

LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN EN EMPRESAS SIN REPRESENTANTES UNITARIOS DE LOS TRABAJADORES*

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Becario de la Junta de Andalucía

Universidad de Cádiz

EXTRACTO

El Estatuto de los Trabajadores prevé en algunos casos la apertura de un período de consultas para llevar a cabo determinadas alteraciones de las condiciones de trabajo o la extinción del contrato, en el supuesto de que la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas exijan una reestructuración de la empresa. Este período de consultas se configura como un auténtico proceso de negociación colectiva, dado que las partes están obligadas a negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. No obstante, la Ley guarda silencio respecto a los casos en los que este procedimiento resulte obligado pero no existan representantes de los trabajadores para negociar.

El presente artículo trata de analizar las posibles soluciones a este problema de interpretación o integración jurídica, y finalmente opta por considerar obligatoria la apertura de un procedimiento de consultas respecto a la totalidad de los trabajadores de la empresa, que podría devenir en auténtica negociación si éstos nombraran de manera transparente y democrática a un representante o comisión exclusivamente a los efectos de negociar un posible acuerdo.

* El texto de este artículo reproduce, con algunas modificaciones, el texto de la comunicación presentada por el autor al XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tuvo lugar en Murcia los días 17 y 18 de mayo del 2002.

ÍNDICE

1. Planteamiento de la cuestión

2. Posibles soluciones: 2.1. Convocatoria de elecciones a representantes de los trabajadores; 2.2. Imposibilidad de llevar a cabo la medida empresarial; 2.3. Exención del trámite de consultas; 2.4. Negociación con la totalidad de los trabajadores; 2.5. Consulta con la totalidad de los trabajadores sin efectos colectivos; 2.6. Integración del vacío mediante la negociación colectiva; 2.7. designación de representante o comisión *ad hoc* por medio de la Asamblea

3. Conclusión

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como es sabido, el Estatuto de los Trabajadores permite a los empleadores adaptar la dimensión de la plantilla de la empresa o las condiciones de trabajo de sus empleados a las necesidades de la organización empresarial en base a circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas. Lógicamente, este poder empresarial está sometido a ciertos límites que vienen determinados, de un lado, por la necesaria concurrencia de una “causa suficiente”, de otro lado por la necesidad de ajustarse a un procedimiento regulado por la Ley. Dicho procedimiento trata de adaptarse de manera flexible al contexto de la decisión empresarial; de este modo, cuando se considera que el interés al que esta decisión se enfrenta es de carácter colectivo, o bien que debe equipararse en su tratamiento al de los intereses estrictamente colectivos teniendo en cuenta la afectación de la medida en relación a la dimensión de la empresa, se exige al empresario para llevar a cabo la medida pretendida la iniciación de un procedimiento de “consulta con los representantes legales de los trabajadores”.

La Ley impone la concurrencia de este procedimiento de “información y consulta” en los siguientes supuestos:

- a) Modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en Convenios Colectivos de los regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.
- b) Modificaciones sustanciales de condiciones relativas a las funciones o el horario de trabajo disfrutadas a título colectivo, siempre que no superen determinados umbrales en relación a la dimensión de la empresa y el número de trabajadores afectados.
- c) Modificación sustancial de otras condiciones de trabajo disfrutadas a título colectivo.
- d) Traslados, cuando no se superen determinados umbrales en relación a la dimensión de la empresa y el número de trabajadores afectados.
- e) Despidos colectivos (definidos como colectivos en razón a la afectación de la medida en relación con el número de trabajadores de la empresa).

- f) Suspensión del contrato de trabajo, con una remisión al procedimiento de despidos colectivos, y por tanto exigiendo siempre la existencia del procedimiento de información y consulta, cualquiera que sea la afectación de la medida¹.
- g) Otras medidas laborales no incluidas en la enumeración anterior, cuando estuvieran motivadas por una sucesión empresarial. Probablemente el precepto se refiere a modificaciones no sustanciales de las condiciones de trabajo, o a modificaciones sustanciales, pero de carácter individual.

Durante este “período de consultas”, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, al cual se exigen determinados requisitos de legitimación. De modo que, a pesar de la terminología utilizada, se está estableciendo un proceso de negociación colectiva², cuyo producto es un acuerdo de carácter colectivo, al cual hemos de calificar como “estatutario” en el sentido de que su legitimación y eficacia viene dada por el Estatuto³, a pesar de que su régimen jurídico sea distinto al de los Convenios Colectivos típicos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores.

La eficacia de estos acuerdos varía en función de las concretas medidas pretendidas por el empresario. En los casos de despido colectivo y suspensión, el pacto válidamente celebrado vincula a la Autoridad competente, que deberá limitarse a convalidar el acuerdo o impugnarlo ante los Tribunales si estima fraude, coacción, dolo o abuso de derecho. En cuanto a la modificación de condiciones de trabajo establecidas por Convenios Colectivos u otros productos de la autonomía colectiva, el empleador no podrá llevarlas a cabo si no llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores⁴. En lo que refiere a los traslados, a la modificación sustancial y colectiva de otras condiciones de trabajo,

¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas”, en AAVV (Eds. Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Íbidem, Madrid, 1995, p. 318.

² Vid., por todos, DEL REY GUANTER, S., “Los despidos por ‘causas empresariales’ y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma [arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores], Relaciones Laborales nº 17-18-1994; GARCÍA MURCIA, J., Los acuerdos de empresa, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pp. 97-100; QUESADA SEGURA, R., “Artículo 40. Movilidad geográfica”, en AAVV (dir. Jose Luis Monereo Pérez), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

³ CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994”, en Cuadernos de Derecho Judicial, *La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 204.

⁴ En este sentido, la Ley se refiere únicamente a los Convenios Colectivos pactados conforme al Título III del Estatuto. No obstante, habría que considerar que sucede lo mismo cuando se pretende modificar condiciones pactadas en acuerdos de empresa o convenios colectivos extraestatutarios, en una interpretación respetuosa con el artículo 37.1 E.T., Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones...”, Op. Cit., p 211-217; ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Colección Práctica de Derecho Social, Ed. Comares, Granada 2000, pp. 51-60 y 106-111.

y posiblemente a las medidas laborales motivadas por una sucesión empresarial, no es estrictamente necesario llegar a un acuerdo para llevar a cabo la medida pretendida: sólo es preciso negociar de buena fe; si no hay acuerdo entre las partes, el empleador podrá adoptar unilateralmente la medida, sin perjuicio del control judicial posterior. En todos los casos, el acuerdo será vinculante para los trabajadores (con independencia de la posibilidad de reclamación ante los Tribunales) y para el empleador (en el sentido de que, si decide llevar a cabo la medida, ha de ajustarse a los términos acordados).

En cualquier caso, la regulación de estos procesos de negociación parte siempre de un modelo de empresa donde existen representantes unitarios de los trabajadores (incluso en los casos en los que el acuerdo sea negociado por representantes sindicales, su legitimidad se mide en función de la representación de estos Sindicatos en los órganos unitarios). No obstante, es posible plantear distintos supuestos de inexistencia de órganos unitarios de representación:

- Empresas de un sólo centro de trabajo que ocupen a menos de 6 trabajadores, o bien que tengan menos de 10 empleados y éstos no decidan por mayoría la elección de un delegado de personal.
- Empresas de varios centros de trabajo en las que se cumplen los requisitos para obtener representantes de los trabajadores si se considera la plantilla en su globalidad, pero no si se atiende a cada centro de trabajo por separado, y donde no es posible la constitución de Comités Conjuntos. La reciente jurisprudencia del TS impide la constitución de “delegados de personal conjuntos”, así como la consideración indistinta de la empresa o el centro de trabajo para configurar la representación⁵.
- Empresas que deberían contar con representantes, de acuerdo con los artículos 62 y 63, pero que carecen de éstos por no haber sido elegidos (debido a la ausencia de candidatos, falta de promoción, elecciones aún no celebradas, cese sobrevenido en su cargo de los representantes, incremento sobrevenido del número de trabajadores, etc.).

En estos supuestos, la Ley exige un procedimiento de negociación con los representantes de los trabajadores, sin indicar quiénes serán estos representantes. Por tanto nos encontramos, al menos prima facie, con una laguna normativa⁶.

⁵SSTS 31-1-2001 (Ar. 2138) y 19-3-2001 (Ar. 3385).

⁶“Las lagunas se producen, según vemos, cuando la ley no puede resolver un problema planteado por la ley”, LACRUZ BERDEJO et alia [puesto al día por DELGADO ECHEVARRÍA, J.], *Elementos de derecho civil. I Parte General*. Dykinson, Madrid, 1999, p. 247. En el caso de la sucesión de empresas, el artículo 44.7 E.T., establece, para el supuesto de ausencia de representantes, la información directa a los trabajadores afectados, transponiendo el art. 7.6 de la Directiva 2001/23/CE; el inciso se refiere a la información que ha de aportarse sobre determinados aspectos de la sucesión (entre los que se encuentran las medidas laborales a aplicar), y no estrictamente al proceso de negociación previsto en el artículo 44.9 E.T. No obstante entendemos que el punto 6 del artículo 7 se configura como una excepción al artículo en su totalidad, es decir, en el caso de que el artículo no fuera aplicable por no haber representantes de los trabajadores, al menos deberá informarse a los trabajadores de la medida. Interpretando el artículo 44.9 de esta manera, hemos de concluir que no existe laguna normativa en lo que refiere a la sucesión empresarial.

Sería deseable una reforma legislativa en este punto que estableciera de manera clara alguna solución para el supuesto que nos ocupa⁷. En tanto esta modificación se produzca, el intérprete del Derecho ha de ofrecer una respuesta al problema, ya sea mediante la interpretación de las normas vigentes (en cuyo caso, la laguna sería sólo aparente) o mediante la integración (analogía y principios generales del Derecho).

2. POSIBLES SOLUCIONES

2.1. Convocatoria de elecciones a representantes de los trabajadores

En caso de que se celebraran dichas elecciones, los representantes elegidos en ellas estarían evidentemente legitimados para pactar acuerdos de reestructuración empresarial. No obstante, esta solución carece de operatividad, dado que las elecciones “sindicales” se llevan a cabo mediante un procedimiento estrictamente regulado, que puede prolongarse durante bastante tiempo, mientras que el propósito de la norma es proporcionar una rápida solución negociada a una decisión empresarial, que, por su propia naturaleza, exige la mayor celeridad. Además de lo anterior, la celebración de elecciones sólo sería posible en los casos en los que la Ley permita o exija la constitución de representantes unitarios, supuesto que, como hemos visto, no se produce en todos los casos.

2.2. Imposibilidad de llevar a cabo la medida empresarial

Podría interpretarse la norma en el sentido de que el empresario no puede llevar a cabo la medida pretendida, debido a la imposibilidad de cumplir con uno de los requisitos que se exigen: la iniciación de un proceso de negociación colectiva⁸. Dicha interpretación nos parecería excesiva, dado que la norma, con carácter general, únicamente condiciona el ejercicio de la potestad empresarial a la concurrencia de causa suficiente y, posteriormente, establece limitaciones

⁷ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 11/94, tanto el Grupo Mixto del Congreso como el del Senado propusieron enmiendas en el sentido de prever el nombramiento, en el plazo de tres días, una comisión de trabajadores en caso de ausencia de representantes, Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, V Legislatura, Congreso de los Diputados, serie A, 1-2-1994, n° 42-2 enmiendas 32, 33 y 34; así como Senado, serie II, 15-4-1994, n° 26 b).

⁸ Esta interpretación podría subyacer a la afirmación realizada obiter dicta por el TS en la sentencia de 31-1-2001 (Ar. 2138): “*Pero también la empresa que no cuenta con representantes de los trabajadores puede verse privada de los importantes instrumentos de gestión previstos en los artículos 34.2. y 3, 40.2, 41.2, 47 y 51.2 ET, puesto que todos exigen consultas con los representantes de los trabajadores*”, si bien la ambigüedad de la expresión, así como su falta de conexión con el caso concreto que se enjuiciaba aconsejan que sea tomada con cautela.

de orden procedimental, entre ellas la iniciación del período de consultas; por tanto, si se siguiera esta rígida interpretación, aunque la medida empresarial estuviera plenamente justificada de acuerdo con la formulación legal, sería imposible llevarla a la práctica debido a una causa no imputable al empresario (en muchos casos, la propia dimensión de la empresa, produciéndose un perjuicio indirecto a las pequeñas empresas en contra del propósito de la norma). Pero, sobre todo, deslegitima esta posible interpretación el hecho de que, en la mayoría de los casos no es necesario que se llegue a un acuerdo para que el empresario pueda llevar a cabo estas medidas laborales (podrá aplicarlas unilateralmente en algunos casos, con autorización de la Autoridad pública en otros).

2.3. Exención del trámite de consultas

Partiendo del razonamiento anterior, podría plantearse como una buena solución que el procedimiento siguiera su camino como si no hubiera sido posible llegar a un Acuerdo, en aplicación del principio *ad impossibilia nemo tenetur*: “nadie está obligado a lo imposible”. De este modo, el empresario podría solicitar la correspondiente autorización para llevar a cabo un despido colectivo o una suspensión por causas económicas y empresariales; asimismo, no podría en ningún caso tomar medidas laborales que implicaran modificaciones a condiciones de trabajo reconocidas por acuerdos o Convenios Colectivos⁹ y podría unilateralmente efectuar traslados (notificando a la Autoridad Laboral) o modificar otras condiciones de trabajo disfrutadas a título colectivo.

Esta interpretación presenta los siguientes problemas:

- Parece contraria al carácter imperativo que presenta la formulación legal: “[...] deberá ir precedido [...]”, “Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión [...]”, “[...] el procedimiento se iniciará [...] la apertura simultánea de un período de consultas” etc. La Ley está exigiendo que se inicie esa negociación, sin prever el supuesto de ausencia de representantes, y en todo caso la regulación parte de la base de que esta negociación se ha producido, haya sido exitosa o no. Cabe plantearse además si, en materia de despidos colectivos, la exención del trámite de consultas pudiera ser contraria al Derecho Comunitario, concretamente a la Directiva 98/59/CE¹⁰,

⁹ROMÁN DE LA TORRE, M^a D., Modificación... Op. Cit., pp. 81-82; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenios Colectivos*, CES, Madrid, 1996, p. 116.

¹⁰Asimismo, la reciente Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea establece la necesidad de consultar a los representantes de los trabajadores para tomar aquellas decisiones que provocaran cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo [artículo 4.2. c)], por lo que, transcurrido el plazo de transposición, podría analizarse si se infringen las normas comunitarias en otras materias distintas del despido.

origen del procedimiento previsto en el artículo 51. Teniendo en cuenta los umbrales previstos en la norma comunitaria, así como la consideración del centro de trabajo como el ámbito en el que se computa el número de trabajadores a efectos de determinar si se sobrepasan tales umbrales, sólo podría existir una cierta discordancia en supuestos en los que la Ley prevé la existencia de representantes, pero éstos no se han elegido. La mencionada Directiva no establece solución alguna para el supuesto de inexistencia de representantes, pero, a nuestro juicio, la finalidad de la norma comunitaria exige una interpretación extensiva de su contenido, de modo que sería necesario consultar a los trabajadores o a representantes elegidos para ese concreto supuesto (si bien la Directiva no impone en ningún caso un deber de negociar).

- Por otra parte, la exención del trámite de consultas resulta asimismo contraria a la finalidad de la norma española, puesto que lo que ésta pretende es dar participación a los trabajadores (a través de sus representantes) ante determinadas decisiones empresariales que pudieran provocar un conflicto de cierta importancia, para permitir la canalización de este conflicto por medios pacíficos. La ausencia de representantes en estos casos provocaría que los trabajadores quedarán “sin voz” ante estas medidas colectivas, sin posibilidad de proponer alternativas menos traumáticas que la decisión empresarial. La medida de reestructuración se aplicaría en todos sus términos sin siquiera escuchar a los trabajadores, o bien con la mera voluntad unilateral del empresario, o bien con la aprobación de la Autoridad Laboral (las exigencias de congruencia impedirían a ésta imponer medidas alternativas). En el caso de que fuera necesaria la modificación de condiciones reguladas por Convenio Colectivo y ello fuera jurídicamente imposible, el empresario podría verse obligado a acudir a expedientes de regulación de empleo para extinguir los contratos, medida menos intensa desde un punto de vista estrictamente jurídico¹¹, pero más conflictiva desde la óptica de los trabajadores y contraria al objetivo normativo de salvaguardar el empleo (o incluso la adopción de estas modificaciones podría considerarse necesaria en el marco de un expediente de regulación de empleo para atenuar la afectación o las consecuencias del despido).

¹¹Desde esta perspectiva, la posibilidad de alterar unilateralmente condiciones de trabajo establecidas en normas producto de la autonomía negocial, afecta al sistema de fuentes y vacía de contenido la fuerza vinculante de la negociación colectiva reconocida en la Constitución; todo ello implica que estas medidas de modificación son jurídicamente más intensas, aunque menos conflictivas, que los despidos realizados por causa legal.

Por todo ello, antes de proceder a la exención del “período de consultas”, es necesario forzar al máximo la interpretación de las normas existentes y los mecanismos de integración, habiéndose de continuar el procedimiento como si no se hubiera llegado a un Acuerdo sólo en los casos en que no quede otra alternativa¹².

2.4. Negociación con la totalidad de los trabajadores

Puesto que hemos considerado necesario que los trabajadores participen de algún modo en estas decisiones de gestión empresarial, aunque no existan representantes unitarios, cabe plantearse si la negociación podría llevarse a cabo con la totalidad de los trabajadores de la empresa¹³.

El artículo 37.1 de la Constitución garantiza el derecho de negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Por tanto, el propio concepto constitucional de negociación colectiva se halla indisolublemente unido a la existencia de representación de los trabajadores, ya sea ésta legal o sindical; la negociación directa entre el empresario y una pluralidad de trabajadores no puede tener efectos colectivos, sino, en todo caso, la eficacia que el Derecho otorga a los pactos individuales, de modo que la existencia o no de representación señalaría la diferencia entre negociación colectiva y contratación individual en masa¹⁴. La institución de la representación no sólo tiene por objeto facilitar la fluidez de la comunicación entre empresa y trabajadores (lo cual pudiera no ser necesario en empresas de reducida dimensión, que son las más propensas a carecer de representantes unitarios por razones legales y sociológicas), sino también caracterizar sujetos colectivos, protegidos con las debidas garantías, para defender intereses colectivos, puesto que los trabajadores, por separado, normalmente carecen de poder negocial suficiente para oponerse a la voluntad del empleador; la calificación de estos acuerdos plurales como “convenios extraestatutarios” depende de nuestro posicionamiento ante la eficacia de dichos convenios pero en cualquier caso, estos acuerdos pactados sin la concurrencia de representantes de los trabajadores no pueden verse amparados por la

¹²“Evidentemente, esta última es una solución extrema que únicamente debe tomarse en consideración cuando no haya otra alternativa”; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *La comisión negociadora del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 167

¹³“(…) es evidente que no puede negarse, que en ausencia de tales representaciones, sea el conjunto de trabajadores de la organización productiva afectada el que defienda sus propios intereses, puesto que lo contrario supondría extirpar toda posibilidad de defensa de sus intereses por vías pacificadoras” MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El Despido Colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 167.

¹⁴ Sobre acuerdos individuales en masa, Vid., SSTS 18-4-1994 (Ar. 3254) y 21-3-1995 (Ar. 2175) y STSJ (Social), Andalucía, Granada, de 22-9-1992.

“fuerza vinculante” a la que hace referencia el artículo 37.1. de la Constitución¹⁵; por tanto, con mayor razón habríamos de negar también que de este modo se pudieran pactar acuerdos colectivos cuya especial eficacia viene otorgada por la Ley, para los cuales se establecen especiales requisitos de legitimación¹⁶.

Podría abordarse este problema desde la consideración de la Asamblea de trabajadores como un órgano de representación que defiende un interés colectivo por encima de los intereses individuales de los trabajadores reunidos¹⁷, otorgando así efectos colectivos a los acuerdos entre el empresario y la Asamblea con el voto mayoritario de los trabajadores. En nuestra opinión, aunque en determinadas ocasiones el Estatuto de los Trabajadores confiere relevancia a los acuerdos asamblearios, ello no permite considerar esta institución como un órgano representativo¹⁸ (posteriormente consideraremos la posibilidad de que la Asamblea nombre representantes). A mayor abundamiento, la individualización de las relaciones laborales que se produce especialmente en las empresas y centros de reducida dimensión –donde es más frecuente, como hemos dicho, la ausencia de representación– impide una adecuada caracterización de intereses colectivos mediante la agregación de voluntades individuales. Las relaciones personales y directas con el empresario y la mayor relevancia de los intereses individuales cuanto más reducido es el grupo de trabajadores hacen extremadamente difícil la caracterización de un ente abstracto de carácter colectivo y representativo de la totalidad. En

¹⁵ ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, 18^a Edición, revisada, Cívitas, Madrid, 2000, pp 921 y 923.

¹⁶ Vid. SSTCT de 16-6-1987 (Ar. 14713), de 19-6-1987 (Ar. 14715 y 14717), de 22-7-1987 (Ar. 17727), de 9-5-1989 (Ar. 209); STSJ de Murcia (Social), de 3-6-1992 (Ar. 3275); SSTSJ Andalucía, Sevilla (Social), de 7-12-1999 (Ar. 539/2000) y 23-5-2000 (Ar. 4643) todas ellas sobre la celebración de supuestos “Convenios Colectivos” con la totalidad de los trabajadores de la empresa. En contra, la STSJ (Social) de Aragón, de 26-1-1994 (Ar. 34) admite la posibilidad de pactar Convenios Colectivos estatutarios de empresa en pequeñas empresas carentes de representación con el acuerdo mayoritario de los trabajadores; su argumentación inexplicablemente reduce la finalidad de la institución representativa a la facilitación de las relaciones entre el empresario y sus empleados, asumiendo que en una empresa de 8 trabajadores dicha representación no es necesaria.

¹⁷ “La reunión de los trabajadores pues, para la adopción de decisiones comunes, generadora de una voluntad diferenciada que trasciende la de cada uno de los componentes del grupo, y adquiere por ello carácter colectivo, es el sustrato o fundamento de la asamblea, cuya regulación ha de partir de tales postulados para su delimitación más exacta” CUEVAS LÓPEZ, J., *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 90

¹⁸ “(...) en ningún caso prevé o posibilita la figura del representante asambleario y es dudoso que esta figura pueda ejercer funciones de representación vinculantes para el conjunto de los trabajadores, LIMÓN LUQUE, M.A., *Derecho de reunión y relaciones laborales: el derecho de asamblea en la empresa*, CES, Madrid, 1996, p. 129. Respecto a la eficacia de los acuerdos asamblearios Vid. Loc. Cit. pp. 348 y ss.

cualquier caso, aún considerando a la Asamblea como un órgano de representación, no encontramos ninguna norma legal que le conceda legitimidad para pactar acuerdos con la especial eficacia que el Estatuto otorga¹⁹.

Quizás consciente de esta falta de legitimidad de los acuerdos adoptados en Asamblea, la Jurisprudencia del TS, en el marco de los expedientes de regulación de empleo viene a exigir la unanimidad de los trabajadores en lugar de la decisión mayoritaria²⁰. A nuestro parecer, esta doctrina jurisprudencial es completamente errónea, y ello porque la suma de las voluntades individuales de los trabajadores sin la concurrencia de representantes no puede gozar en ningún caso de efectos colectivos, por más que sean todos los trabajadores los que apoyan la medida empresarial, sino únicamente de efectos individuales si los términos y la forma del acuerdo lo permiten. De este modo, si todos los trabajadores aprueban finalmente la extinción de sus contratos, no estamos ante un despido, por más que la iniciativa haya partido del empresario, sino que podríamos estar ante una extinción plural con arreglo al artículo 49.1. a) del Estatuto; en el caso de la suspensión nos encontraríamos en el supuesto de hecho del artículo 45. 1 a) E.T.; la causa inmediata de la extinción o suspensión sería la voluntad de las partes, a pesar de que la causa remota haya sido de orden económico, tecnológico, organizativo o productivo; resulta por ello absurdo pedir a la Administración que autorice una extinción o suspensión del contrato de trabajo que ya puede surtir efecto con arreglo a la voluntad manifestada por las partes. De igual modo, podría modificarse el lugar de prestación o las condiciones de trabajo –siempre que no se afectara a la eficacia vinculante de eventuales convenios y acuerdos colectivos–, mediante novación contractual entre las partes. En definitiva, estos acuerdos únicamente desplegarían eficacia contractual, y serían válidos, salvo en el caso de que sobrepasaran los límites legales o convencionales, o se advirtiera fraude, engaño o abuso de autoridad.

¹⁹ “Debe ser subrayado, en todo caso, que en sentido técnico-jurídico no puede hablarse de proceso de consultas en aquellos supuestos en que intervienen los trabajadores en nombre propio por no existir representación colectiva. De manera que el expediente se resuelve con un pronunciamiento de la Autoridad Laboral sobre el fondo del asunto. Los posibles ‘acuerdos’ individuales a los que se llega informalmente no pasan de ser ‘meros elementos de convicción’ en la resolución del expediente de amortización, no pudiendo equipararse en sus efectos al acuerdo del artículo 51.4 E.T.”, NAVARRO NIETO, F., *Los despidos colectivos*, Cívitas, Sevilla, 1996, p. 150

²⁰ SSTS (Contencioso-administrativa) de 24-9-1986 (Ar. 4646) y de 22-4-1989 (Ar. 2878); la STS (Contencioso-administrativa) de 21-9-1995 (Ar. 6616) no cuestiona la doctrina de las anteriores, aunque en este caso ambas partes tenían por cierto que la falta de negociación con la totalidad de los trabajadores constituía una irregularidad. Esta doctrina del TS se refiere a la normativa anterior a 1994; en la actualidad, los acuerdos de de reestructuración empresarial se constituyen con mayor claridad como manifestaciones de la negociación colectiva, por lo que podría variar la línea interpretativa.

2.5. Consulta con la totalidad de los trabajadores sin efectos colectivos

De acuerdo con lo anteriormente argumentado podría plantearse una interpretación extensiva conforme a criterios teleológicos de los preceptos correspondientes, de modo que el empresario estaría obligado a consultar –ahora en el sentido estricto de la palabra– a la totalidad de los trabajadores (en caso de que no hubiera representantes), para realizar reestructuraciones empresariales de carácter colectivo²¹. El resultado de este período de consultas no podría ser nunca un acuerdo de efectos colectivos, pero al menos se daría la posibilidad a los trabajadores de participar en la decisión empresarial y de proponer alternativas a la misma; en algunos casos, el empresario podría llegar a acuerdos individuales o plurales con todos o algunos trabajadores, dentro de los límites de la Ley y de la eficacia vinculante de los Convenios, pero en lo demás, habría de proseguirse como en el caso de que existieran representantes pero no fuera posible llegar a un acuerdo.

Esta opción interpretativa nos resulta bastante más satisfactoria que las anteriores; no obstante, en nuestra opinión, la Ley exige inequívocamente que se inicie un procedimiento de auténtica negociación, aunque no haya previsto el supuesto de ausencia de representantes. Por ello, antes de aceptar esta interpretación, hemos de determinar si es posible integrar el vacío normativo mediante la aplicación de una norma distinta del Estatuto de los Trabajadores o bien mediante la analogía legis o la analogía iuris²².

2.6. Integración del vacío mediante la negociación colectiva

En lo que refiere a la primera posibilidad (integración mediante normas ajenas al Estatuto de los Trabajadores), cabe plantearse la posibilidad de que sea la negociación colectiva la que solucione los problemas ocasionados por el vacío legal²³; de este modo, el Convenio sectorial aplicable podría determinar qué ha de entenderse por “representantes de los trabajadores” a efectos de reestructuraciones empresariales cuando estos no existieran, establecer un procedimiento para la designación de los mismos, o legitimar a los sindicatos más representativos para la defensa de los intereses de los trabajadores en estos

²¹ También podría argumentarse que, aún existiendo vacío legal, podría aplicarse analógicamente el artículo 44.7, solución que hemos adoptado para el supuesto del 44.9. No obstante, basábasemos nuestra aplicación en una interpretación sistemática de la Directiva 2001/23 y entendemos que su aplicación a supuestos distintos de la sucesión sería extralimitada.

²² Sobre la diferencia entre ambas técnicas de integración, Vid., LACRUZ BERDEJO *et alia*, *Op. Cit.*, pp 254-256, Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Vol 1. Introducción, derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 177-178.

²³ SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C.L., PEDRAJAS MORENO, A., *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo blanch, Colección Laboral, nº 27, Valencia, 1996, p. 53.

supuestos. Estimamos que ello no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, dado que la determinación de los “representantes de los trabajadores” a los que hace referencia el artículo 37.1, es decir, las personas legitimadas para llevar a cabo la negociación colectiva cuya fuerza vinculante se garantiza, corresponde exclusivamente a la Ley en sentido estricto (artículo 53.1 de la Constitución), que en todo caso deberá respetar el contenido esencial del Derecho. Ciertamente es que por imperativo constitucional se admite la posibilidad de pactar convenios colectivos extraestatutarios por representantes distintos de los establecidos en la Ley, pero en el caso objeto de nuestro estudio nos encontramos ante una modalidad de negociación colectiva prevista y exigida por la Ley, cuya eficacia viene determinada por la regulación del Estatuto, y entendemos que sólo una norma de rango legal podría establecer criterios de representatividad suficiente para pactar acuerdos “estatutarios”²⁴. De otro modo, las partes legitimadas para pactar convenios sectoriales podrían igualmente atribuirse legitimación suficiente para firmar convenios estatutarios de empresa en el sector correspondiente, ignorando la previsión legal que exige determinados requisitos de representatividad en la propia empresa para que el acuerdo firmado por las representaciones sindicales sea válido.

2.7. Designación de representante o comisión ad hoc por medio de la Asamblea

Puesto que ninguna norma de rango legal prevé expresamente la solución a la ausencia de representantes de los trabajadores legitimados para negociar acuerdos de reestructuración empresarial, el siguiente paso es examinar si es posible integrar el vacío normativo mediante la aplicación analógica de otras normas del Estatuto de los Trabajadores, previstas para supuestos distintos. A este respecto, hay que tener en cuenta la similitud de las exigencias de legitimación en este tipo de acuerdos con las normas previstas para los Convenios Colectivos estatutarios típicos del Título III del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, encontramos en el artículo 87.1 un supuesto de legitimación que no exige la existencia de representantes unitarios: la posibilidad de que los trabajadores que se verían afectados por el acuerdo, reunidos en Asamblea, designen una representación sindical con implantación suficiente. Cabe plantearse, por tanto, la posible aplicación analógica de este precepto²⁵. Para aplicar la analogía legis, el artículo 4 del Código Civil nos exige, como es sabido,

²⁴En contra, Vid. STSJ (Social) de Galicia de 9-7-1998 (Ar. 1928), que permite a un Convenio establecer que la distribución de la jornada laboral sea modificada por acuerdo entre empresarios y trabajadores por el procedimiento del artículo 41. Puesto que en la empresa no existían representantes de los trabajadores y la dicción literal del texto convencional no hacía referencia a representación alguna, se admite el pacto con el grupo de trabajadores.

²⁵CRUZ VILLALÓN, J., “Las modificaciones sustanciales...”, Op. Cit., P. 232.

la concurrencia de dos circunstancias: la semejanza de los supuestos de hecho y la identidad de razón.

En lo que refiere al primero de los requisitos, en nuestra opinión nos encontramos efectivamente ante dos supuestos semejantes, dado que en ambos se trata de designar una representación que ostente legitimación suficiente como para otorgar una especial eficacia al acuerdo o Convenio que se va a pactar; no obstante, encontramos difícil en la generalidad de los casos la apreciación de identidad de razón. La norma del artículo 87.1. no trata de solventar el problema de la inexistencia de representación unitaria –para su aplicación es indiferente que esta representación exista o no–; sino que su fundamento es permitir la posibilidad de pactar Convenios Colectivos estatutarios que afecten a una parte de los trabajadores de la empresa, o, dicho con mayor concreción, a un grupo de trabajadores caracterizado por algún rasgo objetivo y determinable, como la categoría profesional (puesto que el Convenio tendrá una eficacia general)²⁶; puesto que este acuerdo “de franja” pretende afectar exclusivamente a un sector determinado de los trabajadores, con intereses específicos, la Ley permite una modalidad alternativa de representación, distinta de aquella que defiende los intereses de la totalidad de los empleados. Nunca podría utilizarse este procedimiento para pactar Convenios Colectivos estatutarios que afectaran a la totalidad de los trabajadores de la empresa, porque ello vulneraría tanto la literalidad, como la finalidad del precepto. Por tanto, sólo sería posible aplicar automáticamente esta norma, mediante la técnica de la analogía legis cuando la reestructuración empresarial afectara a un grupo de trabajadores de la empresa, determinable en abstracto mediante criterios objetivos.

Sin embargo, en nuestra opinión es posible llegar a una solución idéntica –designación de una representación sindical– mediante la técnica de la analogía iuris. En lugar de extraer el principio de aplicación de una sola norma, habríamos de determinar uno o varios principios del conjunto del ordenamiento jurídico, incluyendo el citado precepto del artículo 87.1. E.T. Tales principios serían, a nuestro juicio, los siguientes:

- El derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical [artículo 28.1 de la Constitución, de acuerdo con la interpretación reiterada del Tribunal Constitucional, así como artículo 2.2 d) LOLS]. Por ello, cualquier Sindicato válidamente constituido tiene capacidad para pactar Convenios y Acuerdos Colectivos de eficacia vinculante.

²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F., “La negociación colectiva en las empresas sin representantes legales de los trabajadores”, REDT 70/1995, p. 234.

- No obstante, para atribuir a los Convenios Colectivos de empresa la especial eficacia que la Ley concede, las organizaciones sindicales firmantes han de gozar de representación suficiente (artículo 87.1. E.T.) en el ámbito de la empresa. Incluso los Sindicatos más representativos, que, con carácter general pueden pactar Convenios de eficacia *erga omnes* en todos los ámbitos funcionales y territoriales, necesitan esta representatividad específica en la empresa. La razón para ello es, en nuestra opinión, la conciencia del legislador de que el conjunto de los trabajadores de la empresa podría percibir a los Sindicatos como organizaciones alejadas de su realidad y de sus intereses, de modo que el Convenio resultante generaría una situación conflictiva en lugar de canalizar el conflicto existente.
- Este refrendo de los trabajadores viene dado, indirectamente, por la presencia sindical en los órganos unitarios de representación en el centro de trabajo. En un caso concreto, el de los Convenios de franja, se permite que este reconocimiento de la representatividad se otorgue a los únicos efectos de la negociación, exigiéndose determinados requisitos para garantizar el carácter democrático del referéndum (artículo 80 E.T.). En el supuesto excepcional que nos ocupa, teniendo en cuenta que la Ley exige la negociación, pero no existen representantes, podríamos aplicar el mismo principio de reconocimiento *ad hoc* de la representatividad de un órgano sindical (que ya de por sí posee competencias negociales), mediante una votación sometida a determinados requisitos formales para garantizar los valores democráticos de nuestro ordenamiento. Si los trabajadores han designado a un representante sindical para defender sus intereses, quiere decir, evidentemente, que no perciben a ese concreto Sindicato como alejado de su realidad.

Esta solución no resulta del todo satisfactoria, debido a la escasa implantación sindical en las pequeñas empresas²⁷ (ámbito donde es más común la ausencia de representantes unitarios). Cabe por ello preguntarse si la comisión *ad hoc* designada para la negociación de Acuerdos de reestructuración ha de ser necesariamente sindical. Gran parte de la doctrina se ha mostrado partidaria de entender posible la designación de un representante o comisión por la Asamblea, sin que hayan de ser forzosamente representaciones sindicales, afirmando que fortalece esta hipótesis la previsión del artículo 4 del RD

²⁷ Vid. MIGUÉLEZ LOBO, F., LÓPEZ ROLDÁN, P., "El trabajo en la pequeña empresa española. ¿Una perspectiva alternativa?", *Papers: Revista de Sociología*, nº 32, 1989, pp. 68-72; LOVE-MAN, G., SENGENBERGER, W., "Introducción: reorganización social y económica en el sector de la pequeña y mediana empresa", en AAVV (Cordenadores Werner Sengenberger, Gary Loveman, Michael Piore) *Los distritos industriales y las pequeñas empresas. II. El resurgimiento de la pequeña empresa*, Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 61-64.

43/1996, de 19 de enero sobre procedimientos de regulación de empleo²⁸. Según este artículo, en caso de no existir representantes, los propios trabajadores podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo designar hasta un máximo de 5 representantes si su número es superior a diez.

A nuestro juicio, este precepto reglamentario es irrelevante para el asunto que nos ocupa, y ello por las siguientes razones:

- Se refiere exclusivamente a los expedientes de regulación de empleo y no a otros supuestos en donde no existe procedimiento administrativo (modificación sustancial, traslados).
- Se refiere exclusivamente a la comparecencia como interesados en un procedimiento administrativo y no a la legitimación para negociar. Por más que sea deseable que sea la misma persona la que negocie y comparezca en el proceso, ambas cuestiones distan mucho de ser análogas.
- Admite la posibilidad de comparecencia de todos los trabajadores si su número no es superior a diez. Esto no sería posible en la negociación, como ya hemos indicado.
- Por último, pero no por ello menos importante, en caso de que el reglamento estableciese las reglas para determinar la legitimación para pactar acuerdos “estatutarios”, incurriría en inconstitucionalidad, de acuerdo con la reserva de Ley antes señalada.

No obstante sería preciso analizar si podría establecerse la posibilidad de un delegado o comisión ad hoc por medio de la analogía iuris, de manera similar a lo mencionado para las representaciones sindicales. A este respecto habríamos de señalar los siguientes principios:

- Los representantes unitarios están legitimados para pactar Convenios Colectivos estatutarios de empresa (artículo 87.1)
- La legitimidad democrática de estos representantes viene dada por el voto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mediante sufragio personal, directo, libre y secreto (artículo 69.1. E.T.)
- El procedimiento de elección (artículos 67 y 69-76 E.T y RD 1844/1994 de 9 de septiembre) está sometido a un gran número de garantías que implican su dilatación en el tiempo; por ejemplo, tiene que haber al menos un mes de antelación desde la promoción hasta el inicio del proceso electoral, la Mesa debe establecer un plazo para la presentación de candidaturas, entre la proclamación de candidatos y la votación mediarán al menos cinco

²⁸ ALEMÁN PÁEZ, F., La movilidad geográfica: problemática social y régimen jurídico, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 136-137, NAVARRO NIETO, F., Los despidos colectivos, Civitas, Sevilla, 1996, pp. 151-152, AGUILAR PÉREZ, C., y PÉREZ DEL RÍO, T., “El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales”, en AAVV (coord. Jesús Cruz Villalón), Los despidos por causas económicas y empresariales, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 134-135, AGIS DASILVA, M., El lugar de trabajo: fijación y modificación, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 343.

días, etc. Los trabajadores elegidos mediante este procedimiento estarían legitimados para negociar Convenios y Acuerdos Colectivos, pero, como hemos indicado, la lentitud del proceso no se adapta a la celeridad necesaria en los casos de reestructuraciones empresariales.

- No obstante, la justificación de todas estas garantías procedimentales no siempre tendría sentido a efectos de designación de una comisión ad hoc. El procedimiento de elecciones sindicales es especialmente formal debido al hecho de que los representantes tendrán gran cantidad de competencias y su mandato ha de durar cuatro años, pero sobre todo debido a que los resultados de estas elecciones se utilizan como criterio para determinar la representatividad sindical. Asimismo, en ocasiones la finalidad de estas normas procedimentales es ordenar correctamente el proceso de votación en los centros con un gran número de trabajadores, por lo que van perdiendo sentido conforme el número de empleados del centro descende. Debemos extraer de estas normas procedimentales únicamente los principios que sean de aplicación al caso concreto para el que se crea la representación, y aplicarlos, *mutatis mutandis*, para integrar la laguna normativa.
- El artículo 87.1. prevé además como hemos visto, la designación de representantes sindicales para negociar mediante el voto personal, libre, directo y secreto realizado por la Asamblea de trabajadores, sin mayores requisitos formales.

A nuestro juicio, en términos generales bastaría con la elección en Asamblea de uno o varios representantes, mediante sufragio personal, directo, libre y secreto (artículos 69 y 80 E.T.); podrían ser electores todos los trabajadores de la empresa y elegibles aquellos que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 69.2. E.T., salvo que ningún trabajador tuviera la antigüedad suficiente, en cuyo caso bastaría, a nuestro juicio, la mayoría de edad. No sería necesaria la promoción de elecciones, bastando con el eventual acuerdo mayoritario en la Asamblea, y la presentación de candidaturas podría realizarse de cualquier modo adecuado al caso concreto, siempre que se garantizara el carácter democrático y la transparencia del proceso. Sería preciso informar de esta designación, en todo caso a la empresa, y a la Administración en caso de que hubiera de participar en el procedimiento de reestructuración. Tendría que darse suficiente publicidad a la elección, de modo que todos los trabajadores conocieran este hecho y pudieran intervenir. Por último, habría que aplicar, *mutatis mutandis* a los representantes electos, las garantías previstas en el artículo 68 en la medida en que fueran necesarias para ejercer las competencias de negociación, y sólo en lo referente a estas competencias.

Debido a esta última apreciación, entendemos que no podrían designarse (sin el consentimiento del empleador) más representantes de los que la Ley permite, con el mínimo de un representante cuando no esté prevista la existen-

cia de delegado de personal alguno (ya que la calificación de la medida como colectiva y la exigencia de negociación presuponen que existe un interés colectivo que defender). Desde luego podría negociar *de facto* una representación de los trabajadores más numerosa, pero sólo aquellos formalmente designados tendrán jurídicamente el poder de decidir. El efecto del incumplimiento de este requisito sería el decaimiento del deber de negociar de buena fe por parte del empresario (en ningún caso implicaría la anulación del acuerdo).

3. CONCLUSIÓN

Cuando un empresario pretenda llevar a cabo una reestructuración empresarial de carácter colectivo y la empresa carezca de representantes unitarios de los trabajadores, deberá iniciar un período de consultas con la totalidad de los empleados, para que éstos puedan plantear posibles alternativas. En el curso de estas consultas, los empleados, reunidos en Asamblea y mediante acuerdo mayoritario, podrán designar si así lo desean un representante o comisión *ad hoc* con legitimación para negociar el correspondiente acuerdo con el empresario. Esta representación podría o no ser de carácter sindical, estableciéndose un paralelismo con la regulación positiva (que se refiere al doble canal de representación al regular la representación de los trabajadores legitimada para pactar estos acuerdos). Si esta designación no se produjera, habrá de procederse como en el caso de que hubieran existido representantes y no se hubiera llegado a ningún acuerdo.

En cualquier caso, para garantizar el cumplimiento del principio de seguridad jurídica, es necesario que el legislador reforme los preceptos correspondientes, introduciendo alguna solución expresa para el actual vacío legal.