

ASPECTOS SINDICALES DE LA SEGREGACION Y ESCISION DE EMPRESAS

Víctor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto

En recuerdo del Excmo. Sr. Don Blas Oliet Gil, ejemplo de Juez sabio e infatigable, pionero en sus sentencias de numerosas tesis definitivas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, maestro, padre y amigo inigualable.

Naturaleza jurídica de la segregación de actividades

La cuestión relativa a la separación de actividades prevista en la Ley es aquella que afecta, en un plazo más o menos largo, a las empresas existentes y en funcionamiento que, en un momento determinado, las desarrollan de forma integrada bajo una sola personalidad jurídica.

Resulta también presupuesto básico, diseñado por la Ley, que tal separación ha de realizarse aplicando el régimen jurídico de las *aportaciones de ramas de actividad* previsto en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, lo que significa, a los efectos que aquí interesan que la rama de actividad desgajada, entendiéndose por tal «el conjunto de elementos que constituyan un unidad económica autónoma» se aportará en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 2 de la Ley 29/1991, esto es:

«Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad la totalidad de una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de valores representativos del capital social de la entidad adquirente.»

La Escisión de Sociedades Anónimas, desde el punto de vista mercantil, se regula en los artículos 252 y ss. del Real Decreto Legislativo 1.564/89, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). La consecuencia inmediata de la escisión de una o varias ramas de actividad en favor de una Sociedad nueva es la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios so-

ciales a la Sociedad beneficiaria que, de este modo, adquiere por sucesión universal los derechos y obligaciones de la Sociedad preexistente, pues el artículo 254 de la LSA remite al régimen jurídico de la fusión, entendiéndose que las referencias a la sociedad absorbente, en la fusión, equivalen a referencias a la Sociedad beneficiaria en la escisión.

Contiene la norma mercantil una norma sobre intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso de fusión/escisión, a través del derecho de información que les otorga el artículo 238 de la LSA y que comparten otros afectados por la fusión, como los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones. No establece la norma otra referencia expresa a las consecuencias laborales de la fusión/escisión más que la expuesta, que conecta, como se verá, con la normativa laboral sobre la cuestión.

El régimen diseñado, a efectos fiscales y mercantiles, significa que, una vez decida la escisión, la empresa transmitente aportará una rama de su actividad a una empresa nueva, lo que, a efectos laborales, conduce inexorablemente a la figura de la sucesión de empresas, y a los problemas que dicha figura produce tanto en la empresa transmitente, como en la beneficiaria de la rama de actividad.

Debe indicarse, en este sentido, que la sucesión de empresas en su más amplio sentido, ha sido objeto de regulación legal con la finalidad de asegurar que los trabajadores al servicio de las mismas permanezcan en ellas y mantengan las mismas condiciones de trabajo. El artículo 44 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (ET), y en el mismo sentido el idéntico artículo, en contenido y numeración, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, que tiene su antecedente más inmediato en el artículo 18,2 de la Ley de Relaciones Laborales y más lejano en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, obedece a esa finalidad, refiriéndose «in genere» al cambio de titularidad de la empresa en los siguientes y bien conocidos términos:

«1. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, 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, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

2. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuera declarada delito.»

El artículo 64.1. de la LET en su apartado 1.4, como competencia del Comité de Empresa, le atribuye:

«Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del “status” jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.»

La Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como su precedente, el Decreto 2.065/74, de 30 de mayo (LGSS), introduce una referencia al cambio de titularidad de la empresa al establecer en su artículo 127.2:

«En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.»

Completa el panorama normativo la Directiva del Consejo 77/187/CE, 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 casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

Como la figura jurídica sobre la que se reflexiona, aportación de rama de actividad por parte de una empresa que pervive y sigue realizando las actividades no desgajadas, a otra nueva o preexistente, debe tipificarse como de *sucesión de empresa*, a efectos laborales, la aplicación de las normas que hemos transcrito deviene inexorable.

Los Tribunales admiten, con carácter general y en principio, la corrección de estas operaciones; así lo han declarado reputando válida la «posibilidad de que una sociedad se desmembre para dar vida a un nuevo ente, en tanto no se acredite la existencia de daño o de fraude a un tercero» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT de 11 de julio de 1974) o «no se trate de burlar los derechos de los trabajadores» (STCT de 26 de septiembre de 1975), bien entendido que como se viene insistiendo, el objeto de la segregación tenga capacidad de ser susceptible de explotación aislada o autónoma, contemplando como supuestos más frecuentes el que tal segregación responda a necesidades de «fraccionamiento territorial» (STCT de 1 de octubre de 1980) o a «una división funcional de la misma» (STCT de 16 de octubre de 1980), pero sin excluir cualquier otra necesidad u objetivo que sea *real*.

En tales casos, la necesidad de la operación, su carácter y naturaleza viene impuesto por una Ley, lo que la hace inexcusable y no susceptible de ser cuestionada.

A tal efecto se hace preciso examinar la situación sindical que se produce en las empresas al tiempo de generarse una sucesión empresarial por sucesión, segregación o agrupación de sociedades.

La escisión y la sucesión empresarial

La escisión de empresas, en la forma al principio expuesta, ha de considerarse con seguridad supuesto de cambio de titularidad sometido a la normativa citada. «El cambio de titularidad» a que se refiere la normativa nacional o «los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión» de que habla el artículo 1.1 de la Directiva, comprenden expresa o tácitamente la escisión. En definitiva, como ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo interpretando el artículo 44 del ET (SS 16/6/83 —A. 3017—; 29/3/85 —A. 1454—; 11/12/85 —A. 6094—; 3/3/87 —A. 1321—; 26/5/87 —A. 3886: 26/1/87 —A. 292—; y 26/1/88 —A. 56—:

«Las normas contenidas en dicho precepto constituyen una firme garantía de la estabilidad del puesto de trabajo, que presupone la concurrencia de dos elementos o requisitos: a) Uno, el subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, o sea, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo, que comprende cualquier especie jurídica de transmisión tanto la directa como la indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero; b) otro objetivo, consistente en la entrega ejecutiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizatorio y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido.»

Resulta también admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, que la subrogación alcanza todas las condiciones laborales y de seguridad social que configuran el estatuto laboral de los trabajadores traspasados, y comprende los derechos y deberes en que se articulan tales condiciones, con independencia de su naturaleza, legal o normativa u obligacional, incluidas las denominadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social y en tal sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de septiembre de 1987.

Cuando la constitución de una nueva entidad opera, por la vía de la aportación de una unidad productiva dotada de autonomía organizativa propia, sucederá que, donde había *una* empresa aparecerán dos y sucede también que *parte* de los trabajadores de la plantilla de la empresa aportante que existía *antes*, se adscribirán después a la empresa nueva, dándose lugar también a *dos plantillas*. Se está, por ello, en presencia de una serie de situaciones, que, como se indicó antes, son más complejas que las de la transmisión de *una sola empresa* y con signo en principio contrario al de la *fusión*. Dos empresas, y en consecuencia, dos colectivos de trabajadores de origen común que integran ahora dos plantillas, reclamarán su respuesta a diversos interrogantes relativos a la relación laboral en su más amplia consideración, es decir desde el grupo y su representación o acción colectiva en la empresa con sus implicaciones sindicales, al trabajador aislado y en relación con la conservación o pérdida de su status individual. Parece por ello lo más adecuado tratar separadamente los posibles cambios operados en estas cuestiones, distinguiendo los efectos que se producen en cada una de las dos empresas en tales supuestos.

Al margen de las cuestiones mercantiles y fiscales, que no son objeto de análisis en este estudio, tampoco debe abordar el mismo los problemas laborales que podría suscitar el análisis del «modus operandi» de la escisión y aportación de las ramas o ramas de actividad, es decir si la voluntad de los trabajadores tiene relevancia en el proceso de segregación, posible oposición y fuerza de los mismos a las operaciones. Quede constancia, tan sólo, que desde un punto de vista jurídico, los trabajadores y sus representantes, no tienen acción frente a las mismas para oponerse a operaciones de tal naturaleza y que éstas cumplirán frente a los mismos comunicando a los representantes mencionados la fusión (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) y que habrán de realizar informe, con carácter previo a la ejecución de las medidas «cuando la fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo» (art. 64. 1.4. del Estatuto de los Trabajadores). El artículo 6.1 de la Directiva 77/1987 mencionada obliga al cedente y al cesionario a informar con la suficiente antelación a los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso, sobre los siguientes puntos:

- «—Motivo del traspaso.
- Consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores.
- Medidas previstas respecto de los trabajadores.»

El artículo 6.2 añade que si *el cedente o el cesionario prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán*

obligados a consultar, con la suficiente antelación, tales medidas con los representantes de los trabajadores, con el fin de llegar a un acuerdo.

La Directiva se ha aplicado en alguna ocasión por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase, en tal sentido, la Sentencia de 8 de junio de 1994.

Los problemas en la empresa aportante

A) El contrato de trabajo

Cuando no hay cambio de titularidad, con la empresa aportante al ser ella quien genera la nueva empresa, en principio no deben producirse alteraciones en el estatuto de su personal que permanece invariable, tanto en su aspecto colectivo como individual. Los trabajadores que después de segregarse la rama de actividad, permanecen al servicio de la empresa aportante, *continúan* rigiendo sus relaciones por el *Convenio Colectivo de empresa que les es propio*; las prescripciones de este Convenio *no se modifican en ningún aspecto*, incluidas aquellas cuyo significado debiera encuadrarse como *sistema complementario de Seguridad Social*; tampoco se modifican la relaciones *individualizadas*, bien por mejorar con condiciones *más beneficiosas* las generales o colectivas de Convenio, bien por tener concertado el contrato de trabajo como relación laboral especial o venir ésta sometida a contrataciones reguladas de manera diferente a la normal u ordinaria —por ejemplo, contrato en prácticas y para la formación, a tiempo parcial, fomento de empleo, etc.—, debiendo también respetarse las ofertas de empleo. El criterio, pues, en este aspecto concreto de regulación de relaciones laborales es, como se dejó dicho, que *todo siga igual*.

B) Los trasvases de trabajadores

Sin embargo, la cuestión relativa a *necesidades de personal es vidriosa*, pues que si en un principio el desdoblamiento de la plantilla y la adscripción del personal de la empresa aportante a la nueva debe realizarse y puede imponerse por razones *funcionales objetivas* de pertenencia a la unidad productiva autónoma que se transfiere con todos sus elementos y recursos, incluidos los humanos, operando a estos efectos el artículo 44,1 del ET, sin embargo, concluidas las operaciones de creación y puesta en funcionamiento de la nueva empresa, los flujos o trasvases de personal de una a otra empresa *no encuentran una justificación legal directa* que los ampare y haga subsistir en el tiempo, por lo que si se conciertan pac-

tos o se dan especiales garantías por la empresa aportante a sus trabajadores, deben de ser muy cuidadosamente elaborados los documentos que las contengan para evitar que la figura del grupo aparezca con sus inevitables e imprevisibles consecuencias, dado que el casi total silencio del Derecho positivo es en cada caso suplido por decisiones judiciales. Está claro que el reajuste de personal puede exigir el consumo de un tiempo razonable en realizarlo, al ser imposible que tenga lugar en un solo instante, con relación a todo el personal afectado. Pero no es menos evidente que su aplazamiento indefinido o por período superior al indicado como razonable generará dificultades.

Recuérdese que por *prescripción legal* contenida en el artículo 44 del ET, ambas empresas responden, en *cualquier caso* solidariamente «durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con *anterioridad* a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas», y que también responden con igual solidaridad de las *posteriores* «cuando la cesión fuese declarada delito».

C) *Las prestaciones a cargo del trabajador*

Otra cuestión es la del respeto a las condiciones de trabajo en el aspecto *funcional* o de prestación de servicios del trabajador. La aportación de la unidad autónoma a la constitución de un nuevo ente, si bien no altera las posibilidades de movilidad funcional a que se refiere el artículo 39 del ET y de movilidad de condiciones de trabajo previstas en el artículo 41 del ET, en el personal de la empresa aportante, los cambios han de promoverse en el seno de las actuales posibilidades legales, a riesgo de dar lugar, en otro caso, a una declaración de modificación injustificada.

D) *El órgano de representación del conjunto de trabajadores*

La empresa aportante puede tener Comités de empresa y delegados de personal, elegidos en ella con anterioridad a la segregación, como órganos de representación colectiva colegiada de sus trabajadores que en ese momento estaban a su servicio. Lo que ahora sucede al segregarse una rama de actividad en favor de otra empresa independiente es un descenso del número total de centros de trabajo, de sus trabajadores y electores, a los efectos del procedimiento electoral correspondiente, alteraciones que puede producirse por muchas causas, y ésta, el aludido trasvase de trabajadores, es una de ellas, sin tener anudado un determinado efecto especial por el ordenamiento jurídico, ni en consecuencia al mismo producirse un cambio en la composición de los Comités, o ser causa necesaria de su extinción. Los Comités y Delegados subsisten en la

empresa matriz y se mantienen en ella *vivos*, conservando el ejercicio de todas sus competencias y funciones dentro del marco de esa empresa.

También dispone la empresa aportante, al amparo de su Convenio Colectivo y de la legislación general, de secciones sindicales, constituidas por los Sindicatos legalmente constituidos. Tal importante variación del número de electores sobrevenida con posterioridad a su constitución, y la existencia de Secciones Sindicales exige precisar o enumerar, entre otras y como más importantes, las siguientes puntualizaciones:

a) *La adecuación de la representatividad en relación con el cambio de plantilla operado.* De ordinario la empresa aportante mantendrá sus centros de trabajo incólumes, sin perjuicio de transferir trabajadores concretos de los mismos a la nueva empresa que, a su vez desarrollará su organización territorial y funcional. Parece seguro, sin embargo, que la empresa aportante reducirá su plantilla, en beneficio de la nueva empresa y que tal disminución afectará a centros de trabajo ya existentes y que disponen de su organización representativa. El artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores, dispone a tal efecto:

«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. En su defecto dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.»

Añade el artículo 13.2 del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre, sobre elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (RDE):

«En caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo expresar en la comunicación que habrá de dirigirse a la oficina pública la fecha de publicación en el “Boletín Oficial” que corresponda del Convenio Colectivo, o bien mediante la remisión del propio Convenio, o mediante su original o copia compulsada del acuerdo suscrito entre el empresario y los representantes de los trabajadores, debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos.»

Consecuentemente, y en ausencia de previsiones en el convenio colectivo de la empresa aportante, tan sólo por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores podrán acomodarse los órganos representativos a la nueva situación de la plantilla, y, en caso de falta de acuerdo, permanecerán las cosas como están en el momento de la segregación. La doctrina así lo había entendido, ante la falta de previsión legal

expresa hasta la modificación del artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores por Ley 11/1994, de 19 de mayo, sin que la modificación introducida por la norma permita alterar tal conclusión en el supuesto de falta de acuerdo. En definitiva, la disminución dicha no debe alterarla *composición numérica del Comité* de Empresa. Este criterio fue consagrado por el TCT que en SS de 13 de junio de 1985 y 3 de octubre del mismo año declara «que la proporción entre el número de representantes y el censo de trabajadores no está referida a la dimensión de la plantilla en cualquier momento, sino a la de la fecha en la que se inició el proceso electoral».

b) *La posible producción de vacantes*. Las adscripciones de personal de la empresa aportante a la nueva empresa, si recaen en miembros del Comité de Empresa de la misma *son causa de vacante*, ya que la composición numérica del Comité debe mantenerse igual, según hemos visto, pese a la disminución de la plantilla. Estas vacantes deben cubrirse por alguno de los medios legales previstos con tal finalidad, es decir, de acuerdo con el apartado final artículo 67.4 del ET:

«En el caso de producirse vacante por cualquier causa en los Comités de Empresa o de centros de trabajo, aquélla se cubrirá automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido. Cuando la vacante se refiera a los delegados de personal se cubrirá automáticamente por el trabajador que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. El sustituto lo será por el tiempo que reste del mandato.»

El artículo 14 del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre, aclara que las comunicaciones a la oficina pública a que se refiere el artículo 67.5 del ET (en los casos de extinciones de mandato, entre otros) se harán en plazo de 10 días hábiles desde el cese.

c) *Las elecciones parciales*. Están previstas en el artículo 1, apartado 2 del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre:

«Podrán celebrarse elecciones parciales cuando existan vacantes producidas por dimisiones, revocaciones parciales, puestos sin cubrir, fallecimiento o cualquier otra causa, siempre que no hayan podido ser cubiertas por los trámites de sustitución automática previstos en el artículo 67,4 del ET. El mandato de los representantes elegidos se extinguirá en la misma fecha que el de los demás representantes ya existentes.»

Lo que significa que *sólo* en el caso de que las vacantes producidas en el Comité de Empresa aportante no se cubran *automáticamente*, es posible o caben nuevas elecciones, si bien con las limitaciones derivadas de que las mismas son *parciales*, es decir que el proceso electoral hará re-

ferencia al número limitado, menor del total, determinado por las vacantes, así como que el mandato será por *tiempo inferior* al normal de cuatro años a que se refiere el artículo 67,3 del ET, extinguiéndose el mismo coetáneamente con el de los demás representantes ya existentes, pero también significa su posibilidad de prórroga a tenor del precepto de última cita, es decir:

«Hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones.»

La *promoción de elecciones parciales es iniciativa que corresponde a los promotores ordinarios*, es decir a las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de representantes en la Empresa, o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario —art. 67, 1 del ET— *pero no a la Empresa*, debiendo ésta prestar la colaboración que el ordenamiento le atribuye en elecciones totales ordinarias. De acuerdo con el artículo 67, 5 del ET, previamente a la misma le habrá sido comunicado por el Comité de Empresa *residual* las *sustituciones automáticas* que puedan realizarse y se hayan realizado. De ser necesario celebrar elecciones, le deberá ser también comunicado el *preaviso* correspondiente con expresión de las causas que lo motivan y circunstancias concurrentes.

d) *La representación sindical*. La acción colectiva de los trabajadores en la empresa se puede ejercer por órganos no sindicales, confiarse a órganos sindicales o permitir la coexistencia y paralela acción a los dos sistemas. Las *Secciones Sindicales* son los órganos que reúnen en una empresa al conjunto de sus afiliados, pero no todas las Secciones Sindicales son iguales en orden a las funciones de acción colectiva en la empresa, pudiendo distinguirse entre ellas varios niveles o escalones atendiendo al reconocimiento legal de su representatividad.

En el *primero* de ellos deben encuadrarse a las Secciones sindicales *sin representatividad cualificada*. A ellas se refiere el artículo 8,1 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS) expresando que:

«1. Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo:

a) Constituir Secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato...»

De donde se infiere que es a los afiliados al sindicato y trabajadores de la empresa a quienes corresponde constituir la Sección sindical, sin otro condicionamiento que el de ajustarse a las previsiones estatutarias

del Sindicato. La STCT de 27 de abril de 1988 señala que el legislador ha sido deliberadamente elástico a la hora de permitir la constitución de la Sección, por lo que no caben requisitos o condiciones diferentes a los legalmente previstos, como es la exigencia de acuerdo adoptado por mayoría absoluta de los afiliados. La STCT de 13 de julio de 1988 determina que únicamente el Sindicato puede regular la forma o los trámites de constitución de la Sección sindical. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (SAN) de 26 de abril de 1990 se pronuncia en el sentido de que no cabe negar el derecho a constituir una Sección sindical de empresa con el argumento de que sería coextensa con el campo de acción del propio sindicato, cuando aquella constitución esta prevista en los Estatutos —no impugnados— del Sindicato.

En el *segundo escalón* deben encuadrarse las Secciones sindicales *del Sindicato más representativo o de los que tengan representación en los Comités de Empresa*. A las mismas se refiere el artículo 8,2 de la LOLS:

«2. Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los Comités de Empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos:»

Finalmente en el *tercer escalón*, el más importante, se encuentran aquellas Secciones Sindicales que, reuniendo determinadas condiciones, cuentan con la posibilidad de *poder estar representadas por Delegados Sindicales*. A estos últimos se refiere el artículo 10 de la LOLS, y en el supuesto de que no formen parte del Comité de Empresa, se les reconoce las mismas garantías que a los miembros de tal Comité y los derechos que con el carácter de mínimos relaciona el precepto.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer en relación con las Secciones Sindicales, y aplicando *mutatis mutandis* los argumentos utilizados en favor de la subsistencia íntegra del Comité de Empresa, puede sostenerse que las Secciones Sindicales —y en su caso Delegados Sindicales— existentes en la empresa aportante en el momento de producirse la segregación constituyente de la nueva empresa pueden mantenerse y según cual sea el escalón de encuadramiento, ejercitar o no su mandato representativo y legitimaciones negociadoras así como exigir de la Empresa las ventajas o prerrogativas que ya antes poseían, aunque no las hubieran demandado. Las circunstancias de plantilla existentes en las elecciones sindicales de las que surgió la representación unitaria constituyen la referencia más segura a la hora de aplicar el título IV de la LOLS.

Los problemas en la nueva empresa

A) *El contrato de trabajo de los trabajadores transferidos*

Contrariamente a lo que sucedía en el caso anterior, la empresa beneficiaria de la escisión se generará normalmente *ex novo* como Sociedad independiente, siéndoles de aplicación los artículos 44 del ET, el artículo 1,1 de la Directiva del Consejo 77/187/CE, de 14 de febrero de 1977, y el artículo 127.2 de la Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Con arreglo a estos preceptos y a los consignados en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, la empresa beneficiaria es heredera de la segregada en relación con los contratos de trabajo que esta última mantenía vigentes con sus trabajadores y que por razón de la transmisión son adscritos a la primera, operándose, en consecuencia, por ministerio de la Ley, la subrogación en los derechos y obligaciones laborales del empresario anterior, lo que significa que *el Convenio Colectivo de empresa mantiene su total vigencia en la nueva empresa*, si bien en su redacción aprobada *antes* de la sucesión y exigible en el *momento de ésta*, de forma y manera que a partir de tal instante se produce una separación, virtud a la cual, las variaciones que el pacto colectivo pueda sufrir no se comunican de una a otra plantilla porque lo que se negocie en una empresa sólo a los trabajadores de dicha empresa afectará como unidad autónoma e independiente, sucediendo lo propio con las alteraciones laborales colectivas que sean acordadas. Significa lo anterior que el Convenio Colectivo de la empresa *aportante se aplica en la beneficiaria como convenio propio, no por extensión, y en todas sus cláusulas y prescripciones*, incluida la relativa al *ámbito de vigencia* y su prevista revisión. El Convenio Colectivo, pues, no se extingue por sí mismo como consecuencia de la transmisión y sigue vivo en las dos Empresas, como norma reguladora propia en cada una de ellas.

Naturalmente el mantenimiento de la totalidad de derechos y obligaciones laborales existentes y derivados del Convenio, *incluyen también las mejoras de Seguridad Social* que del mismo se deriven —en tal sentido se ha manifestado la STS de 21 de septiembre de 1987—, y, por supuesto, cada trabajador en su *individualidad* conserva, si las tiene, todas las peculiaridades de su contrato de trabajo, debiendo, como en su lugar se dijo, respetar incluso las ofertas de empleo.

B) *El contrato de trabajo de los nuevos trabajadores*

Los nuevos trabajadores incorporados a la empresa beneficiaria, tras la segregación, no están protegidos por el artículo 44 del Estatuto de los

Trabajadores y por consiguiente es discutible que hayan de regir sus relaciones por el Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores transferidos. Ahora bien, aunque la nueva empresa disponga de un Convenio Colectivo de sector, tales nuevos trabajadores tratarán de acogerse al estatuto más favorable generado con la sucesión, aplicable además al grueso de los trabajadores. Es por ello que resulta conveniente definir, desde el punto de vista estratégico, las necesidades y conveniencias de la nueva empresa en orden al estatuto de sus nuevos trabajadores y adoptar las decisiones correspondientes para la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de su plantilla, partiendo de la situación específica de los trabajadores transferidos, cuyo respeto de condiciones laborales es obligado.

Cuando el cambio de titularidad opera por la vía de la escisión, el desdoblamiento empresarial implica la precedente existencia de diferentes estatutos de personal que, en principio, son asumidos por la empresa beneficiaria, cuya convivencia, separación o confusión, con un posible estatuto propio de la empresa beneficiaria es materia objeto de polémica doctrinal. En efecto, dos principios contrapuestos intentan conquistar idéntico espacio; de una parte, el principio de no concurrencia de convenios formulado en el artículo 84 de la LET, según el cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario...»; de otra, el principio de norma más favorable contenido en el artículo 3.3 de la LET para el que «los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables».

La doctrina, en general, ha pretendido resolver el problema mediante la aplicación del principio de norma más favorable, al entender existente un conflicto de normas derivado de la unificación en una sola empresa de dos colectivos diferentes que sólo puede encontrar solución mediante la comparación global de las condiciones y la aplicación total de las que resulten más beneficiosas para el trabajador. El argumento utilizado parte de la finalidad perseguida por el artículo 44 de la LET, la protección de los derechos del trabajador frente al nuevo empresario, que no se alcanzaría al entender subsistentes las condiciones existentes en la anterior empresa pese a su posible condición de menos favorables.

El problema se acentúa en los supuestos de fusión por absorción o en los de escisión a favor de empresa beneficiaria existente en los que el régimen jurídico de la empresa absorbente/beneficiaria es superior al de la em-

presa escindida y que en tal caso tiende a imponerse, por la naturaleza de las cosas, sobre el de la empresa subsistente, por cuanto el ámbito de aplicación del convenio principal mantendrá su naturaleza expansiva por vía de lo dispuesto en el artículo 82.3 de la LET, esto es, aplicación temporal y espacial del convenio a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, frente a la naturaleza residual del estatuto de la empresa escindida.

No obstante lo expuesto, la doctrina jurisprudencial se inclina por la separación de regímenes jurídicos, con independencia de su carácter más o menos favorable para los trabajadores traspasados. No existiría, desde tal punto de vista, colisión de convenios colectivos sino coexistencia pacífica entre los mismos y separación diáfana de sus respectivos ámbitos de aplicación. En este sentido, la STCT de 30 de junio de 1983 (A. 6312) estableció:

«No tienen por qué ver alterado el régimen jurídico por el que antes se regían, salvo que por negociación o mejora voluntaria de condiciones deje de regir el anterior sistema... aunque los colectivos de trabajadores de distinta procedencia tengan un tratamiento diverso según el régimen jurídico que les corresponde a cada uno, esto no constituye discriminación sino que es la consecuencia natural de arrastrar condiciones laborales no idénticas, lo que no puede solucionarse tratando de igualar por abajo y congelando uno de los grupos, ya que como sienta la sentencia del TC de 21 de diciembre de 1982 (A. 81) para romper la discriminación se debe actuar en sentido inverso, lo que en definitiva se tendrá que resolver en distinta negociación colectiva conjunta con los dos grupos afectados...»

En el mismo sentido, la STCT de 15 de enero de 1986 —A. 537— aplica con claridad el principio de no concurrencia de convenios colectivos establecido en el artículo 84 de la LET, al afirmar:

«La regla general del artículo 3.3 ET, invocado erróneamente por el juzgador de instancia, en cuanto determina la aplicación de la norma más favorable en caso de colisión normativa ha de ponerse en relación con la regla específica del citado artículo 84, que prohíbe la afectación de un convenio colectivo durante su vigencia por otro de ámbito distinto, salvo pacto en contrario: circunstancia que no se ha dado en el caso de autos, por tanto, el convenio colectivo de centro negociado en su día por los actores debe subsistir durante el plazo de su vigencia, 1984, respecto a su ámbito propio, sin más modificación que la sustitución del anterior empleador por el nuevo (art. 44 ET) con independencia del convenio posterior negociado por la empresa para los demás centros de trabajo.»

Es significativa, por último, la STCT de 18 de mayo de 1988 —A. 838—, cuando expresa:

«En un supuesto litigioso de contenido conceptual idéntico al presente, la jurisprudencia relativa al recurso especial de suplicación (Sentencia de 7 de mayo de 1987) ha entendido que —consumada la sucesión empresarial prevista en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores— el nuevo titular sólo adquiere la obligación de respetar, si no se da pacto en contrario, las condiciones generales de empleo de que el nuevo personal integrado venía disfrutando, sin conferir a éste las que son privativas de los contratos existentes entre el empleador subrogado y sus trabajadores propios... la propia regla del artículo 44,1 del texto estatutario autoriza una diferencia de trato en punto al régimen contractual de la plantilla de las empresas absorbente y absorbida, proveyendo de la justificación objetiva y razonable que, al admitir esa diversidad, excluye cualquier posible discriminación.»

La línea jurisprudencial citada se quiebra parcialmente, ante un supuesto de traspaso de un centro de una empresa a otro, en la STS de 18 de diciembre de 1990 (A. 9808), que requiere unas aclaraciones, porque si bien declara, en base al artículo 44 del ET la vigencia del Convenio colectivo de la empresa cedente sobre la cesionaria y, por tanto, ratifica la tesis sustentada del mantenimiento de las condiciones de trabajo preexistentes, y no de las nuevas, dicha conclusión se fundamenta, además, en el artículo 3.3 del ET, aplicación de la norma más favorable, lo que introduce la duda acerca de la posición del Alto Tribunal ante supuesto contrario en el que la condición de Convenio más favorable fuera atribuible al de la empresa cesionaria. Señala el TS:

«Lo que en definitiva se sostiene es que era este Convenio (el Provincial de almacenistas y detallistas de alimentación), y no el Convenio Colectivo Estatal de empresas de distribución y ventas de helados al por mayor; el que debía haber sido aplicado. Pero el motivo no puede ser tampoco acogido... sobre todo, porque, al haberse producido una sucesión de empresas, y dado que la empresa cesionaria se subroga en los derechos y obligaciones de la empresa cedente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no se puede modificar en perjuicio del trabajador el convenio aplicable. Si el que se venía aplicando por la empresa cedente, Frigo, S.A., era el estatal de empresas de distribución de helados (apartado segundo de los hechos probados), más beneficioso (apartado quinto), éste ha de ser también el aplicable por la empresa cesionaria, Antonio Ponce, S.L., pues otra cosa iría en contra de lo dispuesto en el citado artículo 44 del ET; y también en el artículo 3.3 del mismo texto legal expresivo de que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se resolverán mediante la aplicación de los más favorables para el trabajador.»

Con mayor claridad, la STS de 15 de septiembre de 1989 declara la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria en base al

principio de no discriminación que se contiene en el artículo 14 de la CE y 17.1 del ET. Mas también debe aclararse que, de acuerdo con los correspondientes antecedentes fácticos, la sucesión empresarial se produjo en 9 de julio de 1984 y que el Convenio cuya aplicación se discute, de la empresa cesionaria, entró en vigor el día 29 de mayo de 1986, con efectos económicos, parece, desde 1 de enero de 1985. Esto es, el Convenio y sus efectos se producen después de la sucesión empresarial. Señala la Sentencia:

«En el desarrollo del motivo cuarto que el recurrente formula para el caso de que el segundo no prospere, sostiene que no cabe modificar ni hacia arriba ni hacia abajo las condiciones laborales de todo tipo —también las salariales— que el trabajador disfrutaba en la empresa cedente, salvo que medie acuerdo individual o colectivo, el cual afirma, no se ha producido en el presente caso. Tesis que es rechazable, dado que el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que en el caso de cambio de titularidad de la empresa, el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior; texto que debe interpretarse en el sentido de que no cabe que la nueva empresa reduzca o suprima alguno de los conceptos salariales de los trabajadores de la empresa cedente o les rebaje su categoría profesional pero sin que ello suponga que no posea el derecho a percibir las mejoras que la nueva empresa ofrezca a sus trabajadores, pues se produciría, caso contrario, una discriminación prohibida en los artículos 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y 14.1 de la Constitución. Por ello, al presente caso le es de aplicación el XIV Convenio Colectivo de la Caja de Ahorros, que en su aspecto económico, entró en vigor el 1 de enero de 1985.»

La Sentencia de 10 de mayo de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (A. 230), que entre otras interesantes consideraciones y ante un supuesto de concurrencia de convenios procedente de una sucesión empresarial ha declarado la aplicación del convenio colectivo de la Empresa de procedencia y no de la sucesora, pese a su carácter menos favorable, por cuanto constituía norma vigente que no había de ceder a la existente en la empresa en que los trabajadores se integraron y porque no existe discriminación retributiva por la diferencia de trato procedente del distinto origen, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia de 6 de marzo de 1987 (recurso de amparo 265/1986) que considera justificada la diferencia de trato en razón al Cuerpo normativo de procedencia, pese a la realización de idénticas funciones. Señala, en tal sentido:

«Y si esa diferenciación por el cuerpo de procedencia es justificable con respecto a la ley, no es posible la tacha discriminatoria de la situación contemplada en que la diversa procedencia de los trabajadores afectados

tiene su plasmación en los diversos regímenes por los que se rigen ambos colectivos... y así concluye la sentencia del Tribunal Constitucional citada en su fundamento jurídico séptimo:

“... como tantas veces ha repetido este Tribunal el principio de igualdad ante la Ley no impone ni puede imponer, en detrimento del de legalidad, que no se aplique a determinadas personas las consecuencias derivadas de la normativa vigente porque tal aplicación no se produce mientras no se produzca respecto de otras personas en la misma situación”.»

La Directiva del Consejo ratifica la posición que, en base a la jurisprudencia, debemos defender, al establecer en su artículo 3.2:

«Después del traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1.º el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.»

Desde este punto de vista, *la caducidad* del convenio colectivo de la empresa segregada, sin que previamente se haya negociado el estatuto general de la nueva empresa, de los nuevos y de los antiguos trabajadores, puede provocar la inaplicación de dicho convenio colectivo que sólo subsistirá, en la versión vigente al tiempo de la sucesión, en cuanto configure derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas para los trabajadores en cuestión. La STSJ Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 1994, ha declarado:

«La ultraactividad de las cláusulas normativas a que se refiere el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, no tiene otra finalidad que evitar el vacío normativo que se produciría si la totalidad del Convenio dejara de aplicarse; ahora bien, tal ultraactividad del contenido normativo no es equivalente a la vigencia propiamente dicha, de suerte que si durante ésta, despliega toda su efectividad el principio de concurrencia a que se refiere el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, no ocurre otro tanto cuando se produce aquella situación de vigencia provisional puesto que entonces no se produce concurrencia entre Convenio Colectivo en vigor; entendiéndose naturalmente por vigencia la definida en el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Dicho lo anterior, debe concluirse que puede sustituirse la aplicación del contenido normativo del Convenio Colectivo provincial que tenía vigencia provisional, por el Convenio Colectivo Nacional para 1993, en cuyo ámbito territorial está incluida la provincia de Cuenca, pues no se trata de eliminar una determinada unidad de contratación inferior sino de aplicar un Convenio Colectivo de ámbito superior a otro de ámbito inferior; cuando en este ámbito de manera evidente y notoria no se produce la negociación que sustituya al Convenio...»

Las anteriores consideraciones, legislación y doctrina judicial nos permite vislumbrar posibles soluciones a analizar si, como parece lógico, las necesidades competitivas de las nuevas empresas requieren unas condiciones laborales más ajustadas a las situaciones de mercado futuras, que pueden lograrse mediante el establecimiento en la nueva empresa de un régimen jurídico menos favorable para los trabajadores que el existente en la empresa de procedencia (el del sector y ámbito en que se encuentren encuadradas), aplicable a los nuevos trabajadores, sin perjuicio del respeto a las condiciones laborales de los trabajadores transferidos o la posible negociación de un pacto colectivo que tenga en cuenta la distinta procedencia y derechos.

Desde el punto de vista estratégico parece preferible la diversidad de convenios colectivos y regímenes jurídicos aplicables a los trabajadores en razón a la empresa de prestación de servicios, que puede permitir a cada una de tales empresas mantener una situación laboral más acorde con las necesidades del sector y mercado competitivo en cada momento.

Lo que resulta evidente es la imposibilidad de pactar, individual o colectivamente, para algunos de los colectivos de trabajadores integrados en una operación de fusión/escisión, condiciones de trabajo regresivas sobre su situación precedente, aun cuando tenga por objeto unificar situaciones. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de noviembre de 1993 (A. 5095), ante un supuesto de sucesión empresarial con pacto de renuncia de determinados derechos, recoge la doctrina judicial existente sobre el particular. Sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de adoptar o pactar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con fundamento en el reformado artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se produzcan los supuestos en el mismo contemplados.

C) *Los trasvases de trabajadores*

Vale todo lo ya dicho para la empresa aportante, en igual epígrafe, incluidas las referencias finales a la *responsabilidad solidaria compartida* entre ambas empresas por obligaciones laborales anteriores o posteriores a la transmisión. Es de este lugar el puntualizar que los flujos justificados de personal de una a otra empresa *obligan* al mismo a tal cambio, sin que los trabajadores pudieran, primero, en su momento y en su conjunto, *oponerse a la creación de la nueva Empresa, ni posteriormente, el grupo de afectados evitar su adscripción a la misma.*

El cambio de empresa por sí mismo, según se dijo, no es causa eficaz para provocar la dimisión indemnizada del trabajador con amparo en el artículo 50 del ET, pero se exceptúa de tal supuesto al personal ligado a

la empresa con la relación laboral de carácter especial de *alta dirección* para el que el RD 1.382/1985, de 1 de agosto, en el artículo 10, prevé en su punto 3:

«3. El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes:

“... d) La sucesión de Empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios”.»

D) *Las prestaciones a cargo del trabajador*

También aquí *hay que reiterar que el respeto a las condiciones de trabajo, sin perjuicio de mantener las facultades empresariales en orden a la movilidad funcional del trabajador —art. 39 del ET—, y sustancial de aquéllas —art. 41 ET—, con los límites y requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.*

E) *El órgano de representación del conjunto de trabajadores*

Al *retener* la empresa aportante sus Comités de Empresa, no es posible que la empresa beneficiaria cuente con órgano colegiado de representación colectiva, porque ese Comité como tal se queda en la Empresa para la que fue elegido y no es susceptible de fraccionamiento o división. Así las cosas resulta necesario consignar las siguientes observaciones:

a) Situación de los integrantes del Comité de Empresa de la empresa aportante, trasvasados a la nueva. Los miembros de que se compone el Comité son transferibles como trabajadores *ordinarios pero sin continuar investidos de su cargo representativo*, por tratarse de una segregación o sucesión parcial y no total de la Empresa, que no se corresponde con un Centro de trabajo dotado de Comité propio. Por eso al pasar adscritos a la empresa beneficiaria y formar parte de su plantilla, pierden su condición de tales y provocan, según vimos, la aparición de vacantes. Sin embargo, tal cese les permite la *conservación* de determinadas garantías durante el año siguiente a la expiración del mandato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 68,c) en relación con el 54 del ET, y a lo establecido en el artículo 5,2 de la Directiva del Consejo 77/187/CEE, para favorecer a los representantes de los trabajadores cuyo mandato expira en razón de la transmisión.

b) La Directiva del Consejo 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977. La misma en cuanto a los mecanismos de representación de los trabajadores en la Empresa, mantiene en general —art. 5,1— la subsistencia del estatuto y función de los representantes dichos «en la medida en que el establecimiento conserve su autonomía» lo que si bien no ofrece duda en su aplicación cuando se transfiere o traspasa toda la Empresa o una unidad dotada de representación independiente, no parece sea posible mantener esos derechos de representación, cuando de acuerdo con la normativa en vigor, «se reúnan las condiciones necesarias para la nueva designación de los representantes de los trabajadores o para la nueva formación de la representación de éstos» —art. 5,1, in fine—.

c) La posibilidad de celebrar en la nueva empresa elecciones. Podrán efectuarse elecciones a Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.1. del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre:

«d) A partir de los seis meses de la iniciación de las actividades en un Centro de trabajo, sin perjuicio de que, por haberse así pactado, conforme al artículo 69.2 del Estatuto de los Trabajadores, existiera un límite inferior de antigüedad para los trabajadores elegibles, en cuyo caso éste será el período mínimo a partir del cual procederá la promoción de elecciones.»

En este caso, *las previsiones de elecciones en la nueva empresa* se diferencian de las a celebrar, en su caso, en la empresa segregada porque: 1) Su posibilidad deriva de tratarse de Centros *nuevos* de trabajo, es decir no se originan en la necesidad de cubrir vacantes. 2) Son *totales*, no parciales. 3) La condición de elector y elegible se obtiene o adquiere por la *integración* personal en la nueva empresa con arreglo a las condiciones normales u ordinarias. 4) El *mandato* de los elegidos tendrá la duración normal de cuatro años a que se refiere el artículo 67,3 del ET. 5) El *número* de miembros del Comité de Empresa se determinará con arreglo a la escala que deriva del de trabajadores, con arreglo al artículo 66 del ET. 6) En consecuencia *la representatividad es la adecuada a la fecha en que se inicie el proceso electoral y no en referencia con otras cronologías.*

La *iniciativa* de celebrar estas elecciones totales corresponde a los *promotores ordinarios*, al igual que se dijo de las parciales en la empresa aportante, siendo *preceptivo el preaviso* en los términos ya conocidos.

d) La representación sindical. También aquí sirven las concreciones hechas sobre igual tema en el epígrafe correspondiente, si bien teniendo siempre presente que al tratarse de un nuevo Centro de trabajo, *todo está por hacer* en el mismo y muy especialmente la entronización legal de los Sindicatos, es decir *la adquisición por éstos de representatividad específica en sus diferentes grados* que les permitirá el ejercicio de la acción

sindical en la empresa de diferentes formas, fundamentalmente a través de las Secciones Sindicales dotadas o no de competencias y legitimaciones si proceden y, en su caso, por los Delegados de igual naturaleza sindical. Y todo ello con aplicación de los criterios adoptados por la LOLS para averiguar el nivel de mayor representatividad sindical que confiere «una singular posición jurídica, tanto de participación institucional como de acción sindical» —art. 6,1 LOLS—, apareciendo así los *sindicatos más representativos* a nivel *estatal* —art. 6,2,a) de la LOLS— o de *Comunidad Autónoma* —art. 7 de la LOLS—, en los que se emparejan los resultados electorales de los órganos de representación de los trabajadores en las empresas, con los de su calificación sindical a efectos de otorgarles esa calificación en niveles sin olvidar las posibilidades de conseguir esa calificación por *irradiación* —arts. 6,2,b) y 7,1,b) de la LOLS—, y la representación cualificada de nivel *intermedio* por ser en un ámbito menor al nacional o comunitario —art. 7,2 de la LOLS—, bien en la empresa o en las Administraciones Públicas —arts. 8,2 y 10 de la LOLS—.

F) *Las negociaciones entre la nueva empresa y sus trabajadores*

Como se vio antes, la acción colectiva en la empresa se puede ejercer por órganos *no* sindicales, pudiendo en principio participar en ella *todos* los trabajadores directamente o a través de órganos unitarios de representación, con independencia de su situación sindical, o confiarse a *órganos sindicales* pudiendo también coexistir indistintamente los dos sistemas.

La negociación individual es decir los pactos directos de un solo trabajador con la empresa, se reconocen expresamente en el artículo 3,1,c) del ET, siendo fuente de la relación laboral. Por consiguiente la empresa segregada puede concertar acuerdos válidos con cada uno de sus trabajadores si su objeto es lícito y no estipula condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y Convenios Colectivos.

Los trabajadores congregados en su totalidad o en grupos menores, generalmente por categorías, tienen capacidad para tratar y negociar con la empresa directamente o para decidir determinadas cuestiones que les conciernen. Las *asambleas* a las que se refieren, entre otros los artículos 4, 67, 4 y 77 a 81 del ET, son manifestaciones del derecho de *reunión*. El que la *asamblea establezca canales o mandatos de representación distintos a los legales, cuestión* muy discutida en la doctrina, ha sido resuelto por la jurisprudencia, primero con mano abierta —STCT de 28 de marzo de 1978—, y después con criterio muy restrictivo —STCT 14 de septiembre de 1979—. Las negociaciones colectivas directas entre los trabajadores reunidos y la empresa, si bien no están prohibidas, carecen de regulación legal específica y salvo mandato individual específico de unos a otros trabajadores para así

constituir una Comisión negociadora atípica sujeta a reglas civiles y no laborales, exigen para su eficacia contractual la existencia de *unanimidad*, entendida ésta por la aceptación o consentimiento individual de *todos* los trabajadores, o de *parte* o grupo de ellos inferior, bien entendido que sólo los aceptantes quedarían vinculados al acuerdo, pero con la opción para los no conformes de *adherirse o colgarse* del acuerdo de que se trate.

Los órganos legalmente previstos de *representación colectiva y unitaria* de los trabajadores, sin perjuicio de otras formas que pueden construirse, fundamentalmente a través de la negociación colectiva, encarnan y administran el derecho de *participación*. Tales órganos, de conocimiento general, son los Delegados de Personal y los Comités de Empresa, pudiendo constituirse estos últimos en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores —arts. 61 a 63 del ET—. Entre las múltiples competencias del Comité de Empresa —por ejemplo las del artículo 64 del ET—, figuran la de estar *legitimados* para negociar los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior —art. 87.1 del ET—, *aceptar* la modificación de condiciones sustanciales de trabajo —art. 41 ET— o *intervenir y negociar* extinciones de relaciones laborales fundadas en causas económicas o en motivos tecnológicos —art. 51 del ET en relación con el RD 696/1980, de 14 de abril—. Las *negociaciones* pueden dar lugar a pactos *típicos*, por ejemplo los convenios colectivos, o atípicos con muy diversas manifestaciones.

Los órganos de *representación sindical* en la empresa son las *Secciones Sindicales* y, en su caso, los *Delegados Sindicales*, que ya fueron objeto de trato singular en el epígrafe d) precedente. Su régimen jurídico de competencias enlaza la LOLS y el ET, estando legitimadas las representaciones sindicales «*si las hubiere*» para negociar en los convenios de empresa o ámbito inferior, bien entendido que si tales convenios afectan «a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del Comité» —art. 87,1 del ET—, lo que significa que el Comité debe preceder a estas posibilidades negociadoras, dado que su composición otorgará o no la representación vinculante.

Como se advierte de lo que se lleva dicho, si bien la nueva empresa desde su constitución y nacimiento como persona jurídica independiente contará con Organos de representación que le permiten adquirir obligaciones de cualquier naturaleza, los trabajadores a su servicio *carecerán* de los Organos de representación colectiva unitaria no sindical y, consiguientemente también de *la sindical*. La empresa es pues un interlocutor válido desde su nacimiento. Los trabajadores aisladamente también lo son, pero reunidos en agrupaciones amorfas sólo sigue operando como eficaz la voluntad y el consentimiento individual por lo que no hay sínte-

sis sino suma de voluntades. El interlocutor válido que represente al colectivo de los trabajadores, se genera por los trabajadores mismos, primero mediante las elecciones de los Organos de representación en la Empresa y después por la representación sindical que, en razón al resultado de esas elecciones puedan instaurarse en aquélla. Pero en este proceso creativo, la Empresa no interviene salvo en facilitar medios o soportar cargas. Consiguientemente la Empresa, no puede adoptar iniciativas determinantes en derecho de la creación de estos interlocutores y si precisa negociar o pactar con eficacia, deberá valerse de los trabajadores mismos. Si éstos, los trabajadores, son quienes pretenden una negociación o pacto con la empresa, deberán demostrar su condición de interlocutores válidos, mediante la adopción de alguna de las fórmulas a las que antes se aludió; en otro caso, la empresa puede rehusar el trato.

En cualquier caso, los acuerdos fuera del marco del Título III del Estatuto de los Trabajadores se encuentran también amparados por la Constitución en el artículo 37.1, reiteradamente interpretado por el Tribunal Constitucional que consagra el principio de la fuerza vinculante de los convenios, sin perjuicio de su eficacia erga omnes en la medida en que se articulen estatutariamente o, aunque no se adecúen a los requisitos procedimentales del Estatuto de los Trabajadores, se adopten por los representantes legítimos de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal). Así lo ha declarado, entre otras muchas, la STSJ Galicia de 3 de marzo de 1994.

Los pactos previos o posteriores a la sucesión empresarial, con objeto de regular determinadas consecuencias de la misma afectantes al estatuto de los trabajadores transferidos o preexistentes, han de reputarse válidos, en la medida en que se adopten por los interlocutores legitimados y se respeten las reglas del ordenamiento jurídico, incluyendo la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo en el marco del nuevo artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Tales pactos son, por lo demás, habituales y encontramos variadas referencias jurisprudenciales a los mismos.