

## LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LOS CASOS DE REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS

Margarita Tarabini-Castellani Aznar

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de les Illes Balears. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa tienen una clara matriz comunitaria, como lo muestra, por una parte, que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), sobre sucesión de empresa -que ya trasponía la Directiva 77/187, modificada por la Directiva 98/50, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad-, fuera reformado por la Ley 12/2001 para trasponer al ordenamiento interno la Directiva 2001/23, que a su vez constituía un texto consolidado de las anteriores, para introducir los párrafos 6 a 10, dedicados a los derechos objeto de este estudio.

Por otra parte, los artículos 64 y 65 ET, reformados por la Ley 38/2007, desarrollan en nuestro ordenamiento la Directiva 2002/14<sup>1</sup>, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores. Sin que pueda olvidarse, por último, que estos derechos tienen un claro anclaje en los puntos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, que reubica la posición de ambos derechos en la construcción de las bases del modelo europeo de relaciones laborales<sup>2</sup>, aún con limitaciones por su falta de vinculabilidad. Entorno normativo que, en la

---

<sup>1</sup> Junto a lo previsto en la Directiva 2002/74, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 80/987, de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

<sup>2</sup> VALDÉS DAL-RE, 2008 (a), 6.

línea de los objetivos de la UE, instala a estos derechos en el propio artículo 4 ET entre los derechos laborales básicos.

Del mismo modo, cuando la entidad transmitida integre una empresa de dimensión comunitaria, el régimen jurídico del artículo 44 ET habrá que completarse con, entre otras, la Directiva 2009/38, de 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y la Directiva 2001/86, de 8 de octubre, por la que se contempla el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Habrá de considerar igualmente a las Leyes 10/1997 sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en grupos de empresas de dimensión comunitaria y 31/2006 sobre la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas<sup>3</sup>.

Además, el objeto específico del presente estudio precisa de un lado, contar con el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que va a introducir matices y regulaciones específicas en esta materia y de otro, partir de los preceptos de la legislación básica del régimen local que determinan los modos de gestión directa de los servicios públicos, pues ésta es, entiendo, la vía de la llamada remunicipalización. Me refiero al artículo 85 de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) que en sede de servicios públicos locales, tras precisar que habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, indica las vías de gestión directa de los mismos que son: a) por la propia entidad local; b) por un organismo autónomo local; c) por una entidad pública empresarial local o d) por una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. E indica, así mismo, las condiciones que ha de cumplir la gestión directa en los dos últimos supuestos. En ocasiones, para los servicios concretados en el artículo 26. 2 LBRL, en los municipios de menos de 20.000 habitantes, será la Diputación Provincial o entidad local similar la que propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, la forma de prestación de los mismos, y que incluye fórmulas como los consorcios o mancomunidades.

Antes de adentrarme en el corazón del presente estudio, querría, sin embargo, poner de manifiesto varias dificultades que el análisis de esta cuestión ha planteado. De un lado, el hecho de que la regulación del cambio de titularidad empresarial, con una clara matriz laboral, se aplique a negocios traslativos que se producen en el seno de las

---

<sup>3</sup> La relevancia de los derechos de información y consulta se constata también en el artículo 25 del RD 1066/2007, de 28 de julio, de régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores analizado por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, 2010.

Administraciones Públicas; de modo que las exigencias del artículo 44 ET han de adaptarse al ámbito público en el que no siempre es posible hacer una traducción fidedigna de las mismas, paradigmático es, precisamente, el caso de los derechos de información y consulta, pues la configuración laboral de los mismos no siempre casa con las disposiciones del EBEP<sup>4</sup>. Y, de otro, en parecido sentido, la multiplicidad de supuestos en los que puede encuadrarse la remunicipalización de servicios, la diversidad de sujetos intervinientes, de normas, estatutos jurídicos y órdenes jurisdiccionales, exige matices que no casan, esta vez, con la brevedad necesaria del presente análisis.

Dicho esto, el presente estudio abarcará, tras esta introducción (I), las siguientes cuestiones: el contenido de la obligación de información de las entidades implicadas y del derecho de los trabajadores (II), el de la obligación de consulta, con su reverso también en el derecho de los trabajadores (III); las obligaciones de los trabajadores en esta materia, en particular el deber de sigilo (IV) y las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones, lo que incluye el régimen infractor y sancionador (V).

## II. OBLIGACIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN

### 1. SUJETOS

#### 1.1. Empresa cedente y Empresa/Entidad cesionaria

El artículo 44. 6 ET inaugura los derechos de información estipulando una serie de extremos sobre los que cedente y cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad o, en caso de no existir representación legal, a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión (artículo 44. 7 ET).

Los deudores de dicha información son, por tanto, las empresas y las entidades gestoras locales implicadas, cada una respecto de sus trabajadores, en su caso, pues no siempre la entidad pública cesionaria tendrá trabajadores, por ejemplo, cuando las empresas u organismos se crean específicamente para hacer frente a la gestión del servicio en cuestión. Y tanto si toman ellos mismos la decisión, señala el párrafo 10, como si ésta ha sido adoptada por las empresas o administraciones públicas que ejerzan el

---

<sup>4</sup> Y más paradigmático es aún que la subrogación, en algunos casos, haya de materializarse a través de la controvertida figura del trabajador indefinido no fijo, cuestión que queda fuera del presente análisis, aunque cómo se verá sí que es necesario considerarlo en el punto III. 4.

control sobre ellos. Cualquier justificación de éstos basada en el hecho de que la empresa o entidad que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria, no podrá ser tomada en consideración a tal efecto. La organización compleja de las empresas o administraciones afectadas o el modo de adoptar las decisiones en su seno no puede obstruir, en consecuencia, la obligación de informar.

Sucede, no obstante, que no siempre el cambio de titularidad empresarial es una cuestión diáfana. En el supuesto de hecho que habilita la subrogación ni el título jurídico ni los sujetos adquieren relevancia constitutiva, sino simplemente se entiende que existe sucesión de empresa “cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (artículo 44. 2 ET). Definición que implica que haya de considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación y que sitúa en una zona gris y llena de matices cuándo hay realmente un negocio traslativo y por tanto la aplicación del mecanismo subrogatorio.

En los casos de reversión de la actividad, podemos encontrarnos con situaciones en las que el fin de la concesión administrativa y la gestión directa por parte de la entidad local provoque un negocio traslativo. Circunstancia en la que los empleadores implicados no habrán procedido a una información a los representantes o trabajadores, de acuerdo con el artículo 44 ET. Piénsese en los supuestos, que muy seguramente se han tratado en intervenciones anteriores, en los que la entidad económica del servicio contratado descansa en la prestación que realizan los trabajadores (por ejemplo limpieza no viaria) y la entidad que pasa a gestionar directamente el servicio haya asumido a parte relevante del personal de la anterior concesionaria, o aquellos en los que la prestación requiere de medios materiales que siempre han estado en manos de la administración contratante (por ejemplo jardinería, restauración...) y con ocasión de la reversión vuelve a utilizarlos o los pone a disposición de la entidad pública que pasa a prestarlos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> No es la ocasión de extenderse sobre este particular, baste recordar que la jurisprudencia comunitaria ha entendido aplicable la Directiva 2001/23 a los supuestos de sucesión de contratistas cuya actividad descansa en la prestación que realizan los trabajadores, sin necesidad de otros bienes, cuando el empresario cesionario ha contratado una parte relevante en términos cuantitativos o cualitativos del personal de la empresa cedente (Por todas, SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto *Temco*, de 13 de septiembre de 2007, Asunto *Jouini* y de 20 de enero de 2011, Asunto *CLECE*, aunque esta última indica, precisamente, que la inexistencia de una asunción de la plantilla impide la aplicación de la citada Directiva). El Tribunal Supremo ha asumido esta doctrina de la “sucesión de plantillas” desde las SSTS de 27 de octubre de 2004, Rec. 899/2002, y de 12 de julio de 2010, Rec. 2300/2009; a las que han seguido muchas otras. Del mismo modo, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto *Aira Pascual*, entiende que la Directiva se aplica a un caso en que una empresa pública, que había puesto a disposición de la contratista los medios materiales necesarios para realizar la actividad, de los que era propietaria, decide poner fin al contrato y realizar directamente la

Cierto es que el artículo 42 ET está nutrido igualmente de deberes y derechos de información de los trabajadores y de los representantes de la empresa principal y la contratista o subcontratista. Pero no es posible asimilar el contenido de ambas informaciones, apuntalada cada una de ellas por distintas bases, entre otras, la esencial naturaleza temporal de la contrata y la definitiva de la transmisión, pero sobre todo, porque en el caso de las contrata y subcontratas la información se refiere al momento inicial de la misma y dicha información se realiza por parte de las empresas principal y contratista; cuando la sucesión, en los casos mencionados, se produce en el momento del cese de la concesión y no siempre se produciría entre la entidad local -que sería la empresa principal- y la concesionaria, sino que podría producirse entre la empresa concesionaria y empresa pública local o sociedad mercantil pública local que pasa a gestionar el servicio. En caso de considerar que ha habido sucesión de empresa, a cedente y cesionario podría imputárseles el incumplimiento de estos deberes de acuerdo con los artículos 7.7 y 7.11 Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (LISOS).

## 1. 2. Los representantes de los empleados

Cuando el negocio traslativo sea evidente, o lo que es lo mismo, cuando haya un acuerdo de transmisión entre la empresa que cesa en la prestación del servicio, que transmite la unidad, el centro o la empresa dedicada a la prestación del mismo, y la entidad pública que internaliza su gestión, los acreedores de la información son los representantes de los trabajadores pero, dado el ámbito en el que tiene lugar el desarrollo del negocio jurídico, ha de analizarse también el papel de los órganos de representación de los funcionarios, las juntas y delegados de personal.

Para facilitar el análisis, el presente estudio requiere diferenciar entre la empresa que transmite y la entidad o empresa que adquiere, dadas las diferencias entre las instancias representativas de una y otra.

En todo caso, en lo que respecta a los representantes legales de los trabajadores, la referencia a los mismos en el artículo 44 ET ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto a la representación unitaria como a la sindical, esto es, delegados de

---

actividad con su propio personal (y por supuesto con los medios materiales). Doctrina que también respalda nuestro Tribunal Supremo y cuyo ejemplo más reciente lo tenemos en las SSTS de 19 de septiembre de 2017, RR.2612/2016; 2629/2016; 2650/2016 y 2832/2016. Por último, también merece apuntarse que resulta irrelevante a efectos de la aplicación de la Directiva la inexistencia de vínculo contractual entre cedente y cesionario (Por todas, SSTJUE de 19 de mayo de 1992, Asunto Sticking y 7 de marzo de 1996, Asunto Merckx y Neuhuys).

personal y comités de empresa, ex artículos 62 y 64 ET; delegados sindicales, de acuerdo en el artículo 10. 3 1º LOLS, que les atribuye el derecho a la información y documentación cuando no formen parte del comité de empresa, y las secciones sindicales de empresa que tengan presencia en el comité<sup>6</sup>, pues se entiende que, si pueden negociar en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET, han de ser sujetos de dicha obligación de información sobre la base de que quien puede lo más puede lo menos y quien puede ser consultado -incluso, como veremos, tiene la prioridad para ello- podrá ser informado.

### *1. 2. 1. Los representantes de los trabajadores de la entidad que se transmite*

En cuanto a los representantes de la entidad que se transmite, la literalidad del artículo 44. 6 ET menciona a los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad. Entiendo que la palabra “afectados”, sin mayores precisiones, implica que lo que determina la o las representaciones acreedoras de la información es el colectivo afectado no por la transmisión en sí, sino por el hecho de la transmisión. Con otras palabras, los representantes no se circunscribirían a los de los trabajadores respecto de los que el cesionario va a subrogarse, sino que incluiría a cualquiera que estuviera afectado por las consecuencias de la transmisión. Como se verá más adelante, los extremos sobre los que ha de versar la información abocan a la misma conclusión. Éstos hacen referencia en sentido amplio a las consecuencias de diversa índole sobre los trabajadores y a las medidas previstas respecto estos últimos, que no sólo son los trabajadores que han de ser sujetos de la subrogación.

Pero, además, una interpretación lógica y sistemática del precepto corrobora esta conclusión. Cuando se transmite una empresa o centro de trabajo, es evidente que los trabajadores respecto de los que se subroga el cesionario y los afectados por la transmisión son los mismos. Sin embargo, el artículo 44. 1 ET indica que el objeto de transmisión puede estar constituido por unidades menores. En estos casos, no han de coincidir los sujetos de la subrogación y los trabajadores afectados. No parece que requiera mayor argumentación el que la escisión de una parte de la empresa puede conllevar una reorganización en el resto de la misma, lo que afectará a los trabajadores que permanecen. Si la obligación busca poner en conocimiento de los trabajadores las

---

<sup>6</sup> VALDÉS DAL-RE, 2002, 17.

consecuencias del cambio de titularidad, ha de entenderse que son todas ellas, tanto las que afectan a los trabajadores incluidos en la entidad que se transmite como al resto.

Relacionado con lo anterior, ha de analizarse el impacto en este punto de las diversas instancias de representación de los trabajadores en empresas con varios centros de trabajo, pero, sobre todo, en empresas de estructura compleja como puedan serlo los grupos de empresa o sociedades, entre las que hay que considerar aquellas de dimensión comunitaria que, en virtud de las Directivas 2009/38 y 2001/86, tengan previsto un sistema de representación específico.

Dependiendo de quién sea el cedente, los representantes de los trabajadores que hayan de ser informados pueden incluir al Comité Intercentros, si así se ha previsto en la negociación colectiva, o los que a través también de negociación, de acuerdo con las Directivas anteriores, y con sus normas de trasposición, se hayan previsto en los casos de grupos de empresas de dimensión comunitaria o Sociedades Europeas.

Repárese que tanto el artículo 18 de la Ley 10/1997 como el 17 de la Ley 31/2006 relativos a las disposiciones subsidiarias y trasponiendo en los mismos términos las Directivas de que traen causa, indican que el órgano de representación de la sociedad europea o el comité de empresa europeo tendrá una reunión anual en la que se tratará entre otros de las fusiones, reducciones de tamaño de empresas, establecimientos o de partes importantes de éstos y además, dicho órgano tendrá derecho a ser informado cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores y en particular y entre otros en los casos de ventas de empresas o establecimientos. Igualmente se contempla el derecho de reunión con el órgano competente de la sociedad europea o del grupo o con el nivel más adecuado de dirección de la misma que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores.

En todo caso, la información a estos órganos es acumulativa. El artículo 17. 1 de la Ley 31/2006 se pronuncia en este sentido cuando señala que el órgano de representación de los trabajadores de la sociedad europea tendrá derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la sociedad europea en sí misma y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros o que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro. La misma línea mantiene el artículo 18 de la Ley 10/1997 al señalar que el comité de empresa europeo tendrá derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que

afecten al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o, al menos, a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes.

Como puede verse, parten de la base de una coordinación o distribución de competencias. Consecuencia de todo ello es que en las empresas de estructura compleja que tengan previstos distintos niveles de representación, la información habrá de ponerse a disposición de las representaciones existentes, tanto de las más cercanas al corazón decisorio de la empresa, como de las representaciones de los trabajadores afectados, como las de los trabajadores de las entidades a transmitir. Entendiendo como tales al comité intercentros, comité de empresa o delegados de personal, secciones y en su caso, delegados sindicales que no integran el comité de empresa. Sin duda una coordinación de funciones entre la representación unitaria y sindical, como parece que sí hay en la función pública, haría más ágil el cumplimiento del deber de información por parte de las empresas, pero dada la regulación del doble canal de representación, se habrá de informar a todas<sup>7</sup>.

### *1. 2. 2. Los representantes de los empleados de la entidad cesionaria*

En lo que respecta a las instancias representativas de la entidad cesionaria, ha de tenerse en cuenta que ésta puede ser una entidad local (el municipio o la diputación provincial o entidad equivalente), un consorcio, una mancomunidad, un organismo, una empresa pública o una sociedad mercantil pública. Por otra parte, mientras el municipio o la diputación son preexistentes a la transmisión, puede que los organismos, los consorcios, las sociedades mercantiles o las empresas públicas sean de nueva creación, esto es, que sean constituidos para la prestación del servicio en cuestión, en cuyo caso no habrá representantes de los trabajadores.

Las representaciones que hayan de ser informadas dependerán de la entidad que pase a gestionar el servicio. Parece que, en todo caso, deben ser informados los representantes de las entidades locales que gestionen directamente el mismo y en caso de ser una empresa pública o sociedad mercantil pública preexistente, los representantes de la misma también, entendiéndose por tales los comités de empresa, delegados de personal, secciones y, en su caso, delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa.

---

<sup>7</sup> MERCADER UGUINA, 2017, 223 y ss.

En relación con lo anterior y de acuerdo con el sentido amplio con el que se ha interpretado qué órganos de representación de los trabajadores han de ser informados, ha de entenderse que en el caso de que la entidad, que pase a prestar directamente el servicio, cuente con juntas o delegados de personal, éstos también habrán de ser informados. En esta línea, el artículo 40.1 del EBEP indica que las juntas de personal y los delegados de personal, en su caso, tendrán como función, en sus respectivos ámbitos, la de recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y la de emitir informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo.

### 1. 3. Los empleados

El último eslabón de la cadena informativa vendrá protagonizado por los empleados en particular, tanto si hay representantes como si no; pues, aunque el artículo 44. 7 ET señala que estos serán informados en ausencia de representación legal de los trabajadores, los representantes habrán de informarles sobre la transmisión, en seguimiento del artículo 64. 7 e) ET por el que, al menos, el comité de empresa, deberá informar a sus representados de todos los temas y cuestiones previstos en el artículo 64 ET en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales. Y en dicho precepto, aunque no hay una referencia a la transmisión de empresa -sí al cambio de estatus jurídico de la misma-, se incluye a las cuestiones que afecten al empleo, lo que obviamente acontece en una sucesión de empresa.

En el caso de que la entidad local preste directamente el servicio, salvo en el caso de hacerse a través de una sociedad mercantil pública, dada la posible afectación a la organización del trabajo, incluso a la relación de puestos de trabajo (RPT) si esta existe, ha de entenderse que junto a los trabajadores deberán ser informados los funcionarios. Este derecho cabe deducirse de la interpretación sistemática de los artículos 40 y 41 EBEP, por cuanto el primero de ellos contempla que los delegados de personal y las juntas de personal sean informados de determinados extremos y el segundo, menciona, entre las garantías de la función representativa, las de acceder a las dependencias de su unidad electoral y la distribución libre de las publicaciones que se refieran a cuestiones

profesionales y sindicales, en consecuencia, tanto más si se trata de suministrar información a sus representados.

La transmisión de la información a los representados deberá hacerse también de modo comprensible y puede, en ocasiones, quedar limitada por el deber de sigilo como veremos más adelante.

Pero, además, como se ha señalado antes, la inexistencia de representación unitaria o sindical no dejará desinformados a los trabajadores de la empresa cedente. El artículo 44. 7 ET indica claramente que aquellos trabajadores que pudieran quedar afectados por la transmisión deberán ser informados. En cuanto a la interpretación de qué trabajadores en concreto son los que deben ser informados, habrá de sostenerse, en la dirección seguida respecto de los representantes, una interpretación amplia. Los trabajadores son todos los afectados. Los que son objeto de subrogación están claramente determinados, luego quienes pudieran ser afectados son también quienes no formando parte de la unidad o entidad que se transmite pueden ver modificado o extinguido su contrato. Recuérdese, en esta línea, que el empresario en virtud del artículo 8. 5 ET debe informar a cada trabajador de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la relación laboral. Los arts 2 y 3 del RD 1659/1998, de 24 julio, que desarrolla dicho precepto, concretan el objeto de la información entre la que se encuentra la identidad de las partes del contrato, los datos de la empresa o las condiciones de trabajo. La modificación de los mismos provoca el nacimiento de un nuevo deber de información a tenor del artículo 4 de dicha norma.

Por lo que respecta a los trabajadores de la entidad cesionaria, es evidente que en mayor o menor grado quedan afectados por la reversión, por tanto, deben ser sin duda informados y lo mismo hay que decir de los funcionarios, derecho que quedaría amparado en la cláusula abierta del artículo 14 q) del EBEP, ya que no se contempla expresamente.

## 2. FORMA Y CONTENIDO

El artículo 64.1 ET, como indicaba la Directiva 2000/14, entiende que información es la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por ello, el artículo 64. 6 ET señala que la misma deberá realizarse en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. Aunque no se indique, lo más

razonable, por cuanto se acaba de señalar, es que la información se transmita de forma escrita.

El contenido concreto de la misma se refiere a la fecha prevista de la transmisión, sus motivos, sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores y las medidas previstas respecto de estos últimos. Quizá, bajo la referencia a la fecha de transmisión, lo relevante sea la efectividad de la medida y las consecuencias sobre los trabajadores, más que la fecha en sí de la transmisión, dada la infinitud de los negocios jurídicos que dan pie al cambio de titularidad.

En cuanto a los motivos de la transmisión la duda es qué información implicará el colmar el derecho a la misma, qué concreción es necesaria sobre dichos motivos. En los casos de sociedades, el artículo 44. 8 ET señala que en los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos. Por tanto, podría entenderse que la información que debe aportarse a los accionistas es la misma que a los representantes de los trabajadores, dado el telos legal, que se sitúa en la línea de una información que permita a los representantes tener un conocimiento cabal de la situación, queda descartada desde luego una información meramente formal.

En el caso de las reversiones administrativas, la información a proporcionar debe ser la prevista para la adopción, por parte del pleno de la corporación, de la decisión de la reversión administrativa, que se determina en el artículo 85. 2 LBRL. Dicho precepto indica que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente y señala que la gestión por parte de empresas o sociedades mercantiles públicas requerirá de una memoria justificativa que debe reflejar la mayor sostenibilidad y eficiencia de estas vías de gestión directa, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión y que deberá incluir los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. Y que junto a dicha memoria justificativa, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas. Pues bien, podría entenderse que todos estos documentos deberían ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores y de los funcionarios correspondientes, así como aquellos que hayan servido para internalizar el servicio en caso de gestión por la propia entidad local o por un organismo autónomo local.

Las consecuencias jurídicas, sociales y económicas han de entenderse referidas a cuestiones como el convenio aplicable, la diversidad de estatutos retributivos, el mantenimiento de la representación de los trabajadores en su caso. Y las medidas sobre los trabajadores serán los posibles despidos, traslados, adaptaciones de categorías, movilidades, modificación de condiciones, nuevas contrataciones, reciclaje profesional, que pueden adoptarse<sup>8</sup>. Se entiende que a este procedimiento de información le es aplicable el espíritu de cooperación, mencionado en el párrafo tercero del artículo 64 ET, con el que deben actuar empresa y comité de empresa en cumplimiento de sus deberes y derechos recíprocos teniendo en cuenta los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

### 3. PLAZO

En el punto en que difieren las obligaciones de cedente y cesionario es en el plazo en que procede poner a disposición dicha información que es, cuando se trata del cedente, antes de la realización de la transmisión y con la suficiente antelación. El cesionario, por su parte, deberá hacer lo propio también con la suficiente antelación pero, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. Cuando se trate de fusión y escisión de sociedades, como se ha dicho, las empresas implicadas deberán proporcionar dicha información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos (artículo 44. 8 ET).

Si bien la Ley 12/2001 se caracteriza por hacer, más que una transposición, una transcripción de la norma comunitaria, lo que no tiene mayores consecuencias en general, en este punto habría sido deseable indicar un plazo de entrega de la información o, cuando menos, un parámetro conforme al cual pudiera valorarse la suficiencia de la anticipación con la que ha de ser suministrada la misma<sup>9</sup>. No cabe descartar que la transmisión de la información se instrumente a través de los deberes que al respecto impone el artículo 64 ET. En particular, siempre que se cumplieran los requisitos de suficiencia en la antelación, la sucesión podría comunicarse junto con la información que la empresa debe aportar al comité trimestralmente, dentro del apartado relativo a la situación económica de la empresa.

---

<sup>8</sup> SEMPERE NAVARRO, 2007, 7.

<sup>9</sup> SANGUINETI RAYMOND, 2004, 16.

Sin perjuicio de cuanto queda dicho, en lo que respecta a las entidades cesionarias, podría entenderse que la transmisión de información debe producirse en el momento de la aprobación en el pleno de la entidad local del acuerdo de gestión directa del servicio, sea por la propia entidad, por organismos autónomos o empresas públicas preexistentes, o el órgano correspondiente de la sociedad pública mercantil competente para adoptar esta decisión. En estos casos, se entiende que ya se tiene conocimiento del momento a partir del cual el servicio va a ser prestado por dichas entidades; habida cuenta de que todos los documentos que deben aportarse en torno a la viabilidad económica y presupuestaria de la decisión (artículos 85 y ss. LBRL).

### III. OBLIGACIÓN Y DERECHO DE CONSULTA

#### 1. CONCEPTO

En cuanto al deber de consulta, cuando el cedente o el cesionario previeren adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrán obligados, indica el artículo 44. 9 ET, a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para sus representados.

Esta exigencia se contempla para ambas empresas, pero me centraré en el análisis del proceso de consulta que se desarrolla en la entidad cesionaria, que es donde residen las particularidades del régimen jurídico y del mismo modo, a salvo de lo que se señala en el punto 4, parto de la base de que este proceso se realiza con la representación legal de los trabajadores.

La consulta prevista en este apartado podría decirse que es un estadio mayor que la consulta que define el artículo 64. 1 ET. Este precepto indica que aquella es el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo. Sin embargo, en este caso se trata de un proceso de verdadera negociación, que no se acaba en un cruce de opiniones y la emisión de un dictamen por parte de los representantes de los trabajadores, sino que se dirige a buscar un acuerdo negociando de buena fe, aunque dicho acuerdo no sea necesario a efectos de la aplicación de la medida.

Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET.

Para el deber de consulta también rige la regla antes indicada relativa a la indiferencia, respecto del mismo, de que la transmisión se haya producido por decisión de cedente y cesionario o de las empresas que ejerzan el control sobre ellos, que en el caso de la entidad pública ha de entenderse como administraciones que ejerzan el control sobre la misma.

## 2. SUJETOS

En principio, y a salvo de lo que se señala en el siguiente epígrafe, la representación de los trabajadores con la que ha de iniciarse el procedimiento de consulta, a diferencia con lo que sucedía con el deber de información, no es acumulativa, sino alternativa<sup>10</sup>, como en los procedimientos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET. La entidad cesionaria sólo habrá de seguir el mismo con el comité de empresa, los delegados de personal, o las secciones sindicales. Teniendo en cuenta que deben entenderse aplicables las reglas previstas en los artículos antes citados respecto de la prioridad negociadora de las secciones sindicales que tengan mayoría en el comité. Y teniendo en cuenta, también, que debe haber una correspondencia entre la representación legal que negocia y los trabajadores afectados, de suerte que será nulo un acuerdo modificatorio adoptado por la entidad cesionaria con sus representantes y que afecte a los trabajadores de la cedente sin que se haya dado cabida en la negociación a, en su caso, los representantes de estos últimos<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> VALDÉS DAL-RE, 2002, 17.

<sup>11</sup> Véanse, por todas, las SSTs de 14 de mayo de 2014, R. 2232/2013; 11 de febrero de 2015, R. 2613/2013; 9 de marzo de 2015, R. 471/2014; 15 de diciembre de 2016, R. 4177/2015; 21 de diciembre de 2016, R. 3245/2015; 23 de marzo de 2017, R. 377/2016 y 5 de abril de 2017, R. 376/2016. El supuesto de hecho de estas sentencias se refiere a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en el marco de una sucesión de concesiones administrativas, en la que el acuerdo modificatorio se adoptó en la concesionaria entrante en fechas muy próximas a la incorporación de los trabajadores de la saliente. Por tanto, se trata de una modificación sustancial y de una sucesión de contratos, no es propiamente un acuerdo modificatorio en el seno de una sucesión de empresa, pero las conclusiones y la argumentación jurídica resultan aplicables al presente caso.

En este punto, el silencio que el artículo 44. 9 ET mantiene sobre el proceso de consulta, obliga a acudir al artículo 41. 4 ET, que determina cuál es la representación que negocia cuando no hay representantes de los trabajadores, o cuando la medida afecta a unos centros y no a otros, o cuando algunos de los centros no tienen representantes.

Así, tras indicar la prioridad negociadora de las secciones sindicales, señala que, en defecto de lo anterior, la existencia de otras representaciones en el caso de empresas de varios centros de trabajo, requeriría que, en los respectivos instrumentos negociales, que deben dotar de contenido la representación de los trabajadores que se instaure en su ámbito, establezcan este deber de consulta. A tenor del mismo, la intervención como interlocutores se regirá por las siguientes reglas:

a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá:

En primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1.ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos.

2.ª Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes

legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere la letra a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión de la letra a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

3.ª Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en la letra a), en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

### 3. CONTENIDO

En cuanto al contenido de la consulta, en primer término, el artículo 44.9 ET sólo menciona a las medidas laborales que el cambio de titularidad provoca en los trabajadores, lo que, por lo pronto, circunscribe o limita los procedimientos de consultas a estas medidas<sup>12</sup>. En segundo término, en la línea mantenida hasta ahora, los trabajadores afectados han de entenderse en sentido amplio, esto es, no sólo los afectados por la sucesión sino por todos aquellos que se ven afectados en sus condiciones con motivo de la transmisión, en los términos que enseguida veremos. Precisamente, en tercer término, ha de analizarse qué medidas son objeto de consulta. El artículo 44. 9 ET tras mencionar la exigencia de consulta para adoptar medidas laborales y las exigencias y plazo del

---

<sup>12</sup> VALDÉS DAL-RE, 2002, 11, 20.

correspondiente procedimiento, indica que cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET.

Cuáles sean estas medidas ha suscitado dos posiciones doctrinales. Una concluye que son todas aquellas que no están comprendidas en procedimientos específicos de consulta en el texto estatutario, en el bien entendido de que se trata de medidas que alteran la posición contractual de los trabajadores al amparo del ejercicio de poderes empresariales distintos de los llamados poderes fuertes de dirección (especificación de la prestación laboral y variación no sustancial)<sup>13</sup>. Otra considera que en las medidas laborales se incluyen también las decisiones empresariales que afectan al modo en que se presta la actividad laboral y que no se incluyen en las anteriores, como puedan ser las adaptaciones de perfiles profesionales, el reciclaje profesional, la aplicación de pautas de comportamiento con la clientela, la uniformidad, los códigos éticos, la utilización de medios informáticos, etc. Se trata de decisiones que podría introducir por sí misma la empresa (en virtud de su poder de dirección), a veces sin necesidad de seguir trámite alguno, a veces solicitando informe previo al comité de empresa (por ejemplo, para establecer planes de formación profesional o implantar un sistema de control del trabajo; artículo 64. 1. 4º ET)<sup>14</sup>. Para ambos sectores doctrinales el artículo 44. 9 ET produce una extensión del ámbito del procedimiento de consultas, si bien es mucho más amplia en el segundo caso, pues mientras la primera posición apuesta por que el período de consulta se inicie ante cambios relevantes, la segunda considera que han de consultarse todas las medidas a adoptar.

En mi opinión, una interpretación literal y sistemática del artículo 44.9 ET lo acerca a la primera posición. Así, la remisión a los procedimientos de modificación colectiva previstos en los artículos 40 y 41 ET, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo y traslados, y el silencio respecto de otros está enfocando hacia las medidas que han de ser objeto de consulta. Y una primera conclusión es que el objeto de la consulta son las modificaciones contractuales de relevancia, pero serán objeto de consulta con independencia de que no lleguen a los umbrales previstos en dichos preceptos<sup>15</sup>. En este sentido, el silencio respecto a la remisión del artículo 47 ET, sobre suspensiones del

<sup>13</sup> VALDÉS DAL-RE, 2002, 21.

<sup>14</sup> SEMPERE NAVARRO, 2007, 9.

<sup>15</sup> Estos preceptos indican que la medida empresarial en cuestión tiene carácter colectivo cuando afecta a partir de 10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores, a partir del 10 % trabajadores en empresas de entre 100 y 300 y a partir de 30 trabajadores en empresas de más de 300. En el caso de los traslados, se considera colectivo el traslado de toda la plantilla si es de más de 5 trabajadores.

contrato y reducciones de jornada, parece elocuente, porque se trata de un precepto que exige un procedimiento de consultas con independencia del carácter individual o colectivo de la medida.

Pero, además, razones sistemáticas apoyan esta interpretación y la perfilan. En el artículo 64 ET la consulta se reserva a decisiones empresariales de especial importancia, el mejor ejemplo lo encontramos en el párrafo 5. A su tenor, el comité de empresa deberá ser consultado sobre decisiones empresariales que provoquen cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo. La referencia en plural a los contratos de trabajo, así como a la organización del trabajo indica que se trata de medidas de carácter supraindividual.

Por su parte el significado de “cambios relevantes” ha sido interpretado como cambios cuyo ámbito material coincide con el de modificación sustancial, esto es, se trata de una variación que provoca una transformación de los aspectos básicos del contrato o de la organización del trabajo, de forma que pasan a ser otros. Que los ámbitos materiales coincidan no significa, sin embargo, que la funcionalidad de los cambios relevantes se agote en el instituto de la modificación sustancial<sup>16</sup>. Si los procesos de consulta se vinculan a lo largo del ET a cambios relevantes o sustanciales, carece de sentido que el artículo 44 ET varíe estas coordenadas.

Parece lógico concluir que deberá iniciarse un proceso de consulta para negociar sobre todas las medidas que prevean adoptarse con ocasión de la transmisión, de modo que aunque se trate de medidas concretas que afecten a trabajadores particulares, en conjunto son medidas de matriz cuanto menos plural, esto es, que afectan a varios trabajadores. De modo que se abrirá este procedimiento de consultas, por ejemplo, cuando el traspaso de empresas conlleve traslados por debajo de los umbrales previstos en el artículo 40 ET y cuando motive modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que no estén incluidas en el elenco del artículo 41 ET o afecten a un número de trabajadores que no alcance los umbrales que el mismo determina para la apertura del procedimiento de consultas. Y estas medidas, que por sí mismas no alcanzan los umbrales de los artículos citados, se tratarán en un mismo procedimiento. De esta manera, el artículo 44. 9 ET ha tenido el efecto de extender el derecho de consulta a estas modificaciones<sup>17</sup>, para las que, además, no se exigen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

---

<sup>16</sup> VALDÉS DAL-RE, 2008 (b), 4, 6-8, in extenso.

<sup>17</sup> VALDÉS DAL-RE, 2002, 22 y 23.

Por ello, cuando se trate de modificaciones sustanciales y traslados que superen los umbrales previstos en los artículos 40 y 41 ET, se acudirá a los procedimientos específicos contemplados en dichos preceptos, en el bien entendido de que en estos casos es necesaria la concurrencia de alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y es precisamente esta cuestión la que permite aclarar el silencio del artículo 44. 9 ET respecto del artículo 51 ET que, aunque ha desconcertado a algún autor, que ha visto en ello el excesivo apego del legislador español al texto de la Directiva<sup>18</sup>, se comprende desde la óptica de que la sucesión de empresa no puede implicar por sí misma la ruptura del vínculo contractual laboral. De otra forma dicho: con motivo de la transmisión no podrá despedirse a los trabajadores.

En consecuencia, con ocasión de la transmisión, la cesionaria podrá verse en la necesidad de adoptar diversas medidas relevantes sobre los trabajadores de la entidad y que impliquen, entre otras, traslados, modificaciones y suspensiones que requerirán seguir un procedimiento de consultas. Y a falta de mayor concreción sobre en qué consiste el mismo, ha de entenderse que de acuerdo con los preceptos estatutarios que contemplan procedimientos de consulta, deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Por lo demás, y para finalizar, ha de señalarse que, si con posterioridad a la transmisión de la empresa, surge la necesidad de adoptar las medidas previstas en los artículos 40, 41, 47, 51 o 52 ET motivadas en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, no hay impedimento alguno para abordarlo, con las particularidades que en su caso introduzcan los convenios colectivos. Ciertamente, la frontera entre una decisión con ocasión de la transmisión y la existencia de causas organizativas o productivas es muy tenue, pero, sea como fuere, la ley obliga a diferenciar las medidas con ocasión de la transmisión y las demás, lo que explica que la justificación de cada una de ellas debe acomodarse a lo previsto en la norma, y en particular un despido deberá justificarse en la existencia de las causas que la ley contempla y dadas las circunstancias en las que se produce, la justificación ha de ser especialmente cuidada.

#### 4. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LA ENTIDAD REVERTIDA

---

<sup>18</sup> SEMPERE NAVARRO, 2007, 8.

Un caso particular en el marco del proceso de consultas lo constituye, sin duda, la situación de los trabajadores “revertidos”. Como se sabe, salvo en los casos en los que se trate de sociedades mercantiles, estos trabajadores ingresan como empleados públicos, cuando no han pasado por los procesos de selección necesarios a efectos de dar cumplimiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad de los artículos 23.2 CE y 103.3 CE y los artículos 55 y ss. EBEP<sup>19</sup>, lo que implica su consideración como indefinidos no fijos<sup>20</sup>. Sin perjuicio de que la incorporación a la nueva empresa con esta modalidad contractual no cumple con el mantenimiento de las condiciones a que obliga el artículo 44 ET y que implica, en los casos de los trabajadores que ostentaban la condición de indefinidos, un claro perjuicio; lo cierto es que habría de tratarse dicha situación y sobre todo, las vías de superación de la precariedad que conlleva la condición de indefinido no fijo<sup>21</sup>, incluso, si es necesaria la amortización de sus puestos.

Cabe cuestionarse igualmente si podría constituir materia de consulta, las previsiones en torno a la inclusión posibilidad de incluir los puestos en la RPT o sistema equivalente, la existencia o no de restricciones presupuestarias para realizar una oferta de empleo público que regularice las mismas, el plazo en el que pueden convocar dicha oferta, así como las condiciones en que los trabajadores van a participar en las pruebas.

Pues bien, cuando se trata de estas materias, han de considerarse dos cuestiones, la primera es que las mismas pueden afectar a todos los empleados públicos, no sólo al personal laboral. Y la segunda es que como materia de consulta no está prevista en el EBEP. El artículo 74 EBEP contempla que las Administraciones se dotarán de una RPT o instrumento similar, si bien no siempre es así<sup>22</sup>. En virtud del artículo 37.2 a) EBEP, las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización, entre la que se encuentra la RPT, quedan excluidas de la negociación colectiva, pero la modificación de la misma debe negociarse<sup>23</sup>. Negociación que tendría lugar con la representación conjunta

---

<sup>19</sup> Impedir esta situación se encuentra en la base del artículo 301.4 de la Ley de Contratos del Sector Público cuando contempla que “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.”

<sup>20</sup> En el caso de que la actividad pase a realizarla una sociedad mercantil pública, dicha modificación no se produce al quedar excluidas éstas del sistema de acceso al empleo público. Véase al respecto las SSTS de 18 de septiembre de 2014, R. 2320/2013 y R. 2323/2013 y de 6 de julio de 2016, R. 229/2015. Para el caso de las empresas públicas, en cambio, los trabajadores revertidos sí que pasarían a ser indefinidos no fijos. Véase, por todas, STS de 23 de noviembre de 2016, R. 91/2016.

<sup>21</sup> Si bien tras la STS de 24 de junio de 2014, R. 217/2013 y las numerosas sentencias posteriores que han consolidado esta jurisprudencia, la aplicación de los artículos 51 y 52 a la amortización de la vacante ha venido a matizar esta precariedad.

<sup>22</sup> VIVERO SERRANO, 2009, 86 y ss.

<sup>23</sup> ROQUETA BUJ, 2007, 8.

de funcionarios y trabajadores en el ámbito municipal, de matriz sindical, en el marco de la mesa general de negociación local (artículo 36. 3 EBEP) y que podrá referirse también a “los criterios generales sobre ofertas de empleo público” [artículo 37. 1 l) EBEP] que, aunque no implica que dicha oferta se haya incluido en la esfera negocial, sí que contempla una incidencia de la mesa general de negociación en su configuración.

Pero tal como acaba de verse, de las normas reguladoras de la negociación colectiva en la función pública, no parece que pueda deducirse que las materias indicadas puedan incluirse en la consulta previa a la transmisión, que es el objeto y la finalidad del proceso de consultas. En consecuencia, sin perjuicio de que las mismas formen parte de un proceso negociador posterior, puede concluirse que, para los casos de reversión administrativa, el EBEP no contempla un proceso de consulta con las representaciones conjuntas de funcionarios y trabajadores equiparable a la existente en el ET con la representación de los trabajadores.

## 5. PLAZO

El período durante el cual ha de desarrollarse el procedimiento queda abierto en el artículo 44 ET, que únicamente hace referencia de nuevo a la “suficiente antelación”. El convenio colectivo podría indicar este plazo, pero no parece que constituya una de las materias prioritarias de negociación, por lo que habría que entender, interpretando sistemáticamente el precepto con los que establecen procedimientos de consulta para materias específicas, que el período no puede exceder de la duración que el ET ha previsto para aquellos, quince días como máximo tras la reforma de la Ley 35/2010. El mínimo debería garantizar, en todo caso, que la consulta se realizara en términos que permitieran una negociación real y alcanzar un acuerdo. De ahí que, en estos casos, la suficiente antelación prevista como condición en el artículo 44. 9 ET, requiera una diligencia especial por parte de la entidad cesionaria para que la consulta se pueda realizar en las anteriores condiciones.

Parece, por lo demás, que tampoco hay en este punto inconveniente para aplicar analógicamente el artículo 41. 4 ET, que al respecto señala que la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la entidad correspondiente, u órgano similar, deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de adopción

de medidas de que se trate. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

#### IV. LAS OBLIGACIONES DE LOS REPRESENTANTES. EL DEBER DE SIGILO

Aunque nada diga el artículo 44 ET, resulta indudable que el deber de sigilo constituye el reverso del derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados Y. en su caso, de los de los funcionarios, también en los casos de cambio de titularidad empresarial. En este punto resultará aplicable el artículo 65 ET, que acoge las disposiciones de la Directiva 2000/14 al respecto, si bien con matizaciones, los artículos 22 de la Ley 10/1997 y 31/2006 con idéntico contenido y el artículo 41. 3 EBEP.

A tenor del artículo 65 ET, los sujetos de este deber son, de un lado, los miembros del comité de empresa, expresión, como se sabe, extensible a todos los órganos de representación unitaria y sindical de los trabajadores, y de otro, los expertos que les asistan. Noción, ésta de expertos, que es lo suficientemente amplia como para entender incluidos a cualquier tercero que asesore a los representantes, con independencia del título o condición profesional con la que actúe<sup>24</sup>. Para el caso de los primeros, además, el deber subsiste tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se

---

<sup>24</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, 2008, 16.

encuentren (artículo 65.3 ET), entendiéndose esta última referencia a la irrelevancia de la continuación en la prestación de servicios.

El objeto del deber es la información que expresamente haya sido comunicada con carácter reservado, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo. En consecuencia, si bien la confidencialidad se decreta por la parte informante, la empresa, sólo se admite la misma si concurre en ella un elemento objetivable, el legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo<sup>25</sup>; aunque los árbitros de dicha objetividad no serán los receptores de la información, que únicamente podrán reclamar ante la jurisdicción social el carácter no reservado de la misma, sin que el precepto les reconozca *ius resistendae* alguno y por tanto la posibilidad de desvelar dicha información<sup>26</sup>.

En todo caso y como manifestación más del principio de buena fe que del deber de sigilo, el precepto indica que ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla ni para fines distintos de los que motivaron su entrega. Además, y como excepción, el artículo 65. 4 ET señala que la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. No obstante, esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa.

Lo anterior, que constituye el núcleo duro del deber de sigilo, requiere ser matizado para los casos de sucesión de empresa. Habría que entender que la confidencialidad de la información relativa a la sucesión tiene un período de tiempo, pasado el cual dicha confidencialidad no tiene sentido, pues los extremos sobre los que han de informar cedente y cesionario tienen que poder ser comunicados a los trabajadores afectados. Como se indicó anteriormente, la información no termina con los representantes de los trabajadores, sino que éstos han de hacer lo propio con sus representados y en materia de cambio de titularidad empresarial ha de entenderse que ninguna confidencialidad ha de sustraer a éstos del conocimiento, en los términos que maneja el artículo 44 ET, de la sucesión y de sus consecuencias.

En esta línea, la subsistencia del deber de sigilo de la que trata el artículo 65. 3 ET se entendería únicamente para elementos de la transmisión de empresa que no tuvieran que ver con los extremos anteriores y que continuaran estando bajo reserva, pues pasado

<sup>25</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, 2008, 17.

<sup>26</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, 2008, 6.

el tiempo la reserva en la información puede carecer de sentido. Con otras palabras, la subsistencia del deber de sigilo se circunscribiría a la información que continuase siendo reservada, no respecto de toda aquella que en su día hubiera sido calificada como tal.

Del mismo modo, respecto de los secretos sobre los que la empresa no tiene obligación de informar, por el perjuicio que le pudiera provocar, el propio artículo 65 ET contempla como excepción la afección al volumen de empleo. Como el cambio de titularidad empresarial afectará en los más de los casos al mismo, parece que dichas cuestiones en el marco de un negocio jurídico traslativo convertiría estos datos en materia transmisible. Será necesario, no obstante, dada la relevancia de los secretos anteriores, que en el ámbito de un cambio de titularidad se discierna qué datos de los ofrecidos por las empresas es necesario comunicar al resto de los trabajadores conforme a los extremos previstos en el artículo 44 ET, sin que la pura afección al volumen de empleo implique, de por sí, desvelar dichos datos.

Para el caso de que la información haya de transmitirse también a los representantes de los funcionarios, habrá de acudirse al artículo 41. 3 EBEP, según el cual, “cada uno de los miembros de la Junta de Personal y ésta como órgano colegiado, así como los Delegados de Personal, en su caso, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los asuntos en que la Administración señale expresamente el carácter reservado, aún después de expirar su mandato. En todo caso, ningún documento reservado entregado por la Administración podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de la Administración para fines distintos de los que motivaron su entrega”. Y al que pueden aplicársele las reflexiones anteriores.

## V. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE EMPRESARIOS Y TRABAJADORES

Hasta ahora se ha hecho referencia a tres tipos de deberes u obligaciones que tienen su reverso en derechos que ostentan los acreedores de dichas obligaciones. Así existe una obligación de informar, otra de consultar y una última de mantener sigilo sobre la información, lo que se traduce, respectivamente, en un derecho a ser informado, que ostenta la representación de los trabajadores y las de los empleados públicos y éstos individualmente, otro derecho de los representantes de los trabajadores a ser consultados y, por último, un derecho del empresario o entidad local a que no se transmitan

determinadas informaciones. En este apartado se trata de analizar qué sucede si se desobedecen estos mandatos y qué mecanismos articula el ordenamiento jurídico para reclamar por su incumplimiento o para hacerlos cumplir.

Previamente ha de indicarse, por una parte, que el incumplimiento de los deberes de información y consulta no parece llevar aparejada la nulidad del negocio jurídico causante del cambio de titularidad empresarial, por no constituir un elemento esencial de dicho negocio jurídico. Así, la Directiva 2000/23 no impone la nulidad de la transmisión cuando se incumplen estas exigencias; un análisis de la literalidad del artículo 44. 1 ET, que anuda el efecto subrogatorio al cambio de titularidad, sin condición alguna, lo confirma. También desde un punto de vista sistemático se corrobora esta interpretación pues, si se anulara la sucesión por esta causa sería imposible el supuesto de hecho del artículo 7. 11 LISOS, relativo al incumplimiento del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa y, por último, si se atiende a la finalidad de la regulación de la sucesión de empresa, que es imponer una garantía de subrogación para los trabajadores, carecería de sentido que un incumplimiento empresarial la dejara sin efecto<sup>27</sup>.

Lo que sí parece claro, en cambio, es que la falta de consulta podría provocar la nulidad de las medidas adoptadas, no la de la transmisión. Por otra parte, el incumplimiento del deber de sigilo podrá llevar aparejada la adopción de medidas disciplinarias por parte de la empresa contra los representantes de los trabajadores.

## 1. LA VÍA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

En la LISOS, entre las infracciones graves, el artículo 7.7 tipifica la trasgresión de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y delegados sindicales, en los términos que legal o convencionalmente estuvieran establecidos. Precepto que, aunque previsto para todos los derechos de información y consulta y precisamente por eso, resulta aplicable no sólo a los del artículo 64 ET sino también a los del artículo 44 ET.

El artículo 7. 11 LISOS se refiere, por su parte, al incumplimiento del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44. 7 ET.

---

<sup>27</sup> SEMPERE NAVARRO, 2007, 7.

Junto a ellos habrán de tenerse en cuenta dos preceptos más. El artículo 9 LISOS, relativo a las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Y el artículo 10 bis LISOS sobre infracciones en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas. Ambos preceptos califican como muy grave las acciones u omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta, y participación en el caso de las sociedades europeas, de los representantes de los trabajadores, incluido el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto.

No se llega a entender por qué la vulneración de los derechos de información y consulta es más grave cuando se producen respecto de representantes de grupos de empresa de dimensión comunitaria o sociedades anónimas o cooperativas europeas. Según sea el ámbito donde haya de producirse la información o la consulta, por tanto, el incumplimiento podrá dar lugar a una sanción grave, si se trata de representaciones de empresas nacionales, o muy grave si se trata de representaciones de las citadas empresas europeas.

Consecuencia de ello es que, sea porque así se establezca en el acuerdo que ha de configurar los contenidos de los deberes de información y consulta de los representantes en los grupos de empresa de dimensión comunitaria o en la sociedad europea, o porque la normativa subsidiaria así lo dispone, podría darse el caso de que las empresas fueran sancionadas por dos vías. Una a través del artículo 7.7 LISOS y otra, dependiendo de los casos, por el artículo 9. 2 c) LISOS o 10 bis 2 c) LISOS. No resultaría de aplicación el principio de *non bis in idem* a estos supuestos por cuanto exige la identidad de sujetos, hecho y fundamento y, por lo pronto, la identidad de sujetos entre los representantes de los trabajadores que tienen derecho a ser informados o consultados no se da.

Las infracciones anteriores implican una sanción, en caso de falta grave, que abarca desde 626 a 6.250 euros, y en caso de falta muy grave de 6.251 a 187.515 euros. Cada una de ellas puede aplicarse en grado mínimo, medio o máximo dependiendo de los criterios en la graduación de las sanciones que especifica el artículo 39 LISOS.

En particular hay dos supuestos en los que los criterios de graduación van a cobrar especial importancia. Se trata, de un lado, de la obstrucción por parte de la empresa del acceso a la información, sobre la base de lo previsto en el artículo 65. 4 ET, sin que se den

los requisitos para ello. En estos casos la voluntad de no informar utilizando un subterfugio legal cercano al abuso de derecho motivaría la imposición de la sanción correspondiente a la infracción del artículo 7. 7 LISOS en grado medio o máximo, pues indica una conducta consciente de provocar una ocultación en la información más grave que la falta de información en sí a la que se refiere el precepto. La infracción prevista en los artículos 9 y 10 bis contienen esta posibilidad por lo que, aunque nada impediría imponer el grado mínimo de la sanción, parece que la voluntad de no informar revelada a través de la imposición del deber de secreto exige el grado medio o máximo.

De otro lado, y en sentido contrario, en los supuestos en los que la falta de información se debiese al convencimiento, por parte de los empresarios implicados, de que el negocio jurídico no constituía un cambio de titularidad, el grado de la sanción sería el mínimo. Dada la volatilidad de los elementos que definen un cambio de titularidad empresarial, hay zonas grises como las sucesiones de contratas o la reversión de actividad, que pueden ser calificadas como transmisión de empresa. Si así se determinase en sede judicial, cabría la posibilidad, dependiendo siempre del caso concreto, de considerar que la falta de información de los empleadores en materia de sucesión de empresa no obedece a una intención expresa al respecto, sino a una interpretación razonable del negocio jurídico que emprendían y en consecuencia, que la sanción a imponer fuera la de grado mínimo. Un elemento que podría evidenciar la voluntad de los empleadores es que sí hubieran informado sobre los extremos previstos en el artículo 42 ET.

## 2. LA VÍA JUDICIAL

La reclamación por la vía judicial de los trabajadores -los funcionarios o sus representantes articularán sus pretensiones en el orden contencioso- podrá hacerse a través de diversas modalidades procesales según los casos. Los artículos 65.5. ET y 153.3 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) señalan que la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos de los artículos 153 y ss. LRJS. Proceso que también encauzará, a tenor de los mismos preceptos, los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo; introduciendo con ello un elemento disonante como es que se tramite

por esta vía un conflicto que puede enfrentar al empresario con un representante o un tercero, esto es, con sujetos individuales<sup>28</sup>.

Por su parte, cuando se trate de trabajadores individuales que, en ausencia de representación, no hayan sido informados, se entiende que éstos deberán acudir al procedimiento ordinario y el mismo procedimiento cabría para los casos en los que el incumplimiento proviniese de los representantes que no transmitieran la información dada por las empresas. Por último, cuando los representantes sean sindicales, el incumplimiento de los deberes de información y consulta podrá articularse también a través del proceso de tutela de la libertad sindical de los artículos 177 y ss. LRJS.

La imposibilidad de cumplimiento *in natura* de la obligación de información y consulta motivará, cuando menos en el caso del derecho de información, la reclamación de indemnización de daños y perjuicios. En efecto, el incumplimiento del deber de información se constatará cuando se haga efectivo el cambio de titularidad, cuando la información habrá perdido toda su razón de ser. Y lo mismo sucede con el incumplimiento del deber de sigilo, que es una obligación de no hacer de tracto único que se vulnera con la revelación de la información reservada. Los daños y perjuicios serán de carácter material o moral, según los casos. Cuando sea el trabajador individual quien demande a los representantes, aquél y éstos al empresario, o éste a quien haya incumplido el deber de sigilo, el daño emergente y lucro cesante podrán ser indemnizados. Cuando los demandantes sean los representantes de los trabajadores, la indemnización podrá ser también por daños morales, por el daño a la institución representativa que dicha conducta conlleva, lo que será más claro en el marco de un proceso de tutela de libertad sindical, por la vinculación existente entre daño moral y vulneración de derechos fundamentales. En todo caso, será necesario ofrecer elementos de cuantificación tanto en uno como en otro tipo de daños indemnizables.

Para el supuesto de incumplimiento del deber de consulta, que se verificará cuando se impongan las medidas derivadas de la transmisión, los representantes de los trabajadores podrán acudir a la vía de conflicto colectivo en demanda de la declaración de nulidad de las medidas empresariales adoptadas en desconocimiento de este deber. Dicha solución es la adoptada en la normativa laboral para los incumplimientos de los deberes de consulta en los artículos 40 y 41 ET (artículo 138. 7 LRJS) y, además, la nulidad constituye la única vía de obligar al empresario a proceder a la consulta.

---

<sup>28</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, 2008, 8. Véase también GÓMEZ ABELLEIRA, 2008, 21.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Los derechos de información de los trabajadores en las ofertas públicas de adquisición de valores (El artículo 25 del Real Decreto 1066/2007, de 28 de julio”, RL nº 8, 2010.
- GÓMEZ ABELLEIRA, J., “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial”, RL nº 7, 2008, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Doble canal de representación en la empresa: ¿reparto de roles o solapamiento de funciones?” en AA. VV., Representación y Representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero, Albacete, 2017.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Competencias y deber de sigilo de los representantes de personal en l empresa y protección de los trabajadores en caso de insolencia empresarial”, AL nº 3, 2008, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- ROQUETA BUJ, R., “El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral de las Administraciones Públicas” en AA. VV., La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público, CGPJ, Manuales de Formación Continuada 741/2007, Madrid 2007.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma”, RL nº 21, 2004, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Comentario al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La sucesión de empresa (II)”, BIB 2007/3227, ejemplar de la base de datos de Westlaw.
- VALDÉS DAL-RE, F.:
  - o 2001, “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en la transmisión de empresa: la inadecuación del derecho interno a la legislación comunitaria”, RL, nº 6.

- 2002 “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”, RL. nº 11, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
  - 2008 (a) “Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario”, RL, nº 9, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
  - 2008 (b) “Una lenta pero incisiva reforma: el reforzamiento de los derechos de información y consulta (II), RL, nº 12, ejemplar de la base de datos de La Ley Laboral.
- VIVERO SERRANO, J B., El acceso al empleo público en régimen laboral, Valencia 2009.