. Por tanto, a propostas que seguen enténdanse como abertas e expresadas de maneira esencialmente sucinta, sen poder entrar en toda a complexidade que as mesmas entrañan.

3. ADAPTACIÓN Á REDUCCIÓN DA DIMENSIÓN E DISPERSIÓN DOS PERSOAIS

Tradicionalmente a estrutura das empresas no noso país caracterizouse pola presenza de organizacións produtivas de dimensións reducidas, que determinou que en moitos

ámbitos non se logren alcanzar os mínimos legais necesarios esixidos para proceder á designación de delegados de persoal e comités de empresa, coa consecuencia correspondente de que son moitas as organizacións produtivas nas que practicamente resultan descoñecidas as fórmulas de participación dos traballadores na xestión da empresa.

Non cabe a menor dúbida de que para que o fenómeno de participación colectiva aséntese na empresa requírese dunha masa crítica mínima de empregados, sendo razoable que se estableza un limiar mínimo a partir do cal se poidan designar representantes dos traballadores, de modo que é difícil pensar en forzar artificialmente o réxime legal para introducir mecanismos de representación colectiva alí onde o desenvolvemento das relacións laborais leva a cabo en clave necesariamente individual. Por iso, a actuación neste terreo non pode selo no ámbito regulativo da participación e da representación, senón no terreo da potenciación do crecemento da fortaleza das nosas empresas, nesta ocasión pola vía do fomento por moi diversas vías do crecemento das dimensións medias das empresas de máis reducidas dimensións.

Agora ben, con independencia do anterior, hai que ter presente que nalgúns casos resulta necesario establecer canles de interlocución para non bloquear certo tipo de procesos imprescindibles de reestruturación empresarial que é conveniente que non se canalicen pola vía exclusivamente da decisión estritamente unilateral da empresa. Doutra parte, hai que ter en conta que, noutras ocasións, a imposibilidade de constitución dos órganos de representación dos traballadores nas empresas non deriva das súas reducidas dimensións senón da elevada dispersión do seu persoal no territorio ou na división técnica por unidades da empresa.

Comezando polo segundo dos fenómenos apuntados, atopámonos con empresas organizadas sobre a base dunha elevada multiplicidade de centros de traballos, como unidades produtivas autónomas, que dan lugar a un número moi reducido de empregados en cada un dos centros de traballo pero que no seu conxunto a empresa alcanza a un

significativo, cando non elevado, número de traballadores. Esta realidade resulta cada vez máis estendida en certo tipo de actividades empresariais, derivada especialmente de dous fenómenos que en ocasións resultan acumulados: nuns casos, consecuencia da súa expansión ao longo do territorio a efectos de implantación en ámbitos cada vez máis extensos, derivado do seu crecemento máis aló do local; noutros casos, resultado da implantación das tecnoloxías informáticas e das comunicacións, que propicia a redución das dimensións dos persoais dos centros de traballo, sen prexuízo de que a empresa no seu conxunto siga mantendo dimensións de significativo tamaño hábiles como para desenvolver vías de representación colectiva dos traballadores na empresa.

Fronte a ese modelo de dispersión dos persoais apréciase como en moitas ocasións non resulta nada apropiado o modelo de representación na empresa construído sobre a base de tomar ao centro de traballo como referencia dos órganos de representación dos traballadores. En concreto, en moitas estruturas empresariais non se chegan a superar en moitos centros de traballo os limiares mínimos para a constitución dos órganos de representación, mentres que globalmente a empresa sumando o total dos traballadores da mesma superaría con fartura o número mínimo establecido legalmente. Máis aínda, noutras ocasións, sen chegar a producirse esa situación de imposibilidade de constitución dos órganos nalgúns centros, si que resulta inviable nalgúns deles, que quedan sen interlocutor colectivo. Complementariamente ao anterior, tamén se aprecia como en certas ocasións a superación dos limiares mínimos o é por cifras moi reducidas, de modo que as organizacións sindicais non logran comprometer a un traballador para que actúe como representante ou mesmo o conseguen a efectos meramente de celebrar un proceso electoral a efectos do cómputo da representatividade sindical, pero sen capacidade de que ese representante actúe durante todo o mandato representativo legalmente previsto dos catro anos, dimitindo ou simplemente deixando de exercer de facto as súas funcións ao pouco tempo de ser elixido. Finalmente tampouco se pode descoñecer que en moitas ocasións a

multiplicidad de centros de traballo nunha empresa dá lugar a que o centro de decisión empresarial non se sitúe nese ámbito, pois a xestión de persoal atópase notablemente centralizada e, polo tanto, carece de sentido ter un órgano a nivel de centro de traballo que carece de interlocutor empresarial nese ámbito.

Todo o anterior desemboca na conclusión de que en moitas empresas o ámbito idóneo de representación dos traballadores deixou de ser o centro de traballo, sendo conveniente trasladalo ao conxunto da empresa. A teor diso, a primeira proposta consistiría en fixar como criterio xeral que a unidade electoral de elección e, polo tanto, de actuación no exercicio das súas competencias sexa a empresa no seu conxunto para os efectos de designación tanto dos delegados de persoal como do comité de empresa. Esta simple medida con seguridade permitiría elevar o número de órganos de representación existentes no noso sistema.

Ben é certo que o cambio como regra universal do ámbito do órgano representativo podería ocasionar certos inconvenientes e rixideces para certas empresas e sectores. Aínda que, o modelo de órgano a nivel de empresa pode ser favorecedor como regra xeral, perviven ao propio tempo certo tipo de empresas con centros de traballos de grandes dimensións para as que pode resultar preferible manter o modelo actual de representación no ámbito do centro de traballo. Para dar resposta a esta ampla diversidade de situacións, a regulación legal debería ser máis aberta; por exemplo, sobre o establecemento na norma dun criterio xeral aplicable de principio a todos (o ámbito empresa), pero admitindo como excepción que as organizacións sindicais representativas na empresa ou sector por acordo maioritario puidesen pactar o mantemento do nivel centro de traballo ou outro alternativo que se considere máis idóneo para iso (por exemplo, agrupamiento de todos os centros de traballo dunha provincia), incluída combinacións das precedentes (órgano específico para os servizos centrais da empresa, xunto a outro órgano para os centros periféricos ou ben outros órganos a nivel provincial). Iso esixiría sobre todo

modificar o tenor dos artigos 62 e 63 do Estatuto dos Traballadores.

Cando a designación o sexa a nivel de empresa, debería preverse a posibilidade de que, por acordo interno dentro da representación legal, deleguese en concretos membros do órgano así elixido para que poidan asumir funcións de información e consulta no ámbito de concretos centros de traballo.

Pola contra, cando con esta fórmula flexible determínese o mantemento do nivel de centro de traballo ou o nivel provincial, non debería excluírse a presenza dun órgano a nivel do conxunto da empresa. En concreto, sería oportuno que legalmente se mantivese a existencia do comité intercentro, mesmo cun reforzamento do mesmo; reforzamento que podería consistir na previsión legal da súa necesaria constitución, sen necesidade de previo pacto específico en convenio colectivo, ao mesmo tempo que desde a propia lei fixénsense as competencias deslindadas entre o órgano representativo a nivel de empresa e a nivel de centro. Todo iso requiriría unha modificación do artigo 63 do Estatuto dos Traballadores.

Esa fórmula aberta non pode descoñecerse que pode ter un importante efecto indirecto sobre o cómputo a efectos de determinar a representatividade sindical, conforme ao modelo da figura do sindicato máis representativo implantada coa Lei Orgánica de Liberdade Sindical. En efecto, é ben sabido que o número de representantes a designar alérase significativamente e non de maneira proporcional en función das dimensións da unidade electoral, de modo que na práctica obter un representante nunha unidade electoral de superiores dimensións require máis votos que nunha unidade electoral de inferiores dimensións. Para contrarrestar estes efectos, de modo que a elección dun ámbito ou outro non contamine a obxectividade do cómputo representativo, sería oportuno pasar a efectuar un cómputo da representatividade directamente por votos en lugar de por representantes como sucede no momento actual, o que por riba achegaría superior adecuación ao principio democrático básico dunha persoa un voto. Para o cómputo do voto no sistema de escrutinio de lista pechada (comités de empresa e

xuntas de persoal) o cálculo efectuaríase de maneira directa, na medida en que se contaría o número de papeletas válidas depositadas a favor de cada opción sindical. Para o cómputo do voto no sistema de escrutinio maioritario (delegados de persoal), igualmente o cómputo sería directo alí onde se elixise a un só candidato. Naqueloutras unidades electorais onde se elixisen tres candidatos por escrutinio maioritario (delegados de persoal) bastaría cun cálculo matemático sumar os votos obtidos por todos os candidatos de cada opción sindical e dividir o resultado entre tres. A fórmula de cómputo da representatividade en atención ao voto debería estenderse con carácter xeral a todo o sistema, de modo que debe alcanzar tamén aos mecanismos de cómputo da lexitimación inicial e plena para a negociación dos convenios colectivos. A proposta sobre todo desde o punto de vista do seu alcance normativo, requiriría a modificación dos arts. 6 e 7 da Lei Orgánica de Liberdade Sindical, así como dos arts. 87 e 88 do Estatuto dos Traballadores.

O outro factor que ofrece un resultado insatisfactorio derivado da tendencia ao predominio das empresas de dimensión micro sitúase na dificultade de constitución de maneira estable de instancias de representación dos traballadores, que non sería en ningún caso contrarrestada coa proposta precedente de elevación da unidade electoral ao ámbito empresarial.

Para ese efecto, parece bastante consolidado o limiar mínimo esixido de 6 traballadores como requisito imprescindible para que se poidan convocar eleccións na correspondente organización produtiva. Iso si, pervive unha situación intermedia, nestes momentos de certa contradición aplicativa na franxa entre os 6 e os 10 empregados; contradición derivada da formalidade de requisitos legais e a interpretación que dos mesmos efectuou o Tribunal Constitucional. En efecto, lembrar que a norma esixe que na devandita franxa concorra acordo maioritario dos traballadores da empresa para que se constituía o órgano representativo, aínda que ao propio tempo o Tribunal Constitucional non esixe un explícito acordo en tal sentido, avalando a litude da directa convocatoria sindical nestes

casos seguida da votación dos candidatos presentados, en termos tales que a participación electoral na mesma dos traballadores presentaríase como expresión implícita de aquiescencia á constitución do órgano representativo⁷. Non cabe a menor dúbida de que o resultado é manifestamente confuso pois, a pesar do esixido legalmente, na práctica o requisito como tal non se aplica, aínda que está a provocar incertezas nestes momentos respecto do modo de comprobación do cumprimento. A teor diso, o máis razoable sería elevar ao texto legal o que constitúe a práctica cotiá, de modo que a eliminación do requisito do acordo maioritario, aínda que non alteraría o panorama de facto nas microempresas, cando menos superaría a contradición entre o formal e o material, evitando un escenario de certa inseguridade xurídica. Trataríase, en definitiva, de proceder a suprimir o requisito formal do acordo maioritario para a designación de representantes nas unidades entre 6 e 10 traballadores, de modo que se asimilaría o seu réxime ao das unidades a partir de 11 traballadores, o que implicaría a modificación do art. 62.1 do Estatuto dos Traballadores.

Finalmente, a adopción das dúas medidas precedentes non evita que nun número nada desdeñable de microempresas non vaian existir representantes dos traballadores ou ben que se designen formalmente pero que decaian no seu mandato en breve prazo desde a súa elección. Nestes casos xa desde hai algúns anos detectouse o problema da imposibilidade de que os procesos de reestruturación empresarial canalizásense a través dalgún tipo de proceso de consultas e de negociación cos traballadores, a través dalgunha forma de interlocución colectiva. Iso expúxose especialmente para as medidas empresariais de descolgue de convenios colectivos, despedimentos colectivos, suspensións da relación laboral, reducións de xornada, modificacións das condicións de traballo, traslados colectivos, así como das transmisións de empresa. A resposta a tal obstáculo foi a de

⁷SSTC 36/2004, do 8 de marzo (BOE do 6 de abril); 64/2004 e 66/2004, do 19 de abril (BOE do 18 de maio), e 103/2004, do 2 de xuño (BOE do 23 de xuño); 175/2004, do 18 de outubro (BOE do 19 de novembro); 60/2005, do 14 de marzo (BOE do 19 de abril).

prever a posibilidade de proceder á designación dunha representación de vida efémera, ao obxecto de actuar como interlocutor en cada individualizado proceso de reestruturación empresarial que se puxese en marcha por parte da empresa; trátase da fórmula coñecida como comisións 'ad hoc', que se instaura coa reforma laboral de 2010 e refórzase coa sucesiva de 2012. Esta fórmula indiscutiblemente permitiu dar unha resposta á tramitación de todos estes procedementos nas microempresas sen representación colectiva, que deste xeito nin quedan bloqueados nin se remiten formalmente á decisión unilateral do empregador. Con todo, o desenvolvemento aplicativo desta fórmula mostra indiscutibles distorsións e desvíos funcionais, por canto que desembocou nas máis das ocasións nun trámite máis ficticio que real de interlocución entre a dirección da empresa e os traballadores da mesma; en efecto, na maioría de supostos de facto tales comisións constituíronse aos meros efectos de dar cumprimento a unha esixencia legal no formal, sen que tras as mesmas logrouse implementar un auténtico modelo de flexibilidade negociada. Constatada esta realidade é necesario corrixir o sistema de interlocución, evitando que tales reestruturacións leven a cabo na práctica conforme á mera decisión unilateral da empresa, propiciando un efectivo mecanismo de flexibilidade negociada que permita equilibrar os intereses empresariais cos correspondentes dos traballadores. Por tanto, ao noso xuízo, o problema non deriva da existencia en si mesmas das comisións 'ad hoc', senón nas garantías de que a designación dos seus membros e a súa actuación realícese como efectivos portavoces dos intereses dos empregados nas microempresas. Probablemente a forma máis eficaz de lograr o obxectivo de garantía da articulación dunha real flexibilidade negociada nestes procesos nas microempresas requira un reforzamento do protagonismo das organizacións sindicais na designación e actuación destas comisións 'ad hoc'. Iso na práctica supoñería unha modificación da regulación de tales comisións tal como nestes momentos son reguladas no artigo 41.4 do Estatuto dos Traballadores.

4. ADAPTACIÓN ÁS EMPRESAS DE ESTRUCTURA COMPLEXA

No outro extremo da realidade empresarial non atopamos fronte a fórmulas de organizacións empresariais de grandes dimensións que adoptan fórmulas variadas de estruturación técnica, onde, xunto á dualidade tradicional entre centro de traballo e empresa, superpóñense en niveis superiores dun lado grupos de empresas de dimensión nacional e doutro lado grupos de empresas de dimensión europeos. Á súa vez, dentro do fenómeno grupal a variantes son amplas, aínda que desde a perspectiva do seu tratamento legal resulta imprescindible diferenciar entre, dun lado, os grupos de sociedades mercantís que desde a perspectiva laboral constitúen unha única empresa e, por tanto, trátase de grupos de empresas ficticios que constitúen unha realidade patolóxica, fronte a, doutro lado, auténticos grupos de empresas desde o punto de vista laboral que constitúen unha realidade fisiolóxica na conformación económica da actividade empresarial.

Como non podería ser doutro xeito, resulta imprescindible dar un tratamento xurídico claramente diferenciado a cada unha das realidades. Para ese efecto, a estas alturas a dicotomía entre grupos ficticios e reais desde o punto de vista conceptual teórico atópase netamente clarificada; mesmo desde a perspectiva práctica tamén o está a través da xurisprudencia cada vez máis perfeccionada elaborada polo Tribunal Supremo. Con todo, con vistas a reforzar a seguridade xurídica, sería de gran utilidade que esa diferenciación conceptual por parte da xurisprudencia elevácese a rango legal, co cal por riba se poderían extraer as consecuencias de tratamento xurídico diferenciado dunha e outra realidade, en concreto polo que refire á materia aquí tratada aos órganos que corresponde constituír neste tipo de estruturas empresariais ou societarias complexas.

En concreto, iso supoñería precisar que no caso de que nos atopásemos ante un grupo de empresas ficticio o que procedería como regra xeral é constituír o comité de empresa a nivel de grupo, tratando no mellor dos casos ás diversas

sociedades dese grupo patolóxico como meros centros de traballo dentro dunha empresa única.

Pola contra, cando non enfrontásemos a un grupo de empresa real, con auténtica pluralidade de entidades empresariais, debería procederse a constituír tantos comités de empresa como efectivas organizacións empresariais existisen no seo do grupo. Complementariamente a iso atopámonos no réxime actual cun nivel intermedio de interlocución inexistente na previsión legal formal, pois dun lado atopámonos coa representación estatutaria a nivel de empresa e doutra parte atopámonos coa regulación da Unión Europea que prevé a constitución dun nivel de interlocución no ámbito do grupo de empresas de dimensión europea, sen que se contemple entre medio a realidade nada desdeñable do grupo de empresas de dimensión nacional. Sería conveniente que o noso ordenamento cubriese ese baleiro representativo pola vía de contemplar expresamente o Estatuto dos Traballadores a posibilidade por medio de acordo de constitución do nivel correspondente ao grupo de empresas de nivel nacional. En paralelo á operación de establecer como regra xeral que a representación dos traballadores de base débese designar no ámbito empresarial (con supresión do comité de centro), deberíase contemplar como representación de segundo grao ao comité de grupo de dimensión nacional. É certo que, ao non establecerse na lexislación vixente unha prohibición expresa de constitución deste nivel do comité de grupo de dimensión nacional, é lícito nestes momentos proceder a constituílo vía convenio colectivo; máis aínda, existen algunhas concretas experiencias de constitución de tal ámbito representativo. Con todo, facilitaríase e fomentaría a súa expansión práctica coa súa expresa recepción no texto legal, pois provocaría unha indubidable claridade pedagóxica dirixida aos interlocutores sociais, mesmo cunhas mínimas regras do seu réxime xurídico, que incluírá unha precisión respecto das súas competencias con deslinde das que se asumen a outros niveis.

Respecto do procedemento concreto de constitución do comité de grupo nacional, non nos parece oportuno neste

caso actuar con mimetismo ao que se contempla actualmente para a constitución do comité intercentro. É dicir, non nos parece conveniente que tal acordo establézase pola vía de remitir tal cuestión á negociación colectiva de ámbito grupal por catro motivos básicos: por canto que son escasos nestes momento o número de convenios colectivos de ámbito grupal, porque a secuencia lóxica leva a que primeiro xurda o ámbito de interlocución grupal e sucesivamente desenvolver ou non a experiencia de negociación, mesmo porque pode considerarse oportuna a conformación do nivel de interlocución grupal sen que diso derive a necesidade dun ámbito de negociación colectiva nese ámbito e, finalmente, porque se trata dunha cuestión que incumbe esencialmente á conformación da representación dos intereses dos traballadores sen que deba existir interferencia algunha por parte empresarial na decisión ou non de constituír tan nivel; se seica, bastaría con establecer un mecanismo de oposición das diversas sociedades que entendan non forman parte do correspondente grupo de empresas.

Por outra banda, a presenza de diversos niveis de organización das empresas tanto desde o punto de vista produtivo como económico e xurídico dos grupos provoca certas incertezas respecto do ámbito no que se deben levar a cabo os procesos de información e consulta previsto no marco das respectivas reestruturacións empresariais, máis aínda cando en paralelo tamén existen diferentes órganos constituídos a cada un dos niveis, sen esquecer tampouco que o diverso modo de cómputo dos limiares cuantitativos para determinar a tramitación da medida como de carácter colectivo e individual provoca certas disparidades entre a normativa nacional e a correspondente Directiva para o caso concreto dos despedimentos colectivos⁸.

Respecto disto último, non cabe a menor dúbida de que a recente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión

⁸SSTJUE 13 de maio de 2015, asunto C-392/13, Rabal Canas; 13 de maio de 2015, asunto C-182/13 Lyttle; 7 de decembro de 1995, asunto 499/93 Rockfon; 15 de febreiro de 2007, asunto c-270/05 Athinaki Chartopoiia; 30 abril 2015, asunto C-80/14 USDAW.

Europea está a chamar a unha necesaria adaptación da lexislación laboral no noso país. Aínda que iso no sentido estrito formal só esixe a modificación do réxime xurídico dos despedimento colectivos, por razóns de coherencia e interinfluencia do resto das medidas de reestruturación empresarial nas que se distingue entre procedemento individual e colectivo, resulta oportuno proceder a estendelo a estas outras, particularmente ás modificacións substanciais de condicións de traballo e aos despedimentos. Iso, ao noso xuízo, materializaríase en entender que se supera o limiar tanto cando o mesmo compútase no ámbito da empresa como no correspondente do centro de traballo.

Complementariamente ao anterior, e en certo xeito tamén con independencia do anterior, sería tamén necesario establecer unha regra de repartición competencial entre niveis ou, se se quere dito doutro xeito, marcar o ámbito no que se debe acometer a medida de reestruturación por parte da dirección, o que deriva no ámbito no que se debe desenvolver o período de consultas cos representantes dos traballadores. Hai, por exemplo, algunhas sentenzas que recentemente abordaron a cuestión relativa a se o período de consultas pode realizarse a nivel de grupo de empresa ou a nivel de cada unha das empresas que integran o grupo, cunha resposta ao noso xuízo razoable⁹. Con todo, unha vez máis, non parece razoable que, unha vez establecido un criterio jurisprudencial leste quede nese terreo sen elevarse a rango legal, á parte de que o pronunciamento de referencia só ofrece unha resposta parcial a unha das varias situacións imaxinables nesta perspectiva. Por iso, parécenos conveniente que se produza igualmente unha actuación neste terreo, que proceda a clarificar o panorama, coa correspondente superación de incertezas presentes no momento actual.

Para ese efecto, o principio máis razoable co que se debe establecer o deslinde de ámbitos de desenvolvemento do procedemento de información e consulta debe ser o de poñer en relación o ámbito de incidencia da causa co ámbito da reestruturación e, polo tanto, co do desenvolvemento da

⁹STS 25 de xuño de 2014, RJ 4385.

información e consulta; é dicir, se a causa económica, técnica, organizativa ou produtiva circunscríbese exclusivamente a un concreto centro de traballo é aí onde deben celebrarse as consultas, mentres que se é a nivel de empresa debe elevarse o ámbito das consultas, en tanto que finalmente se a causa se residencia a nivel de grupo ha de ser neste escenario onde se desenvolva o período de consultas e polo tanto a reestruturación. Máis aínda, entendo que se debe favorecer levar o proceso ao nivel máis amplo posible, na medida en que iso permitiría unha comprensión máis de conxunto da situación global da entidade empresarial, propiciaría unha superior capacidade de actuación con medidas de reestruturación interconectadas nos diversos niveis, á vez que ao cabo pode propiciar un modelo máis eficiente de flexibilidade negociada. Para ese efecto, podería mesmo compatibilizarse o primeiro criterio co segundo, de modo que partindo da equivalencia ámbito da causa con nivel da interlocución da consulta, establecése igualmente unha presunción de que para casos de imprecisión ou discusión respecto das circunstancias fácticas concorrente, enténdese que a causa se desenvolve no ámbito máis amplo dos posibles.

Polo demais convén advertir que a canalización da consulta a un determinado nivel non ten necesariamente que estar anudada ou condicionada á existencia ou non dun órgano de representación a ese concreto nivel; a título exemplificativo, pode suceder nun caso concreto que a causa concorra exclusivamente nun determinado centro de traballo, sen que exista en tal empresa representación a nivel de centro pois os representantes elixíronse a nivel de empresa, o que non impedirá que a consulta se desenvolva respecto dunha reestruturación cinguida ao centro de traballo aínda que o interlocutor o sexa a nivel empresarial; e, viceversa, pode ocorrer que a causa da reestruturación concorra a nivel grupal e sexa nese nivel onde deban desenvolverse as consultas a pesar de que institucionalmente non se atope constituída unha entidade representativa a ese nivel superior.

5. INCIDENCIA DOS CAMBIOS DE TITULARIDADE EMPRESARIAL SOBRE AS INSTANCIAS REPRESENTATIVAS

Na regulación vixente establécese unha resposta precisa en relación co mantemento dos órganos de representación dos traballadores na empresa nos supostos nos que se verifica unha transmisión de empresa ou de parte da mesma con autonomía propia (art. 44 ET). A fórmula legal é clara e efectiva alí onde o cambio de titularidade afecta a unha empresa unitaria no seu conxunto, sen imbricación cun grupo empresarial e sen exclusiva transmisión dun centro de traballo ou dunha unidade produtiva que non ten a condición de centro de traballo con capacidade de funcionamento autónomo, ao propio tempo que o adquirente non integra o transmitido noutra estrutura empresarial da que xa fose titular previamente. Nestes casos a continuidade do órgano representativo resulta plenamente garantida e non experimenta efectos reflexos nos seus funcionamentos para resultados do cambio de titularidade¹⁰. Con todo, no resto das ocasións, as incertezas son superiores, o que é relevante desde o instante no que este resto de ocasións verificase nas máis das ocasións, sendo hoxe en día a excepción o suposto limpo precedente que era o tradicional pero hoxe en día o menos habitual de transmisión na súa totalidade dunha empresa unitaria e sen transformación a resultados do cambio de titularidade.

Xa en sede xudicial están a presentarse algúns supostos que requiren dunha resposta precisa por parte da regulación vixente, que esixen a súa adaptación, para non deixalo ao simple criterio valorativo dos Tribunais de Xustiza, especialmente cando por medio de certo tipo de operacións de enxeñería societaria ou empresarial o resultado é que os traballadores perden o interlocutor representativo colectivo, a pesar de que as dimensións do persoal son relevantes, tamén o son o número de empregados obxecto da subrogación empresarial; supostos mesmo nos que se pon en discusión se o resultado de perda do interlocutor

¹⁰STJUE 29 de xullo de 2010, asunto c-151/2009.

representativo chega a provocar unha vulneración do recoñecemento constitucional da actividade sindical por vía de impedir a actuación das organizacións sindicais que interveñen por vía indirecta a través de tales representacións colectivas na empresa¹¹.

Á vista das múltiples formas como levan a cabo hoxe en día os procedementos de cambio de titularidade da empresa ou de parte da mesma, sería conveniente perfeccionar o actual réxime xurídico vixente, coa mirada posta en propiciar na medida do posible unha superior pervivencia dos órganos de representación a resultas das transmisións, mesmo da continuidade da condición de representante a resultas da subrogación mesmo na hipótese de que o órgano como tal non subsista.

Para ese efecto, debe terse presente que a proposta formulada ao comezo de elevar o ámbito de designación do órgano para situalo no conxunto da empresa, pode provocar o efecto colateral negativo de ausencia de interlocución colectiva en todos os casos nos que o obxecto da transmisión non sexa a totalidade da empresa, senón exclusivamente unha parte da mesma, sexa un centro de traballo ou sexa unha unidade produtiva autónoma. Naturalmente, se o adquirente fose xa titular dunha empresa con representación propia dos traballadores, bastaría con atribuír ao órgano representativo xa existente na adquirente a capacidade representativa para os subrogados, incluso a transitoria incorporación á mesma dos subrogados que na cedente tivesen a condición de representantes dos traballadores. Pero igualmente, sería precisa unha regra transitoria que propiciase a continuidade dos representantes subrogados para aqueles casos nos que o adquirente non fose con anterioridade titular dunha específica actividade empresarial ou non o integrase nun grupo empresarial real.

Doutra parte, hai que ter presente que hoxe en día son numerosos os supostos de subrogación contractual que se articulan por vías alleas ao réxime da transmisión de empresa, especialmente aqueles que supoñen unha transmisión para resultas dunha relación triangular no marco

¹¹STC 64/2016, do 11 de abril (BOE 20 de maio).

dun esquema de descentralización produtiva no que son sucesivas empresas contratistas ou auxiliares sen relación contractual entre as mesmas as que cambian na xestión de contrátas. Trátase de supostos ben coñecidos en canto a unha subrogación contractual que se verifica por vía convencional de cláusulas específicas nos convenios colectivos ou ben a teor do previsto nas cláusulas de concurso das contratacións administrativas. Iso si, en tales casos, a previsión céntrase exclusivamente na vertente individual da transmisión, sen que rexan regras específicas relativas ao mantemento dos órganos representativos. Para ese efecto, aínda que non parece que en sede xudicial este asunto estea a provocar maior litigiosidad, non estaría de máis que a propia normativa estatal prevexa unha extensión da regra prevista para os casos de transmisión legal, sen prexuízo de que permaneza en sede convencional ou de cláusulas administrativas as previsións relativas á vertente individual da subrogación.

6. PRESENZA EQUILIBRADA POR RAZÓN DE XÉNERO

A normativa vixente no noso ordenamento xurídico ha ido establecendo progresivamente regras en todos os ámbitos que procuren unha repartición equilibrada entre homes e mulleres a moi diversos niveis de postos de responsabilidade e de xestión. A estes efectos uno dos poucos territorios practicamente virxes nestas prácticas sitúase no ámbito das relacións colectivas, moi especialmente no que se refire ás instancias de representación sindical. Algunhas organizacións sindicais, por vía das súas prácticas ou das súas normativas internas, viñérono estendendo polo que se refire aos seus órganos de dirección, mesmo o contemplan como prácticas de compromisos internos respecto da confección das súas candidaturas ás eleccións a comités de empresa e delegados de persoal. Con todo, chama poderosamente a atención que sendo un mecanismo nestes momentos fortemente consolidado en todo tipo de eleccións de carácter político, mesmo con pretensión de extensión ao ámbito dos órganos de dirección das grandes empresas, non provocase apenas debate nin propostas polo que refire á confección das

candidaturas ás eleccións a comités de empresa e delegados de persoal.

Deixando de lado as posicións voluntaristas de considerar que a sensibilidade sindical nesta materia é suficiente para que as propias organizacións pola súa propia iniciativa poidan garantir unha repartición equilibrada neste tema, neste ámbito as obxeccións respecto diso son de dobre tipo. Dun lado, que o número reducido de traballadores e, sobre todo, de representantes a elixir nas unidades electorais de menor tamaño dificulta e fai especialmente ríxido o establecemento de regras deste tipo de distribución de candidatos entre traballadores e traballadoras. Doutro lado, que o criterio de repartición equilibrada no seo do órgano representativo podería provocar unha enorme distorsión na relación entre representantes e representados por razón de xénero, dado que non pode deixar de terse presente que hai empresas con porcentaxes moi elevadas de feminización do traballo onde tería pouco sentido forzar a unha presenza máis intensa de homes no órgano de representación, do mesmo xeito que existen empresas onde o predominio de traballadores homes é absoluto e resultaría artificial cando non imposible obrigar a incluír nas candidaturas a traballadoras ; mesmo que a repartición pode resultar desigual entre traballadores por razón de xénero entre os grandes grupos profesionais que se agrupan nun ou outro colexio profesional, onde por razón da dimensión da empresa así se dividen as urnas electorais.

Ao noso xuízo, con todo, ningunha das dúas obxeccións debe conducir ao mantemento da anomia lexislativa no establecemento dun resultado de repartición equilibrada nos comités de empresa atendendo ao criterio de xénero.

Dun lado, a obxección da imposibilidade de materializalo nas unidades electorais inferiores, claramente cando se procede á designación dun único delegado de persoal e especial dificultade cando se elixan tres delegados de persoal, non debe desembocar no establecemento dunha regra de exclusión total. Bastaría con establecer un limiar de referencia para esixir legalmente a repartición equilibrada. En concreto, sería suficiente con circunscribir a obrigatoriedade da regra da repartición equilibrada para as eleccións a comités de empresa, onde se elixen xa cinco membros,

excluíndoo cando se trate de eleccións a delegados de persoal. Por riba, lémbrese a proposta inicial de elevar o ámbito de constitución do órgano a nivel de empresa, en lugar do actual do centro de traballo, que ao incrementar o número de votantes por unidade electoral tamén vai propiciar a elección dun maior número de comités de empresa aos existentes actualmente, co cal esta regra da repartición proporcional terá un impacto maior que coas regras actualmente establecidas.

Doutro lado, polo que refire á obxección relativa á base do persoal da empresa, en cada caso máis ou menos feminizada, podería soslayarse na medida en que a repartición equilibrada non o fose conforme á regra tradicional do 40/60 de membros no órgano representativo, senón nunha regra diferente que tome en consideración o universo electoral de referencia. No resto dos órganos é certo que o universo electoral de referencia grosso modo vén ser de pleno equilibrio entre homes e mulleres, mentres que a realidade laboral desemboca en resultados de distribución da poboación asalariada desigual entre homes e mulleres en atención a profesións, empresas, actividades e sectores produtivos. En definitiva, sería suficiente con establecer o criterio de que a porcentaxe de presenza de traballadores na unidade electoral de referencia, a porcentaxe de mulleres con dereito de voto, teríase que reflectir tamén nas candidaturas e, polo tanto, na composición do órgano representativo a designar. En definitiva, trataríase de establecer que no sistema electoral de eleccións a comités de empresa e xuntas de persoal incorpórese un mecanismo que propicie unha presenza equilibrada por razón de xénero entre os seus membros, tomando como referencia a porcentaxe de presenza entre homes e mulleres nos persoais das empresas correspondentes. Para ese efecto, deberíase establecer unha pinza máxima e mínima de desviación respecto da porcentaxe de presenza de homes e mulleres nos persoais de cada empresa (por exemplo, ao redor dun 10 %), para determinar deste xeito a obrigada presenza desa repartición nas correspondentes candidaturas presentadas por cada unha das representacións sindicais. Iso requiriría a

modificación do artigo 71.2 do Estatuto dos Traballadores e correspondente precepto do Estatuto Básico do Empregado Público.

7. PROCEDEMENTO UNITARIO DE REESTRUTURACIÓN EMPRESARIAL

A nosa lexislación laboral tradicionalmente estableceu unha regulación diferenciada e, polo tanto, unha tramitación procedimental diversa segundo a medida de reestruturación empresarial que pretenda levar a cabo a empresa. Deste xeito, aínda que existen fortes coincidencias no réxime xurídico e nos trámites que discorren en paralelo vén dar a entender que se deben poñer en marcha tantos procedementos de información e consulta cantas medidas de reestruturación preténdanse acometer. Establécense como procedementos autónomos os seguintes: traslados colectivos a resultas de medidas de mobilidade xeográfica (art. 40 ET), modificacións substanciais de condicións de traballo (art. 41 ET), cambios de titularidade da empresa (art. 44 ET), suspensións da relación laboral e reducións de xornada (art. 47 ET), despedimentos colectivos (art. 51 ET) e inaplicacións das condicións pactadas en convenios colectivos (art. 82.3 ET). Todo iso, sen esquecer outros procedementos específicos que conforme a institucións diversas deben articularse ben o sexa por medio do exercicio do poder de dirección do empregador sen prexuízo de contemplar algún tipo de intervención dos representantes dos traballadores, ou ben o sexa por medio de pactos individuais entre traballador e empregador que non impide algún tipo de actuación por parte dos representantes dos traballadores.

Fronte a iso, a realidade práctica mostra que as empresas cando acometen un proceso de reestruturación adoptan medidas variadas, con impacto diferenciado para o seu persoal, unhas no terreo da flexibilidade interna e outras no campo da flexibilidade externa, unhas con afectación ao pactado en convenio colectivo, outra con incidencia en usos de empresa ou pactos non rexidos polo título terceiro do Estatuto dos Traballadores, todas elas diversas pero

interconectadas as unhas respecto das outras. Nestes casos, tanto os motivos determinantes das medidas empresariais como os obxectivos finais buscados coa reestruturación empresarial son idénticos, pero con certa rixidez no formal a norma laboral disgrega cada medida reconducíndoa a un precepto diferenciado do texto legal nos termos que xa apuntamos.

Nalgunhas ocasións iso faise de maneira oculta, especialmente cando se acomete un procedemento de despedimentos colectivos, onde no marco das medidas de acompañamento fíxanse os efectos que no terreo da flexibilidade interna van adoptar respecto do persoal que permanece vinculado á empresa¹². Con todo, iso é sempre unha opción parcial que non procura unha unificación plena das medidas, coloca en lugar subsidiario ás medidas de flexibilidade interna fronte ás externas e, ao cabo, non saca á luz a realidade de que se trata dunha única reestruturación empresarial que se concreta nunha diversidade de medidas interconectadas.

É certo tamén que ultimamente algúns pronunciamentos xudiciais, ante un escenario dado no que a empresa acumulara a través dun único procedemento de información e consulta unha diversidade de medidas acometidas no marco dunha mesma reestruturación empresarial, déraas por válidas, considerara lícito o levado a cabo, sen obrigar a que se desenvolvesen tantos procedementos de consultas como medidas de diversa natureza a levar a cabo¹³.

Agora ben, unha vez máis, a resposta xudicial a un fenómeno claramente xeneralizado como esixencia na realidade práctica non constitúe a mellor resposta a un escenario de anomia lexislativa. Por iso, é oportuno que a normativa introduza un procedemento unitario, que permita acometer de maneira conxunta cantas medidas sexan precisas no marco dunha reestruturación empresarial que presenta o carácter de unitaria.

¹²Art. 8 Real Decreto 1483/2012, do 29 de outubro (BOE 30 de outubro), polo que se aproba o regulamento dos procedementos de despedimento colectivo e de suspensión de contratos e redución de xornada.

¹³SAN 20 de maio de 2013, AS 1743; 16 de maio de 2014, AS 1071.

Máis aínda, o oportuno non é que a lexislación prevexa a licitud de unificar nun só procedemento as diferentes medidas dun proceso de reestruturación, senón que vaia máis aló diso, convertendo esta opción na preferente e a obrigada. En concreto, que alí onde a empresa se base nunha mesma causa empresarial, que fundamenta a adopción das diversas medidas acometidas simultaneamente no tempo, a regra sexa a da necesaria tramitación como un procedemento único de información e consulta.

O establecemento dun procedemento unitario tería multitude de virtudes na xestión do cambio na empresa: para a dirección permite unha xestión moito máis flexible e simplificada da súa actuación, con redución de custos na tramitación. Desde o punto de vista sindical permite unha discusión de conxunto coa dirección da empresa, cunha maior capacidade de intercambio de opcións alternativas posibles no caso concreto, tendo unha visión global do resultado final no que se vai a atopar o persoal da empresa. Ao cabo, permite unha estreita conexión entre medidas de flexibilidade interna e externa, dando maior coherencia ao total da reestruturación empresarial e propiciando unha maior eficiencia á mesma, convidando a un equilibrio de intereses entre as partes máis fácil de adoptar.

8. DESLINDE COMPETENCIAL SUBJECTIVO DA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Finalmente, sen poder entrar en maiores detalles, habería que revisar o modelo actual de repartición competencial entre sindicato e comité de empresa establecido no noso ordenamento desde a primeira versión do Estatuto dos Traballadores. O modelo de dobre canle representativa instaurouse no seu arranque a inicios da década dos anos oitenta como unha solución de compromiso, por tanto, pensada como provisional, fronte a dúas concepcións sindicais antagónicas neses momentos respecto do papel institucional que deberían asumir os comités de empresa e delegados de persoal. Esa solución de provisional de compromiso plasouse nunha resposta legal de indefinición, onde á canle representativa do comité e ao correlativo canle

representativa dos sindicatos atribuíanselle no fundamental idénticas funcións, con pleno solapamento de competencias duns e outras, tanto polo que refire á participación na xestión da empresa como no que afecta á negociación colectiva empresarial incluída a capacidade de xestión de medidas de conflito a través de folgas. A expectativa era que en cada ámbito a práctica derivase no protagonismo final dunha canle representativa ou outro.

Co paso do tempo, aínda que o funcionamento práctico do modelo aparentemente non provocou especiais problemas e funcionou se particular conflitividade, o certo é que as posicións sindicais han evolucionado, de modo que hoxe en día desapareceu o antagonismo de concepcións existentes a inicios dos anos oitenta do século pasado. A iso engádese que, aínda que non emerxesen conflitos rechamantes, de maneira subxacente provocaron indiscutibles distorsiones no funcionamento do sistema. Dun lado, a lóxica e filosofía favorable a un modelo de sólida participación na xestión da empresa non se logrou asentarse no noso sistema de relacións laborais, por canto que na práctica discorreu máis conforme á lóxica propia da negociación colectiva que a teor da lóxica de tutela dos intereses dos traballadores pola vía da participación na xestión. Doutro lado, a práctica predominante de que as mesas de negociación dos convenios de empresa confórmense a partir do protagonismo dos comités de empresa, por moito que tras os mesmos atópense a actividade dos sindicatos, dificultou unha intervención máis directa das organizacións sindicais e especialmente obstaculizou unha correspondencia da acción sindical na negociación de convenios sectoriais en conexión cos convenios de empresa; en moitas ocasións cada un dos niveis de negociación funcionaron como rodas independentes, sen que o sindicato puidese trasladar estratexia comúns en ambos os niveis.

A teor diso, parece chegado o momento de reconsiderar o modelo de atribución competencial, sobre a base de atribuír a lexitimación negocial a nivel de empresa en exclusiva ás organizacións sindicais, para que elas xestionen no seu conxunto o desenvolvemento dos procesos de negociación

colectiva, ao propio tempo que se privilexie o protagonismo dos comités de empresa nos procesos de información e consulta no ámbito da participación na xestión da empresa. Non se trata de algo descoñecido entre nós, pois basta dirixir a mirada ao modelo establecido no ámbito da función pública onde os sindicatos ostentan a exclusividade na negociación, reconducindo ás Xuntas de Persoal en exclusiva ao terreo da información e consulta.

É certo, que o corte competencial non pode ser limpo, con fronteiras de ausencia total de solapamentos, pois baste coa toma en consideración dos procesos de reestruturación empresarial que están a metade de camiño entre a participación na xestión e a negociación colectiva, cando non responden a unha acumulación non contraditoria de ambas as lóxicas; sen esquecer tampouco o obrigado respecto á xurisprudencia constitucional, que esixe estender como contido esencial da liberdade sindical o protagonismo das organizacións sindicais cando menos ao ámbito da participación neste tipo de procesos de reestruturación empresarial. En todo caso, o feito de que non se poida facer un corte limpo no deslinde de terreos entre as dúas canles de representación presentes no noso sistema de relacións laborais, non impide camiñar cara a un modelo diferente, con exclusividade sindical na negociación colectiva e preferencia de protagonismo dos comités de empresa no campo da participación estrita na xestión da empresa.

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

RESUMEN

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. 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 trabajadores 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 presente artículo estudia algunos de los aspectos que merecerían una revisión para su ajuste con vistas a consolidar un modelo de representación adaptado a las circunstancias cambiantes del mercado laboral.

Palabras clave: Representación de los trabajadores, negociación colectiva, empresas con estructura compleja, información y consulta, reestructuraciones

ABSTRACT

The legal model of workers' representation in the company is well consolidated in our system of industrial relations, with a regime that, essentially, received a high, consensual support from the whole range of the actors in the system. In spite of this consolidation and the several reforms that have completed and enhanced the legal structural, time has left its mark, not in the main elements, but in several important issues. This paper studies some of the aspects that deserve a revision in order to adjust them and consolidate a model of

representation well adapted to the changing circumstances of the labour market.

Keywords: Workers' representation, collective bargaining, companies with complex structures, information and consultation, reestructuring

SUMARIO

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. DESLINDE COMPETENCIAL SUBJETIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

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. La prueba más palpable de ello ha sido que, frente a las intensas reformas 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 II 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 comodidad de todos en 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, algunas modificaciones se han producido, 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 cuatro han sido los momentos principales en los que se han llevado a cabo reformas en el 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 modelo, 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 Sindical¹. 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 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

¹Ley 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.

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 1994². 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.

²Ley 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.

Especialmente dignas de mención son las Directivas sobre el Comité de Empresa Europeo³, la relativa a un marco general de información y consulta⁴, así como la relativa a la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea⁵.

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 despidos 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

³Directiva 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 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).

⁴Directiva 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).

⁵Directiva 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.

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"⁶.

En todo caso, resumiendo todo este largo *iter* de evolución de la normativa laboral en esta materia a lo largo ya de 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 cuatro momentos claves, la lógica general del modelo permanece inmutable, tienen más un carácter de perfeccionamiento que de corrección de las líneas fuerzas 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 trabajadores 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

⁶Real 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.

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 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 empresa. El análisis de 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, tómanse 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, las 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 interlocución 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 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, 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 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, que 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 a efectos 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 elegido 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 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. 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 convocar 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 representativo⁷. 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

⁷SSTC 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).

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, a través de 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, modificaciones 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 dimensiones 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 la variantes son amplias, si bien desde la perspectiva de su tratamiento legal resulta imprescindible diferenciar entre, de un lado, los grupos de sociedades mercantiles que desde la perspectiva laboral constituyen una única empresa y, por tanto, se trata de grupos de empresas ficticios que constituyen una realidad patológica, frente a, de otro lado, auténticos grupos de empresas desde el punto de vista laboral que constituyen una realidad fisiológica 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 grupos ficticios y reales 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 Supremo. 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 un grupo de empresas ficticio lo que procedería como regla general es constituir el comité de empresa a nivel de grupo, tratando en el mejor de los casos a las diversas sociedades de ese grupo patológico 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 procederse 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 de 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 incluirá 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, finalmente, 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 colectivos⁸.

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 despidos. 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. Complementariamente a lo anterior, y en cierto modo también con independencia de lo anterior, 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 reestructuración 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

⁸SSTJUE 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.

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 razonable⁹. No obstante, una vez más, no parece razonable que, una vez establecido un criterio jurisprudencial este 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

⁹STS 25 de junio de 2014, RJ 4385.

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 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 titularidad¹⁰. Sin embargo, en el resto de las ocasiones, las incertidumbres son superiores, lo que es relevante desde el instante en el que este resto de ocasiones 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 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 empresa¹¹.

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

¹⁰STJUE 29 de julio de 2010, asunto c-151/2009.

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

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.

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 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 personal.

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 agrupan 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 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 empresa¹². 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 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 cabo.

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 empresarial, 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:

¹²Art. 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.

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. 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 si 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 jurisprudencia 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.