

LAS GARANTÍAS COLECTIVAS DE LOS TRABAJADORES EN LA SUCESIÓN DE EMPRESAS

MARÍA GORROCHATEGUI POLO

Abogada Vodafone España S.A.U.

RESUMEN: Las reestructuraciones empresariales son cada vez más frecuentes en nuestro país, con las consecuencias directas que dichas operaciones suponen sobre sus trabajadores. El régimen jurídico de la sucesión de empresas, cuya finalidad es asegurar y garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por el traspaso, se ha visto reforzado tras la adecuación del artículo 44 ET a la normativa comunitaria. Una de las modificaciones más significativas consiste en la inclusión de una serie de garantías colectivas a lo largo del proceso de sucesión, cuya finalidad es aumentar la participación de la representación legal de los trabajadores durante el propio proceso de transmisión, y asegurar la continuidad de las instituciones representativas de los trabajadores, una vez consumado el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad autónoma de producción.

En este marco, se propone un estudio de las garantías colectivas incluidas en el “precepto de cabecera” de la sucesión de empresas así como los problemas que se plantean en la práctica y sus posibles soluciones.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO GARANTÍA PREVIA A LA SUCESIÓN. 2.1 El requisito común en todas las sucesiones: el derecho de información. 2.2 Una garantía adicional: el derecho de consulta. 2.3 El incumplimiento de las obligaciones de información y consulta por parte del empresario. 3. EL MANTENIMIENTO DEL MANDATO REPRESENTATIVO. 3.1 La garantía para evitar la desprotección representativa establecida en la Directiva comunitaria. 3.2 La adecuación de la representación a la nueva realidad existente tras el proceso de transmisión. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La situación económica mundial de los últimos años, caracterizada por la globalización y el contexto de crisis económica, ha fomentado los procesos de reestructuración empresarial. Con el objeto de mejorar su posición competitiva en los mercados, muchas empresas recurren tanto a procesos de integración, como la fusión por absorción o la creación de nuevas sociedades, como a procesos inversos de índole descentralizadora, como puede ser la escisión total o parcial, o la segregación de sociedades. En el primer trimestre de 2016, ya ascendían a 368 los casos de reestructuraciones llevados a cabo en los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea y Noruega, según los datos recabados por el Observatorio Europeo de la Reestructuración¹.

Estas complejas operaciones mercantiles suponen, además, una serie de consecuencias que afectan a otros ámbitos del derecho, que deben ser tenidas en cuenta por las empresas a la hora de llevar a cabo las mismas. Desde el punto de vista laboral, las reestructuraciones de empresas cobran mayor importancia cuando suponen una sucesión empresarial, pues operará *ope legis* el régimen establecido en la Ley.

Tras la modificación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”)², llevada a cabo a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad³, la regulación de los efectos laborales de la sucesión de empresas recoge las modificaciones introducidas en el ámbito comunitario por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad⁴.

El legislador europeo, consciente de los diferentes grados de protección de los trabajadores existentes entre los ordenamientos de los distintos Estados miembros, y de

¹ Estos datos están disponibles en la página de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (EUROFOUND), a través del siguiente enlace: http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1625en.pdf

² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (B.O.E. de 29 de marzo de 1995).

³ B.O.E. núm. 164, de 10 de julio de 2001.

⁴ D.O.U.E. núm. L 82, de 22 de marzo de 2001.

la importancia de mejorar las condiciones de vida y trabajo en la Unión Europea para la realización del mercado interior, promulgaba en 1977 la Directiva 77/187/CEE⁵ para promover la armonización de las legislaciones nacionales y garantizar así un nivel mínimo de protección de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas o centros de actividad⁶. Siguiendo estos mismos objetivos, y en aras a una mayor claridad y racionalidad, el Consejo elaboró la Directiva 2001/23/CE, que deroga tanto la Directiva 77/187/CEE como la Directiva 98/50/CEE⁷, refundiéndolas e incluyendo así las interpretaciones llevadas a cabo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”).

La finalidad tuitiva que inspira tanto la Directiva 2001/23/CE como el artículo 44 ET, se canaliza a través del reconocimiento de una serie de garantías a los trabajadores afectados por la sucesión empresarial⁸. En buena medida, el ordenamiento español reproduce la normativa comunitaria, si bien es cierto que, algunas garantías mínimas, han sido mejoradas en nuestro Derecho interno tras la transposición.

Pese a la gran mutabilidad por la que se ha caracterizado el Derecho Laboral español en los últimos años, lo cierto es que este precepto ha permanecido inalterado en las últimas grandes reformas laborales. No obstante, ello no supone que se trate de un precepto claro y pacífico, pues ciertas cuestiones han generado múltiples dudas interpretativas⁹.

En este sentido, uno de los aspectos que ha generado cierta conflictividad en la práctica, es el relativo a las garantías de los trabajadores. La nueva redacción del artículo 44.1 ET establece el principio general de subrogación, al disponer que el cambio de titularidad no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social

⁵ Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (D.O.C.E. núm. L 61, de 5 de marzo de 1977).

⁶ Considerados 4 a 8 de la Directiva 2001/23/CE.

⁷ Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (D.O.C.E. núm. L 201, de 17 de julio de 1998).

⁸ La finalidad tuitiva de la Directiva ha sido reiterada por el TJUE en múltiples Sentencias, por todas, STJUE (Sala Cuarta), de 16 de octubre de 2008, Asunto C-313/07 *Kirtruna y Viganò*, apartado 36.

⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., “Claroscurios en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001, p. 1.

del anterior. En consecuencia, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma derivado de una transmisión no podrá implicar *per se* y sin la existencia de otras causas el despido¹⁰, pues en virtud de este principio, operará la transmisión automática al cesionario de todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo existentes en el momento de la sucesión empresarial¹¹.

Además de la continuidad de las relaciones individuales, una de las grandes aportaciones de la reforma del artículo 44 ET, ha consistido en la previsión expresa de una serie de garantías colectivas, novedad ya incluida en la Directiva 2001/23/CE. Las garantías colectivas se manifiestan en dos momentos diferentes dentro del proceso sucesorio, que servirán de hilo conductor de la presente exposición. En primer lugar, serán analizados los apartados 6 a 10 del citado artículo, que establecen una serie de garantías relativas a la participación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones previo a la transmisión, encaminadas a reforzar el diálogo entre los representantes de los trabajadores y la empresa. En segundo lugar, se abordará el mantenimiento del mandato de la representación legal de los trabajadores, incluido en el apartado 5 del artículo 44 tras la reforma del ET, como garantía colectiva y consecuencia jurídica de la transmisión.

¹⁰ Tal y como dispone el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, excepto en aquellos casos en los que existan causas legales de extinción del contrato por causas objetivas. En este sentido, *vid.* IGARTUA MIRÓ, M. T., “La sucesión de empresa” en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.) *Práctica de Derecho del Trabajo*, Delta 2015, pp. 421-440.

¹¹ La subrogación de los derechos y obligaciones alcanza a los derechos ciertos y existentes en el momento de la transmisión, no siendo extensible a meras expectativas, *vid.* STS de 5 de diciembre de 1992, Rec. 425/1992 (RJ 1992/10059).

2. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO GARANTÍA PREVIA A LA SUCESIÓN

La libertad de empresa, consagrada en el artículo 38 de la Constitución española, permite los procesos de reestructuración empresarial que, como se decía anteriormente, forman parte de las estrategias empresariales en la actualidad. Sin embargo, esa libertad de empresa se ve afectada por la protección del trabajador y el principio de estabilidad en el empleo, consagrado en el artículo 35 de nuestra Carta Magna¹². Todo ello, justifica la participación de los representantes legales de los trabajadores e, incluso, de los propios trabajadores en el proceso de transmisión, con el objeto de asegurar una correcta tutela de sus derechos.

Las formas de participación de los representantes legales de los trabajadores en la toma de decisiones relativas a la transmisión de empresas, se canalizan a través de dos vías, el derecho a ser informados sobre cambio de titularidad de la empresa y una serie de aspectos sobre la transmisión y, por otro lado, a través del derecho de consulta de los representantes de los trabajadores en aquellos casos en los que se pretendan llevar a cabo modificaciones de las condiciones de trabajo¹³.

La sucinta enunciación de estos derechos en la anterior redacción del ET, no era suficiente para cumplir con lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre transmisión de empresa¹⁴. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, afirma que la reforma de la disposición sobre sucesión de empresas se dirige a la “mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica”.

Los nuevos apartados 6 a 10 del artículo 44 ET suponen un cambio realmente significativo en la estructura de este precepto, así como una verdadera adecuación de la normativa interna al derecho comunitario. La regulación de estos derechos en nuestro

¹² SERRANO GARCÍA, J. M., “Efectos laborales de las reestructuraciones empresariales: fusiones o escisiones empresariales”, en PATÓN GARCÍA, G., (coord.) *La liquidación de empresas en crisis: aspectos laborales, fiscales y mercantiles*, Bosch 2014, p. 200 y p. 220.

¹³ MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch 2014, 7ª Ed., pp. 570-571.

¹⁴ DEL REY GUANTER, S., “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET” en *Temas Laborales*, núm. 61, pp. 330-331.

Estatuto de los Trabajadores sigue, en líneas generales, lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE, si bien regula de manera más amplia ciertos aspectos¹⁵.

2.1 El requisito común en todas las sucesiones: el derecho de información

Hasta la reforma introducida a través de la Ley 12/2001, el artículo 44 ET establecía, únicamente, la obligación de notificar el cambio de titularidad a los representantes de los trabajadores de la empresa cedida¹⁶.

La nueva redacción del artículo 44.6 ET introduce la obligación de información tanto para el cedente como para el cesionario, quienes deberán informar a los respectivos representantes legales – comprendiendo tanto a la representación sindical como a la representación unitaria – de sus trabajadores afectados por el cambio de titularidad sobre la sucesión. Este cambio tiene su lógica, pues la subrogación no sólo va a afectar a la plantilla del cedente, ya se trate de trabajadores transferidos como de no transferidos, sino también a la plantilla del cesionario, que podrá ver modificadas sus condiciones de trabajo como consecuencia de la asunción de una nueva actividad empresarial o por la mera incorporación del personal cedido¹⁷.

No obstante, un sector de la doctrina ha entendido que, de la interpretación conjunta de los apartados 6 y 8 de este precepto, se desprende que la obligación de información del cesionario solo procederá en aquellos casos en los que la transmisión comporte efectos sobre los trabajadores del cesionario¹⁸.

Respecto a los trabajadores destinatarios de la información, el artículo dispone que serán aquellos trabajadores afectados por el cambio de titularidad. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, entendemos que no sólo deben considerarse “*trabajadores afectados*” por la transmisión aquellos que van a ser transmitidos, sino también, los que forman parte de la empresa cesionaria. Una interpretación restrictiva de los destinatarios

¹⁵ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 160.

¹⁶ La anterior redacción del artículo 44.1 ET disponía lo siguiente: “el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida [...]”.

¹⁷ DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, p. 265.

¹⁸ VALDÉS DAL-RE, F., “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002, p. 696.

de la información conduciría, en primer lugar, a considerar el deber de información como un deber meramente instrumental de la consulta, y en segundo lugar, conduciría a una interpretación contraria a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2001/23/CE¹⁹.

Cuando la empresa cedente o cesionaria no cuente con representación legal, el empresario deberá facilitar la mencionada información a los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión, tal y como dispone el apartado 7 del artículo 44 ET. Esta previsión va más allá de lo dispuesto en la Directiva, que tan sólo prevé la obligación de facilitar la información a los propios trabajadores cuando no hubiera representantes legales *por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores*. Sin embargo, nuestro derecho positivo prevé esta obligación en todo supuesto de ausencia de representación legal, sin distinción²⁰.

De nuevo, la doctrina no es unitaria a la hora de determinar qué trabajadores deben ser los destinatarios de esta información individual. Un sector de la doctrina entiende que esta obligación de información individual procede respecto de todos los trabajadores de la plantilla del cedente y del cesionario, que se vean afectados directamente en su relación de trabajo²¹, mientras que, otra parte de la doctrina, entiende que deben considerarse afectados todos los trabajadores de la empresa cedente así como aquellos trabajadores de la empresa cesionaria que vean modificadas sus condiciones laborales como consecuencia de la transmisión, pudiendo existir o no destinatarios de esta información según el caso de que se trate²².

En cuanto al contenido de la información que se debe facilitar a la representación legal, la propia disposición enumera la información que conforma el deber de información. Los extremos sobre los que el empresario habrá de informar a la representación legal están directamente relacionados con la transmisión, yendo mucho más allá de la mera notificación que se preveía en la anterior redacción del artículo 44

¹⁹ DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONTS, D., SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresa...”, *op. cit.*, pp. 268-269.

²⁰ MARÍN CORREA, J. M., “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 48, p. 93.

²¹ DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONTS, D., SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresas...”, *op. cit.* p. 268.

²² VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 697.

ET²³. El contenido mínimo del deber de información abarcará la fecha prevista de la transmisión, los motivos, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores y las medidas previstas respecto de los mismos.

Es evidente que, para los trabajadores afectados, los aspectos que despertaran mayor interés son las consecuencias que les supondrá la transmisión, así como las medidas laborales que se prevean y puedan afectarles directamente.

En este sentido, los trabajadores afectados por la transmisión deberán conocer las posibles diferencias jurídicas, económicas y sociales que les supondrá el cambio de empleador, como puede ser, entre otros aspectos, el convenio colectivo que será de aplicación tras la transmisión, la localización del nuevo centro de trabajo o ciertos datos sobre la identidad del que será el nuevo empleador²⁴.

Asimismo, será esencial la información proporcionada a la representación legal acerca de las medidas laborales, tales como despidos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados etc., que se pretendan llevar a cabo con motivo de la transmisión. La mayor parte de los conflictos en los que se alega el incumplimiento de dicho deber, se aduce, efectivamente, la falta de información sobre la adopción de medidas²⁵.

En los supuestos particulares de fusión o escisión de sociedades, la obligación de información tiene una serie de particularidades. En concreto, el artículo 39.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles²⁶, establece la información que deberá ser puesta a disposición de los representantes de los trabajadores por los administradores. La misma se detalla específicamente, y consiste en la siguiente documentación: el proyecto común de fusión; en su caso, los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión; en su caso, los informes de expertos independientes, las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que

²³ MORENO GENÉ, J., El nuevo régimen jurídico-laboral..., *op. cit.*, p. 166.

²⁴ MARÍN CORREA, J. M., "La sucesión de empresas...", *op. cit.*, p. 93.

²⁵ MARTÍN FLÓREZ, L., "La sucesión de empresa. Reflexiones sobre la significativa y esperada reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 1, 2002, p. 35.

²⁶ B.O.E. núm. 82, de 4 de abril de 2009.

fueran legalmente exigibles; el balance de fusión de cada una de las sociedades cuando sea distinto del último balance anual aprobado; los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública; el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de los nuevos estatutos de la sociedad absorbente y, por último, la identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión y la fecha desde la que desempeñan sus cargos, así como las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión²⁷. En consecuencia, el contenido de esta obligación coincide con la información facilitada a los accionistas, siendo mucho más amplio que lo dispuesto, con carácter general, en el ET²⁸.

La información obtenida sobre estos aspectos, junto con la información obtenida por los representantes de los trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.5 ET y la que poseen sobre la evolución del sector, de acuerdo con el artículo 64.2. a) ET, será crucial para poder analizar la estrategia empresarial y emitir un informe no vinculante sobre la operación (art. 64.5.d) ET), que podrá ser aprovechado para plantear compromisos particulares a las empresas²⁹.

Además, como se verá más adelante, de la correcta información sobre estas medidas dependerá también el ejercicio del derecho de consulta, previsto en el artículo 44.9 ET. Como consecuencia de la íntima relación existente entre ambos derechos, se suele considerar que el derecho de información es un derecho instrumental del derecho de consulta³⁰.

El plazo en el que se debe facilitar la citada información, tanto cedente como cesionario, deberán comunicar estas informaciones “con antelación suficiente”, con anterioridad a la transmisión, en el caso del cedente, y “antes de que sus trabajadores se

²⁷ El proyecto común de fusión transfronteriza deberá incluir una serie de menciones adicionales, contempladas en el artículo 59.2 de la Ley 3/2009, así como una participación e implicación específica de los representantes de los trabajadores detallada en los arts. 60, 61, 65 y 67 de la misma Ley. En caso de cesión global, se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 87.

²⁸ DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, p. 260.

²⁹ SERRANO GARCÍA, J. M., “Efectos laborales de las reestructuraciones empresariales...”, *op. cit.*, p. 221.

³⁰ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, *op. cit.*, p. 166; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 697.

vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión”, en el caso del cesionario, según el apartado 8 de esta disposición.

El problema que encontramos en la redacción de este precepto es que resulta un tanto vaga. Esto mismo es lo que se prevé en la Directiva 2001/23/CE, ahora bien, hay que tener en cuenta que la Directiva es una norma de mínimos, armonizadora y no unificadora, que ofrece a los Estados miembros cierto margen de maniobra a la hora de trasponer las disposiciones a sus ordenamientos internos³¹. Sin embargo, transcribir directamente lo dispuesto en la Directiva puede suponer que ciertos aspectos queden indeterminados y esto es lo que ha sucedido con el plazo en el que se debe notificar a la representación, que queda indeterminado.

La interpretación más lógica consiste en entender que la información deberá facilitarse antes de que se produzca la transmisión y ello, en el caso del cesionario, con independencia de que los trabajadores se vean afectados o no en sus condiciones de trabajo, toda vez que el propósito de esta disposición es que la representación legal pueda informar a los trabajadores convenientemente³².

En todo caso, se entiende que la información se facilita de forma tardía cuando la transmisión ya se ha efectuado o cuando la antelación impide que los trabajadores puedan adoptar las medidas o decisiones adecuadas de acción sindical en relación con la transmisión³³.

En lo que respecta a la forma en la que se debe proporcionar dicha información a la representación legal, no se regula expresamente por el artículo 44 ET si bien, por razones probatorias, se entiende que dicha información deberá ser proporcionada por escrito³⁴.

Asimismo, en lo que respecta a la notificación en los supuestos particulares de fusión o escisión de sociedades, se debe tener en cuenta que la antelación sí se determina de forma precisa. El artículo 44.8 ET prevé expresamente el *dies a quo*, al

³¹ Sobre la norma comunitaria y su relación con la ley nacional, *vid.*, DE SOTO RIOJA, S., “Sucesión de empresas y de contratos: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”, en CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 601-674.

³² DEL REY GUANTER, S., “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas...”, *op. cit.*, p. 12.

³³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 698.

³⁴ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...op. cit.*, p. 165.

disponer que *“tanto cedente como cesionario deben proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos”*, que será como mínimo, un mes antes de su celebración. De este modo, se unifican las previsiones contenidas en la normativa laboral y en la normativa mercantil.

2.2 Una garantía adicional: el derecho de consulta

La nueva redacción del artículo 44 ET introduce, en su apartado 9, la obligación del empresario de iniciar un trámite de consultas con los representantes legales de los trabajadores cuando se prevea que la subrogación supondrá la adopción de medidas laborales por el cedente o por el cesionario.

Cuando se quiebra el principio general de subrogación, llevándose a cabo, como consecuencia de la sucesión, medidas laborales que afectarán a los trabajadores de las plantillas del cedente o del cesionario, no bastará simplemente con que el empresario cumpla con el deber de información, sino que, además, será necesario abrir un periodo de consultas como garantía adicional para la protección de los derechos de los trabajadores afectados.

Este deber de consulta pesa tanto sobre el cedente como sobre el cesionario, de manera que, la obligación de uno de ellos, no podrá ser considerada como subsidiaria o alternativa a la obligación de consultas del otro en el caso en el que uno de ellos hubiera incumplido su respectivo deber³⁵. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de julio de 2014 (AS 1873/2014), afirma que *“se infiere que se trata de obligaciones separadas para cedente y cesionario y para cada uno con relación a sus respectivos trabajadores (tal como expresamente dispone el art. 7 de la Directiva), de modo que se trata de dos obligaciones diferenciadas que sólo adquieren sentido si se refieren a los trabajadores de las respectivas plantillas de cedente y cesionario, afectadas no por el fenómeno sucesorio en sí mismo, sino por sus consecuencias”*.

Pese a la estrecha relación entre los derechos u obligaciones de información y de consulta, existen dos diferencias esenciales entre los mismos. La primera de ellas es que

³⁵ *Ibidem*, p. 171.

el empresario, deberá cumplir en todo caso con la obligación de información, mientras que la obligación de consulta sólo existirá en aquellos casos en los que se prevea la adopción de medidas laborales y, la segunda, que la obligación de consulta no pesa sobre cedente y cesionario, sino sobre aquél que vaya a adoptar medidas laborales con motivo de la transmisión.

En definitiva, nos encontramos antes dos fases de un mismo proceso, que se inicia con la información y finalizará con la posterior consulta. Por lo tanto, el derecho de consulta se nutre del derecho de información, puesto que de la información facilitada por el empresario, dependerá la iniciación de las consultas en los casos en los que así proceda³⁶.

Entrando ya en la obligación de consultas en sí, la cuestión que surge de la lectura del artículo es qué medidas laborales requerirán de un periodo de consultas. Lo cierto es que la disposición nada específica acerca de lo que ha de entenderse por tales medidas, limitándose a realizar una referencia genérica a cualquier medida laboral en relación con sus trabajadores³⁷. En este sentido, no se establece si las medidas que darán lugar al período de consultas deben ser modificaciones sustanciales o si, por el contrario, toda medida que implique una variación de las condiciones de trabajo, por limitado que sea su alcance, implicará la puesta en marcha de este procedimiento.

La imprecisa redacción de este precepto, entendemos que derivada de la mera reproducción de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE, ha llevado a su interpretación por la doctrina, que mantiene posturas encontradas a este respecto. La perspectiva que, a mi modo de ver, puede considerarse más acorde con el espíritu de esta disposición es aquella que entiende que se trata de un período de consultas genérico, incluyéndose en su ámbito cualquier medida que afecte a relaciones laborales de los trabajadores afectados, sea cual sea su naturaleza o su nivel de intensidad, pues el precepto no dispone que tales medidas tengan que ser calificadas como sustanciales³⁸.

³⁶ Así lo ha entendido la doctrina DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresas...”, *op. cit.* p. 276.

³⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, pp. 698-699.

³⁸ DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresas...”, *op. cit.* 277. Distinta es la postura de VALDÉS DAL-RÉ, quien considera que deben entenderse incluidas aquellas medidas que alteren la posición contractual de los trabajadores al amparo del ejercicio de poderes empresariales distintos de los poderes fuertes de dirección, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 698

En todo caso, es necesario que exista una relación de causalidad entre la transmisión y las medidas laborales adoptadas. La obligación de iniciar el periodo de consultas aparece referida a aquellos casos en los que la adopción de medidas laborales viene determinada *con motivo de la transmisión*. Por lo tanto, la medida laboral de que se trate, debe ser cierta y estar determinada en el momento de la transmisión, no pudiéndose iniciar el trámite de consultas cuando exista una simple referencia genérica y como perspectiva de futuro contenida en la comunicación escrita proporcionada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores, pues se entiende que la transmisión no ha provocado en sí la adopción de medidas laborales³⁹.

Asimismo, encontramos pronunciamientos judiciales en los que queda claro que no es posible utilizar el proceso de negociación para adoptar acuerdos para alterar las condiciones laborales de los trabajadores cedidos, en contra de lo dispuesto en los artículos 44.3 y 44.4 ET, como la citada SAN de 14 de julio de 2014.

Los sujetos pasivos, esto es, con los que el empresario deberá iniciar el periodo de consultas, serán, respectivamente, los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad. Sin embargo, esta disposición no prevé que sucederá en aquellos casos en los que no haya representación legal, como sí se preveía por el artículo 44.6 respecto al derecho de información⁴⁰.

Son varias las opciones que se proponen a este respecto por parte de la doctrina. Por una parte, la ausencia de previsión expresa a este respecto se puede asimilar a la supresión de este trámite en los supuestos de ausencia de representación legal, o bien, entender que, tal y como sucedía con el deber de información, la consulta se debería producir directamente con los trabajadores de la empresa. En el caso de consulta directa, ésta podría llevarse a cabo de distintas maneras, bien a través de una consulta con todos los trabajadores afectados por la medida, bien con todos los trabajadores de la empresa afectada, e incluso, con una comisión *ad hoc* elegida por la totalidad de los trabajadores de la empresa⁴¹.

³⁹ En este sentido, *vid.* STSJ de Cataluña, Sentencia núm. 8441/2009, de 18 de noviembre (AS 2009/3110).

⁴⁰ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, *op. cit.*, p. 171.

⁴¹ *Ibidem*, p. 171.

El período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto, según dispone el artículo 44.9 ET. Tal y como sucedía respecto del deber de información, se entiende que el período de consultas debe tener lugar antes del traspaso y de manera que la representación legal de los trabajadores pueda negociar en vistas a la consecución de un acuerdo, antes de la decisión empresarial pero nada más se dispone respecto a su duración.

En los distintos períodos de consulta contemplados en el Estatuto de los Trabajadores sí se prevé una delimitación temporal, por ejemplo, en el caso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, se dispone que la duración será no superior a quince días (artículo 41.4 ET), o en los supuestos de despido colectivo, el artículo 51.2 ET delimita la duración del período de consultas a treinta o quince días en función del número de trabajadores de la empresa.

En cuanto a la forma en que desarrollarse este período de consultas, el único requisito que se establece es que las partes negocien de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. Por lo tanto, la apertura de este período de consultas equivale a la apertura de un verdadero proceso de negociación presidido por la buena fe e instrumentado de la manera que resulta más adecuada⁴².

Pese a que no se dispone ningún otro aspecto procedimental, cuando las medidas previstas consistan en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET. Por lo tanto, en estos casos, el empresario deberá remitirse al procedimiento establecido en los correspondientes artículos del ET para estas instituciones, siendo el procedimiento del artículo 44 ET de carácter supletorio.

Ahora bien, no se hace referencia a ninguna otra medida modificativa, tan sólo a los traslados colectivos y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. La doctrina, con acierto, entiende que esta referencia parcial es injustificada, de manera que debe entenderse que este procedimiento también será supletorio a los que pudieran ser de aplicación en función de la medida modificativa, suspensiva o extintiva, como las medidas contempladas en los artículos 47 y 51 ET.

⁴² VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 699.

2.3 El incumplimiento de las obligaciones de información y consulta por parte del empresario

La gran omisión que presenta la regulación actual del régimen de sucesión de empresas es la falta de previsión expresa sobre las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información y consulta por parte del empresario. No se trata de una falta de previsión por parte de nuestra normativa interna, sino también, un silencio del legislador comunitario, por lo que resulta especialmente necesario detenerse en la determinación de los posibles efectos que se derivarán del incumplimiento de estos deberes toda vez que su eficacia dependerá de los mismos⁴³.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé que el incumplimiento de los deberes empresariales de información y consulta supondrá la comisión de una infracción laboral grave en materia de relaciones laborales, tipificada en los artículos 7.7 y 9 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, “LISOS”)⁴⁴.

No obstante, al margen de estas sanciones administrativas, conviene analizar qué otros efectos producirá el incumplimiento de tales deberes por parte del empresario cedente y cesionario⁴⁵.

La jurisprudencia se pronunciaba ya antes de la reforma del artículo 44 ET, manteniéndose esta misma tesis tras la reforma, entendiéndose que dicho incumplimiento no afectará a la validez y la eficacia de la transmisión, sino a la validez de las medidas adoptadas como consecuencia de la misma⁴⁶.

Aunque el incumplimiento de los deberes de información y consulta por parte del empresario no afecte a la eficacia de la decisión empresarial, ello no impide que dicho incumplimiento afecte a la propia validez y eficacia de las concretas medidas laborales implantadas.

⁴³ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba en Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (B.O.E. núm. 189, de 8 de agosto de 2000).

⁴⁵ MARTÍN FLÓREZ, L., “La sucesión de empresa...”, *op. cit.* p. 34, afirma que “*parece claro que el incumplimiento de uno de los empresarios sujetos de la transmisión respecto de su deber de información, no puede conllevar responsabilidad alguna para el empresario cumplidor*”.

⁴⁶ En este sentido se pronuncia la SAN, de 22 diciembre 2011 (SAN 14772/2012) sobre el incumplimiento de los derechos de información y consulta, entendiéndose que en caso de transgresión “*la sanción correspondiente a la comisión de infracción grave, prevista en el art. 7.7 RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, pero nunca la nulidad del proceso, como recuerda el TS en sentencia de 25-04-1988*”.

Ante la falta de previsión expresa por parte del artículo 44 ET, se entiende que la elusión de los trámites de información y consulta para aquellas medidas laborales en las que el propio artículo 44.9 ET remite al procedimiento de consultas específico regulado para esas medidas modificativas, suspensivas o extintivas, las consecuencias del incumplimiento serán las dispuestas en esos artículos, y en particular, conllevará que dichas modificaciones sean declaradas nulas y sin efecto⁴⁷.

Cuando se lleven a cabo otras medidas laborales no subsumibles dentro de los procedimientos contemplados en el párrafo anterior, los efectos que supondrá el incumplimiento de estas obligaciones por parte del empresario no están tan claros. En lo que respecta al incumplimiento de la obligación de información, encontramos Sentencias como la del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 2007 (RJ 6129/2007), que afirman que dicho incumplimiento por parte de la empresa saliente *“no podrá proyectarse negativamente sobre la esfera del trabajador, haciéndole perder un derecho como consecuencia de un incumplimiento que ni le es imputable, ni ha afectado a la existencia del supuesto que justifica la subrogación”*.

Respecto al deber de consultas, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de fecha 20 de enero de 2015 (AS 1002/2015), entiende que la *“trasgresión afectará a la validez de la concreta medida laboral implantada sin negociar y en función del régimen jurídico dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico para los cambios de condiciones laborales por decisión unilateral del empleador, pero en ningún caso anula la sucesión y/o el deber subrogatorio propio de la transmisión de empresa, centro de trabajo o UPA”*.

No obstante, en los casos de fusión y escisión, podría impugnarse ante la jurisdicción civil el acuerdo social adoptado sin cumplir las obligaciones de información y consulta⁴⁸.

Por último, debemos destacar la garantía especial que incluye el apartado 10 del artículo 44 ET, para aquellos casos en los que las transmisiones empresariales tengan

⁴⁷ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, op. cit., p. 182.

⁴⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch 2015, 5ª Ed., pp.619-621.

lugar dentro de un grupo de empresas, y que no podrá ser utilizada como justificación en caso de incumplimiento⁴⁹.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 7.4 de la Directiva, el artículo 44.10 ET prevé que, en aquellos casos en los que la operación de transmisión se adopte y dirija por un sujeto distinto al que, formalmente, está obligado a informar a los representantes de los trabajadores, esto es, en los casos en los que la decisión de transmisión se adopte por empresas externas que ejercen control sobre los que aparecen como titulares de las mismas, toda justificación proveniente del cedente o del cesionario “*basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto*”.

Si bien es cierto que el precepto no hay una referencia directa a los grupos de empresas, la doctrina ha entendido que este es el supuesto que inspira la citada disposición⁵⁰.

⁴⁹ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, op. cit., p. 174.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 175.

3. EL MANTENIMIENTO DEL MANDATO REPRESENTATIVO

Otra de las grandes aportaciones de la Ley 12/2001 en el ámbito de las garantías colectivas del régimen jurídico de la transmisión de empresa, consiste en establecer la situación del mandato de los representantes legales de los trabajadores en los casos de sucesión, a través de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 44 ET.

La Directiva 2001/23/CE dedica el artículo 6 a la garantía de conservación de las instituciones de representación, enunciando el principio general de subsistencia o indemnidad de la representación de los trabajadores. La finalidad de este precepto es garantizar los derechos de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad de la empresa en el ámbito de la representación⁵¹.

Siguiendo lo dispuesto en la Directiva, el artículo 44.5 ET establece ese mismo principio de continuidad del mandato de los representantes de los trabajadores afectados por la transmisión, al disponer que *“cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”*.

Lo cierto es que la incorporación de este apartado al artículo 44 ET, no constituye una novedad respecto al contenido, pues con anterioridad a su reforma, y ante la falta de previsión expresa en el Estatuto de los Trabajadores, este mismo criterio era el seguido por la jurisprudencia y la doctrina judicial, criterio que, además de colmar el evidente vacío legal que existía, sirvió para alinear nuestro ordenamiento con los mandatos comunitarios⁵².

El requisito esencial para que opere el principio de mantenimiento del mandato representativo es que la entidad económica transmitida conserve su autonomía e identidad individualizada, siendo irrelevante que el centro de trabajo o la unidad

⁵¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 686.

⁵² Por todas, STS de 23 de julio de 1990 (RJ 6453/1990). Igualmente, *vid.*, VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 688.

productiva autónoma se constituyan en una nueva empresa o se integren en una ya existente⁵³.

La determinación o definición del concepto de autonomía no se incluyen en la Directiva ni en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, para saber si la entidad transmitida conserva su autonomía o identidad individualizada tras la operación de transmisión, debemos remitirnos a la interpretación del TJUE, en Sentencias como la de 29 de julio de 2010 (Asunto C-151/09), en la que se entiende que la autonomía del artículo 6 de la Directiva se conserva *“cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario”*.

Por lo tanto, los casos que menos dudas van a plantear, son aquellos en los que se hace una aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 44.5 ET, esto es, aquellos en los que se transmite una empresa o centro de trabajo que constituye una unidad electoral que, en consecuencia, cuenta con sus propios órganos de representación, y que además, conserva su autonomía con posterioridad a la sucesión, pues el cambio de titularidad no afectará al mandato electoral de los representantes legales de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo transmitido, que seguirán conservando su estatuto y sus funciones en los términos existentes con anterioridad a la fecha o al momento del traspaso⁵⁴.

⁵³ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, op. cit., p. 148.

⁵⁴ Son múltiples las sentencias que razonan acerca del mantenimiento de los mandatos representativos en los supuestos en los que *“la entidad ha conservado su integridad, material y organizativa”*, entendiendo que *“el mantenimiento o la extinción del referido mandato dependerá de la subsistencia o no, como entidad económica dotada de autonomía, de la unidad productiva utilizada en la empresa transferida como base objetiva para la constitución de la correspondiente institución representativa. Si aquella unidad (la empresa o el centro de trabajo) subsiste bajo condiciones de autonomía, pervive la función representativa; pero si la organización de empresa tomada en consideración como unidad electoral desaparece tras su absorción, fusión o integración en una nueva organización empresarial, los mandatos se extinguen”*. Por todas, STSJ de Cataluña, de 15 de septiembre de 2010 (AS 1925/2010); STSJ de C.

En estos casos, el mandato representativo se mantendrá, bien hasta que finalice su mandato, bien hasta que se promuevan y celebren nuevas elecciones, según dispone el artículo 67.3 ET⁵⁵.

Sin embargo, en aquellos casos en los que la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión no conserven su autonomía o identidad individualizada tras la transmisión, como consecuencia lógica de lo dispuesto en los párrafos anteriores, llevará *ex lege* al cese en su ejercicio de los trabajadores que venían desempeñando funciones representativas.

Por lo tanto, es evidente que, pese al avance teórico que supone la inclusión de dicha disposición respecto al régimen jurídico de sucesión de empresas anterior, siguen sin regularse todos los efectos que, en la práctica, supone el cambio de titularidad sobre las relaciones colectivas de trabajo, resultando necesario acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para completar ciertos aspectos como los que se exponen a continuación⁵⁶.

3.1 La garantía para evitar la desprotección representativa establecida en la Directiva comunitaria

En la práctica, se suelen dar ciertas situaciones en las que la regla general del artículo 44.5 ET, según la cual, la pérdida de la autonomía de la empresa, centro de trabajo o unidad transmitida supone el cese *ex iure* del cargo representativo no ofrece respuesta precisa.

Supongamos que la empresa o centro de trabajo transmitido, que contaba con sus propios órganos de representación de los trabajadores, pierde su autonomía con motivo de la transmisión, y la empresa o centro de trabajo en la que se integran los trabajadores de la empresa transmitida, no cuenta con órganos de representación

Valenciana, de 12 de diciembre de 2007 (AS780/2008); STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2002 (AS 2606/2002).

⁵⁵ Este mismo artículo establece también que los representantes legales de los trabajadores también “*podrán ser revocados por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto*”.

⁵⁶ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, op. cit., p. 147.

social⁵⁷. O bien, supongamos que nos encontramos con la circunstancia de que se transmite un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma que no cuenta con órganos de representación específicos o independientes, sino con la representación residenciada en la empresa, de manera que la transmisión produce el cese del mandato de los trabajadores transferidos que ostentaran un cargo representativo, por la pérdida de autonomía de la unidad transmitida.

En tales casos, y dado que nuestro ordenamiento jurídico no dispone nada más allá del decaimiento del mandato representativo, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 2001/23/CE, según el cual “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores*”.

La Directiva incide en la importancia de garantizar una correcta representación de los trabajadores afectados por el traspaso, que debería materializarse, según dispone, a través de “medidas necesarias” contenidas en el Derecho positivo nacional. Sin embargo, la falta de adopción de medidas necesarias concretas por parte de nuestro legislador, ha llevado a diversos razonamientos por parte de la doctrina y de los Tribunales.

La doctrina científica aboga por la solución más garantista, consistente en que los representantes de los trabajadores de la empresa cedente no pierdan automáticamente su condición, siendo preferible la prolongación provisional o transitoria de su mandato, hasta la celebración de nuevas elecciones con el objeto de adecuar la representación a la nueva unidad resultante tras la sucesión⁵⁸.

Sin duda, esta solución es la más adecuada para garantizar una debida representación de los trabajadores, tal y como venían disfrutando de la misma con

⁵⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los efectos de la transmisión de empresa sobre el mandato de los representantes de los trabajadores: especial referencia la sucesión de contratistas y falta de representación social en el nuevo empleador”, *El empresario laboral*, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 260-263.

⁵⁸ MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral...*, *op. cit.*, p. 150; DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresas...”, *op. cit.* 254.

anterioridad a la sucesión. Dicho lo anterior, debemos reconocer que, en la práctica, carecería de sentido que los cargos representativos de una empresa, una vez pasan a integrarse en otra distinta, sigan desarrollando sus funciones representativas para unos trabajadores que no les han elegido. Además, tal y como afirmaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de julio de 1990, estas cuestiones carecen de la naturaleza contractual laboral en virtud de la cual, tras la subrogación, el nuevo empresario tenga que asumirlas.

Por su parte, la doctrina judicial en sentencias como la del TSJ de Castilla y León (Burgos), de 15 de marzo de 2012, entiende que *“No hay causa sólidamente fundada para suponer, conforme al enunciado del precepto de la Directiva, que esta subsistencia excepcional es asimilable a la adopción de aquellas medidas o, en otros términos, que el legislador comunitario al ordenar a los Estados poner en práctica mecanismos de garantía representativa de los trabajadores afectados, concibió la permanencia en el ejercicio de las funciones sindicales como uno de las posibles efectos de la falta de órganos representativos en la empresa que se ha subrogado en los derechos y obligaciones de la absorbida”*⁵⁹. Por ello, establece la Sentencia, que no es admisible la determinación o concreción de una medida que la Directiva no prevé, lo cual supondría exceder la “ratio essendi” de la norma.

Lo cierto es que la falta de concreción de medidas por parte de nuestro ordenamiento para evitar la desprotección representativa de los trabajadores cedidos es uno de los grandes problemas no resueltos por el artículo 44.5 ET. Pese a que, en la práctica, la solución propuesta por la doctrina científica resulta la más adecuada, a mi modo de ver, no resulta posible entender que el mantenimiento de los cargos representativos de la empresa cedente constituye implícitamente una de esas “medidas necesarias”, pues ni así se dispone en nuestra legislación, ni el citado precepto de la Directiva permite fundar dicha suposición.

Por último, conviene destacar una segunda garantía, establecida en el artículo 6.2 de la Directiva 2001/23/CE, destinada a quienes ostentaran la representación de los trabajadores en el momento de la transmisión. Pese a que, como hemos analizado, en

⁵⁹ STSJ Castilla y León (Burgos), de 15 de marzo de 2012 (AS 301/2012), y en el mismo sentido, STSJ Madrid, de 30 de junio de 2008 (AS 1939/2008), STSJ Castilla y León (Burgos), de 22 de enero de 2013 (AS 1067/2013).

ciertos casos la transmisión puede llevar aparejada la extinción de la función representativa, la Directiva establece como principio rector para los ordenamientos de los Estados miembros, la conservación de las medidas de protección previstas para los representantes que pierdan su cualidad con motivo de la transmisión, sin determinar ningún tipo de medida de protección en concreto, sino remitiéndose a las medidas de protección previstas en cada Estado miembro y dando así un amplio margen a los ordenamientos internos⁶⁰.

En el caso español, el artículo 68 c) ET, enmarcado dentro del Título II dedicado a los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa, recoge entre las garantías de los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, el *“no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión”*.

Así lo ha entendido, además, el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones, por todas, Sentencia de 10 de diciembre de 2013 (RJ 1227), en la que se afirma que en caso de pérdida del mandato representativo a causa del traspaso, los representantes mantendrán las garantías previstas en las disposiciones legales durante un año, De lo contraria la empresa podría incurrir en un comportamiento antisindical.

3.2 La adecuación de la representación a la nueva realidad existente tras el proceso de transmisión

Otra de las cuestiones que suele plantearse en los casos de sucesión de empresas, es cómo afectará al mandato de los representantes de los trabajadores la alteración del volumen de plantilla que se producirá en aquellos casos en los que los trabajadores de la empresa transmitida se integran en la empresa cesionaria.

Desde el momento en el que se produce la transmisión, los trabajadores de la empresa cedente pasarán a estar representados por los órganos de representación de la empresa en la que se integran dichos trabajadores, lo que provocará la necesaria adecuación de la composición de los órganos de representación a la nueva plantilla resultante de este proceso.

⁶⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, pp. 688-689.

Dicho fenómeno puede incidir en la dimensión de la nueva plantilla resultante de dos maneras distintas, bien suponiendo un aumento en los casos en los que ambas plantillas se integren, bien suponiendo una disminución si las plantillas se disgregan en diversos centros de trabajo⁶¹.

El artículo 67.1 ET prevé la posibilidad de celebrar elecciones parciales en una empresa, en las que podrán participar los trabajadores transferidos, cuando se produzcan incrementos de plantilla en los siguientes términos: *“Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”*.

Cuando se trata de aumentos de plantilla, el artículo 13 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa⁶², prevé la promoción de elecciones parciales para cubrir los puestos vacantes derivados de la nueva situación, y adecuar así el número de representantes a las escalas previstas en los artículos 62 y 63 ET. El mandato de los representantes elegidos finalizará al mismo tiempo que el de los otros trabajadores ya existentes en el centro de trabajo.

En los casos de disminución significativa de la plantilla, el ajuste del número de representantes no opera de manera automática, sino que se remite a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁶³. En ausencia de lo anterior, no se ajustará la composición del órgano de representación hasta la celebración de nuevas elecciones y la conclusión de los mandatos anteriores⁶⁴.

⁶¹ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los efectos de la transmisión de empresa...”, *op. cit.* p. 263.

⁶² B.O.E. núm. 219, de 13 de septiembre de 1994.

⁶³ LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “La representación laboral en la empresa” en MOLERO MANGANO, C. (Dir.), *Manual de Derecho del Trabajo*, 14ª ed. 2015, p. 827.

⁶⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, *op. cit.*, p. 690.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma del artículo 44 ET ha supuesto un notable aumento de las garantías colectivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de sucesión de empresas, con la inclusión de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, una auténtica novedad respecto al régimen anterior, y la inclusión de la garantía de mantenimiento del mandato representativo, que si bien no supone una novedad respecto al régimen anterior, sí permite introducir cierta seguridad jurídica al incluirse expresamente tal garantía en el ET.

Esto supone que, aquellos empresarios que pretenda llevar a cabo una reestructuración en su empresa, tengan que tener presente desde un primer momento la existencia de tales garantías, que se manifiestan tanto con carácter previo a la realización de la misma, como una vez llevada a cabo la sucesión.

La inclusión de los derechos de información y consulta supone un cambio de gran trascendencia, que pesará tanto sobre el empresario cedente como sobre el cesionario y que tiende a garantizar la participación de los representantes de los trabajadores a lo largo del proceso de sucesión, informándoles de los aspectos más importantes aparejados al cambio de titularidad y teniendo la obligación de negociar con estos las medidas laborales que se vayan a llevar a cabo en la empresa. Sin embargo, es notorio que la trasposición de estos derechos u obligaciones no ha sido la más adecuada, pues determinadas cuestiones quedan sin resolver.

Lo cierto es que estos derechos han sido vagamente definidos en la Ley, a través de una mera reproducción de los preceptos de la Directiva comunitaria por nuestra norma interna, sin que se haya llevado a cabo una verdadera trasposición. Por ello, seguiremos sin encontrar una respuesta unívoca y definida legalmente a cuestiones como el plazo en el que se deberá facilitar la información a los representantes de los trabajadores, la información individual que se deberá facilitar a los trabajadores, con quien deberán llevarse a cabo las consultas en el caso de que no haya representación de los trabajadores o que medidas laborales darán lugar a la propia consulta, entre otras.

Ahora bien, lo que resulta más ilógico es que no se hayan previsto las consecuencias que tendrá el incumplimiento de tales deberes por parte del empresario,

de manera que la única consecuencia cierta a día de hoy será la responsabilidad administrativa que se puede derivar de tal inobservancia.

Por último, en lo que respecta al mantenimiento del mandato representativo, sucede lo mismo que respecto a los derechos de información y consulta y es que, pese a su inclusión expresa en el artículo 44 ET, siguen quedando muchas cuestiones sin respuesta cierta. El vacío más importante de esta regulación fruto, de nuevo, de una trasposición parcial de la Directiva, es la concreción de las medidas necesarias para garantizar la adecuada representación de los trabajadores afectados por la transmisión hasta la constitución o la designación de la nueva representación.

Por todo ello, las garantías colectivas de los trabajadores siguen siendo un terreno dominado por la casuística, en el que todo estudio que se realice no puede sino ofrecer las distintas percepciones proporcionadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia teniendo dominadas todas ellas por un elemento común, la conservación de los derechos de los trabajadores afectados por la sucesión. Una reforma del artículo 44 ET que introduzca mayor certeza y precisión en las cuestiones señaladas y, en definitiva, mayor seguridad jurídica, será bien recibida por todas las partes intervinientes en los procesos de sucesión.