

LA DETERMINACIÓN DEL VOLUMEN DE PLANTILLA COMPUTABLE A EFECTOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA: UNA CUESTIÓN TRASCENDENTAL DE OBLIGADA REFORMA¹

Xavier Solà i Monells
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Abstract

La determinación del volumen de plantilla de la unidad electoral es transcendental para determinar tanto la posibilidad de constituir órganos de representación unitaria como su tipología y dimensión. Si se quiere garantizar la adecuación de tales órganos a la realidad que deben gestionar resulta imprescindible reformular las reglas de cómputo establecidas por nuestra normativa, porque plantean numerosas dudas interpretativas que generan inseguridad jurídica y excluyen indebidamente a una parte del personal destinatario de la actividad representativa.

The determination of the staff volume of the electoral unit is transcendental in order to determine both the possibility of constituting bodies of unitary representation and their typology and size. If we want to guarantee the adequacy of such bodies to the reality they must manage, it is essential to reformulate the calculation rules established by our regulations, because they raise numerous interpretative doubts that generate legal insecurity and unduly exclude part of the personnel receiving representative activity.

Title: The determination of the volume of computable staff for purposes of unitary representation: a transcendental issue that must be reformed

Palabras clave: representación laboral, volumen de plantilla, contratación temporal

Keywords: worker representation, volume of staff, temporary recruitment

IUSLabor 3/2018, ISSN 1699-2938, pp 159-186

DOI. 10.31009/IUSLabor.2018.i03.04

¹ Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto DER2017-83189-R, sobre “*La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras*”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y constituye una versión ampliada de la comunicación “*La unidad electoral de la representación unitaria en las empresas auxiliares: determinación del volumen de plantilla computable*”, presentada al XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santiago de Compostela los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018.

Sumario

1. Planteamiento
2. La fecha de referencia para efectuar el cómputo
3. Delimitación general de los criterios de cómputo y de las tipologías contractuales computables
4. El cómputo de los contratos de interinidad
5. El cómputo de los contratos para obra o servicio determinados
6. Problemas específicos en relación al cómputo de los contratos de duración determinada que no superen el año
 - 6.1. El significado de la expresión “*días trabajados*”
 - 6.1. La vigencia de la relación laboral en el momento de efectuar el cómputo
 - 6.3. El límite máximo impuesto por el artículo 9.4 del RES
7. Reflexiones y propuestas
8. Bibliografía

1. Planteamiento

La determinación del volumen de la plantilla de la unidad electoral es uno de los aspectos clave del conjunto normativo que regula la representación unitaria en la empresa, contenido en su mayor parte en el Título II del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante TRLET) y en el Reglamento de elecciones a los órganos de representación de las empresas, aprobado mediante el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre (en adelante RES). Tanto la posibilidad de constituir un órgano de representación unitaria como su tipología (delegados/as de personal o comité de empresa) y el número de personas que lo integrarán queda directamente condicionada a la dimensión del colectivo laboral representado.

La relevancia de la cuestión justifica la existencia de una regulación expresa, que se encuentra en el artículo 72.2 del TRLET y el artículo 9.4 del RES. Tales preceptos distinguen el personal indefinido, que computa como una unidad, del contratado con carácter temporal, que si es de duración superior a un año asimilan al indefinido y, en caso contrario, someten a una regla un tanto más compleja, consistente en asumir la cifra que resulte de dividir por 200 el número total de días trabajados por el colectivo durante los doce meses anteriores, redondeándola siempre al alza. Tal fórmula ha generado múltiples problemas interpretativos y una notable conflictividad, tanto en sede arbitral como jurisdiccional, aunque prácticamente no ha sufrido variaciones desde su aparición a mediados de la década de los años ochenta².

Desde hace ya algún tiempo un sector doctrinal cada vez más amplio viene reclamando la reforma del Título II del TRLET para adaptarlo a las exigencias planteadas por las nuevas formas de organización empresarial y al papel que en la actualidad tiene atribuida la representación laboral. La superación del centro de trabajo como unidad electoral ordinaria, la atribución de mayores competencias a la negociación colectivo o la atención de realidades tan trascendentes como el grupo de empresas son algunos de

² La actual redacción del artículo 72 del TRLET deriva de la reforma efectuada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, con la pretensión -según especificaba su preámbulo- de eliminar “*la desigualdad entre el criterio de representatividad aplicable a los trabajadores fijos y el aplicable a los trabajadores temporales*”. El primer desarrollo reglamentario de la nueva redacción se llevó a cabo a través del Real Decreto 1311/1986, de 13 de junio, sobre normas para la celebración de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. El artículo 8.4 de dicha norma incorporaba ya una regla casi idéntica a la actualmente contenida en el párrafo 3º del artículo 9.4 del RES, aunque a diferencia de este último no incluía ninguna indicación para precisar el significado de la expresión “*días trabajados*”.

los puntos de encuentro en la mayoría de propuestas, que se han puesto sobre la mesa³, que también coinciden en seguir vinculando la existencia, tipología y dimensión de los órganos de representación al volumen de la plantilla⁴. Tampoco parece ponerse en cuestión la fórmula de cómputo articulada por nuestra normativa, al menos en su estructura básica, porque aquellas propuestas no plantean ningún ajuste al respecto.

En mi opinión, en un contexto de replanteamiento global del modelo de representación unitaria diseñado por el Título II del TRLET resulta obligado reflexionar con detenimiento sobre la idoneidad de las reglas que delimitan una de sus piezas esenciales, revisando los problemas interpretativos que generan y también valorando, desde una perspectiva más general, si se ajustan a la actual configuración de las plantillas. Ésta es justamente la pretensión de este estudio, aunque por razones de espacio no podré realizar un análisis completo de aquellos problemas y me limitaré a tratar las cuestiones que presentan mayor relevancia atendiendo a la realidad de nuestro mercado de trabajo, marcado por la descentralización y la temporalidad.

No cabe olvidar que, según los últimos datos de la Encuesta de Población Activa, a finales de 2018 la tasa de temporalidad en España se situaba en el 27,43 %⁵; ni que, siguiendo una tendencia absolutamente consolidada desde hace ya algunos años, más del 90 % del total de contratos que se han firmado en 2018 tienen carácter temporal, mayoritariamente eventuales (44,32 %) y para obra o servicio (38,62 %), seguidos de lejos por el contrato de interinidad (7,9 %) y los formativos (0,74 %)⁶. Otro dato

³ Véanse, por ejemplo, las planteadas por CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 147-175; CASAS BAAMONDE, María Emilia: “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los trabajadores”, en AA.VV. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 89-126; o la formulada por el Grupo FIDE bajo el título “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, número 11, 2016, p. 1069 y siguientes (también disponible en <https://www.fidefundacion.es/attachment/764963>)

⁴ CASAS BAAMONDE (“La necesaria reforma...”, cit. P. 114), por ejemplo, afirma que “*Los umbrales de número de trabajadores determinantes del sistema dual de elección (...) deben mantenerse*”, añadiendo posteriormente que “*La composición numérica del órgano de representación elegido seguirá determinándose por la correspondencia con el número de trabajadores que componen la plantilla de toda la empresa*”.

⁵ INE: *Encuesta de Población Activa*, tercer trimestre de 2018 [consultado el 5 de diciembre de 2018]. Accesible en http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiD atos&idp=1254735976595

⁶ Los datos corresponden al período enero-diciembre de 2018 y no presentan variaciones significativas respecto a los datos globales de 2017, año en el que se suscribieron 19.572.053 contratos iniciales, de los cuales más del 90 % fueron temporales, destacando especialmente 9.412.876 eventuales (48,09 %),

relevante, sobre todo teniendo en cuenta la fórmula de cómputo establecida en el artículo 72.2 del TREL, es la duración media de los contratos temporales. Del total de contratos suscritos el mes de octubre de 2018, último del que se ha podido localizar información, sólo 8.833 (0,39 %) tenían estipulada una duración superior a 12 meses; cifra que contrasta con los 682.640 (30 %) que no superaban los 15 días, los 1.208.454 (53 %) que no superaba los 12 meses y los 691.346 (34 %) de duración indeterminada.

El análisis que se propone no sólo resulta oportuno y trascendente en relación a la representación unitaria ordinaria, esto es, a los/as delegados/as de personal y comités de empresa, sino también para otras estructuras representativas que utilizan reglas de cómputo similares o idénticas. Es el caso de los órganos previstos por la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria (en adelante LCEE), cuyo artículo 25 adopta un esquema muy similar al del artículo 72.2 del TRLET incorporando una parte de su desarrollo reglamentario⁷. También el de los delegados sindicales, para cuya designación se requiere una plantilla mínima de 250 personas que, según ha entendido el Tribunal Supremo, deberá valorarse en base a las reglas de aquel precepto estatutario, que resultan aplicables por analogía⁸.

En los epígrafes que siguen, tras efectuar un breve apunte sobre la fecha que debe tomarse como referencia para realizar el cómputo, realizaremos una delimitación general de los criterios fijados por el artículo 72.2 del TRLET y de las tipologías contractuales computables, para abordar posteriormente las problemáticas singulares que se plantean en relación al contrato de interinidad y al contrato para obra o servicio determinado, así como otras dudas relativas al cómputo de los contratos de duración determinada que no superan el año. Reservamos el último epígrafe para efectuar una valoración general sobre la formulación normativa de nuestro sistema de cómputo, y también sobre su adecuación atendiendo a la actual configuración de las plantillas empresariales.

8.278.306 por obra o servicio (42,29 %) y 1.563.147 por interinidad (7,9 %). (SEPE: *Estadísticas sobre contratación* [consultado el 5 de diciembre de 2018]. Disponible en: https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2018/marzo.html)

⁷ La diferencia esencial radica en el período de referencia, que en este caso es de dos años en lugar de uno, tanto para delimitar los dos criterios de cómputo como para buscar el promedio de contratación temporal.

⁸ Así lo estableció la STS de 26 de abril de 2010 (rec. 1.777/2009).

2. La fecha de referencia para efectuar el cómputo

Aunque sobre esta cuestión se han planteado algunas dudas, en buena medida porque el artículo 9.4 del RES apunta a la fecha de inicio del proceso electoral, que es la de constitución de la mesa, lo más razonable es considerar que el cómputo debe realizarse tomando como referencia la fecha de la convocatoria electoral⁹ o, lo que es lo mismo, la del preaviso o promoción. Ésta es a día de hoy la opción que dispone de mayor soporte, tanto a nivel doctrinal como entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales que se han pronunciado sobre el problema¹⁰.

La reciente STS de 21 de diciembre de 2017 (recurso 4149/2015) refrenda este posicionamiento. El caso de autos corresponde a una convocatoria electoral dirigida al personal laboral del Ayuntamiento de Tafalla en el que, a efectos de determinar el total de días trabajados mediante contratos de duración no superior a un año, sólo se tienen en cuenta los correspondientes a relaciones laborales vigentes en el momento de constitución de las mesas electorales (22 de diciembre de 2014), criterio que determina la elección de un comité de empresa de 5 representantes. El sindicato convocante (CCOO) considera que deberían computarse también los trabajados por 31 personas que formaban parte de la plantilla en la fecha de la convocatoria (21 de noviembre de 2014) e incrementar hasta 9 el número de representantes. Aunque en un primer momento las mesas electorales asumen tal planteamiento, su decisión se impugna y tanto los laudos arbitrales como las sentencias judiciales dictadas en primera instancia y en suplicación¹¹

⁹ Junto al respeto al principio de jerarquía normativa recogido en el artículo 9 de la CE y el artículo 3 del TRLET, que es el argumento de mayor peso, la adopción de la fecha del preaviso como referencia se fundamenta también en razones de coherencia (la mesa electoral debe determinar el número de representantes a elegir a partir del censo laboral, que se elaborará tras la convocatoria y atendiendo a la situación de ese momento), y también de oportunidad o conveniencia (evita que la parte empresarial pueda reducir intencionadamente su plantilla entre el preaviso y la constitución de la mesa electoral para limitar los derechos de representación).

¹⁰ Por lo que refiere a la doctrina, sirvan como ejemplo: MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales. El preaviso electoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 229-232; BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación del número de representantes sindicales en las <elecciones sindicales>”, *Relaciones Laborales*, número 4, 2012, p. 10; CABEZA PEREIRO, Jaime: *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 70-72; o ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales: sentencias y laudos arbitrales*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 263-264.

Respecto a los pronunciamientos arbitrales y judiciales véanse, entre otros muchos: la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2009 (rec. 6025/2008), la STSJ de Catalunya de 13 de mayo de 2010 (rec. 303/2010) y la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de julio de 2008 (rec. 755/2008). Consúltense también los citados por MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 232, nota a pie número 263 y los recogidos por ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales...*, cit., p.184-186.

¹¹ SJS número 3 de Pamplona de 9 de mayo de 2015 (proc. 107/2015) y STSJ de Navarra de 7 de octubre de 2015 (rec. 365/2015).

atienden a la fecha de constitución de las mesas electorales, que es la tesis defendida por los restantes sindicatos implicados (UGT, LAB y ELA) y por la empleadora.

Para el Tribunal Supremo existen pocas dudas sobre cuál es la solución correcta a la controversia planteada, porque en su opinión el artículo 72.2.b) del TRLET es “claro” y “*ahorra toda especulación*”, señalando “*la <convocatoria> de la elección como fecha que sirve para determinar el número de representantes a elegir cuando existe un contingente variable de trabajadores, aun cuando el artículo 74 señale como fecha de comienzo del proceso electoral aquella en la que se constituye formalmente la mesa*”. La argumentación se completa destacando que no existe contradicción ni incoherencia con el artículo 6.2 del RES, que prevé la obligación empresarial de elaborar y remitir el censo laboral en un plazo de 7 días desde la recepción del preaviso.

Nos hallamos sin duda ante una sentencia excepcional, dada la poca frecuencia con que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre cuestiones relativas a elecciones sindicales, y positiva, porque cierra definitivamente y de forma satisfactoria una cuestión que había planteado un fuerte debate. Existe, no obstante, una consecuencia negativa que no puede dejar de señalarse: las dudas que la sentencia genera respecto al cómputo de los días trabajados por el personal temporal cuya relación laboral no se halla vigente en el momento de la convocatoria electoral. Me limito a apuntar la cuestión porque será analizada con detalle en un epígrafe posterior.

3. Delimitación general a los criterios de cómputo y de las tipologías contractuales computables

El artículo 72 del TRLET alude en diversas ocasiones a “*quienes presten servicios en trabajos fijos-discontinuos*”, así como a los “*trabajadores fijos de plantilla*” y a “*los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada*”, distinguiendo dentro de este último colectivo las personas que tienen un contrato de duración “*superior a un año*” de aquellas otras contratadas “*por término de hasta un año*”. En una primera lectura de ese precepto ya se aprecia claramente que existe un doble criterio de cómputo en función de la duración acordada, esto es, del período de vigencia estipulado en el contrato, siendo de entrada irrelevante el momento en que se hay suscrito y el tiempo de prestación de servicios acreditado.

Aunque el artículo 72.2 del TRLET no lo enuncie expresamente, resulta absolutamente pacífico que el primer criterio consiste en computar una unidad por cada contrato o relación laboral vigente¹². Este criterio se aplica a dos hipótesis: primera, al contrato

¹² En su apartado 2.a) dicho precepto indica que determinadas tipologías contractuales “*se computarán como trabajadores fijos de plantilla*”, pero en ningún momento precisa cuál es esta forma de cómputo. La

indefinido, tanto el ordinario como otras variantes singulares que han surgido en nuestro ordenamiento¹³, incluido el contrato fijo-discontinuo regulado en el artículo 16 del TRLET¹⁴; segunda, los contratos de duración determinada superior a un año. ¿Cuáles son los concretos contratos que pueden integrarse en esta segunda hipótesis? Algunos quedan directamente excluidos, porque el actual marco normativo les impide alcanzar esa duración mínima, como sucede en el caso del contrato eventual¹⁵. Sí podrían incluirse, en función de la vigencia concreta estipulada en el momento de suscribirlo o de las prórrogas acordadas¹⁶, tipologías como por ejemplo el contrato en prácticas, el contrato para la formación o el contrato de relevo celebrado por duración determinada¹⁷. Bastante más complejo resulta pronunciarse respecto al contrato para obra y servicio determinados, que conforme al artículo 15.1.a) del TRLET es “*en principio, de duración incierta*”. Analizaremos de inmediato esta cuestión en un apartado específico.

El segundo criterio de cómputo se concreta, como es bien sabido y según expone el artículo 72.2.b) del TRLET, en tomar en consideración “*el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección*” computando una unidad por “*cada doscientos días trabajados o fracción*”. Así pues, para los contratos de duración determinada que no superen el año sí adquiere relevancia la fecha de inicio de la relación laboral y el tiempo de prestación de servicios. Las tipologías contractuales

interpretación sistemática y, concretamente, la contraposición con el apartado 2.b) evidencian que el criterio es computarlas como una unidad. Tampoco existen dudas respecto a que los contratos que se computan como una unidad deben estar vigentes en el momento de la convocatoria electoral, a diferencia de lo que sucede con los que se someten a la regla establecida en el artículo 72.2.b) del TRLET.

¹³ Sería el caso del Contrato Indefinido de Apoyo a los Emprendedores regulado en el artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, o del Contrato para el Fomento de la Contratación Indefinida, previsto en la Disposición Adicional 1º de la ya derogada Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹⁴ Como ha destacado en diversas ocasiones la doctrina, el legislador asimila esta tipología al indefinido ordinario a efectos de cómputo sin importarle que la prestación de servicios se limite y concentre en determinados meses del año (véanse, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, José Luis y GARCÍA VALVERDE, María Dolores: “La fijación del número de representantes a elegir: cómputo de trabajadores”, en Romero Ródenas, María José (Coord.) *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 138).

¹⁵ Recordemos que, conforme al artículo 15.1.b) del TRLET, la duración máxima ordinaria del contrato eventual es de 6 meses y aunque puede verse ampliada mediante convenio colectivo sectorial en ningún caso podrá superar los 12 meses.

¹⁶ La duración superior a un año puede derivar de lo estipulado inicialmente como de un acuerdo de prórroga. En ambos casos nos hallaremos ante sujetos “*vinculados por contrato de duración determinada superior a un año*” y por tanto deberá aplicarse el criterio de cómputo fijado en el artículo 72.2.b) del TRLET. Así lo destaca BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación...”, cit. p. 13.

¹⁷ Todos ellos admiten duraciones superiores a los doce meses, en virtud de lo previsto en los artículos 11 y 12.7 del TRLET.

que deben computarse conforme a este criterio son todos los contratos eventuales, dado que nunca superarán los doce meses, y los restantes contratos temporales que tengan establecida esa duración. Los datos estadísticos sobre contratación expuestos en el apartado introductorio, particularmente los relativos al peso del contrato eventual y la duración media de los contratos temporales, ponen de manifiesto la extrema importancia de este segundo criterio de cómputo; un criterio que plantea diversos interrogantes debido a la ambigüedad con que se formula a nivel legal y a las deficiencias de su desarrollo reglamentario, contenido en el artículo 9.4 del RES. En los apartados que siguen analizaremos los tres que a mi entender revisten mayores relevancias: primero, cómo debe interpretarse la expresión “*días trabajados*”; segundo, si los contratos que se toman en consideración deben o no estar vigentes en el momento de la convocatoria; y tercero, qué incidencia tiene el límite máximo impuesto por el artículo 9.4 del RES.

Antes de abordar esos problemas interesa destacar dos aspectos más sobre la configuración general del sistema de cómputo establecido en el artículo 72 del TRLET.

De una parte, el trato dispensado al trabajo a tiempo parcial. Adviértase que la norma no introduce ninguna singularidad respecto a esta tipología y, en consecuencia, sea cual sea el volumen de la jornada realizada regirán los mismos criterios de cómputo que se aplican al trabajo a tiempo completo. A mi modo de ver, la opción adoptada por nuestro legislador es acertada porque no hay diferencias significativas en relación a la “*carga*” generada a la representación y, justamente por ello, es la más respetuosa con el principio de no discriminación establecido en la Cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, incorporado a la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre, y recogido a nivel interno en el artículo 12.4.d) del TRLET. Conviene tener presente, no obstante, que existen otros ordenamientos jurídicos que optan por un cómputo proporcional al número de horas trabajadas¹⁸.

Finalmente, interesa destacar que algunas tipologías contractuales se excluyen del cómputo y no serán tomadas en consideración a efectos de fijar el volumen de la plantilla. Es el caso, poco significativo y lógico, del personal de alta dirección, al que tampoco se le reconoce la condición de elector ni la de elegible¹⁹, y del bastante más

¹⁸ Es el caso, por ejemplo, del derecho francés, donde el artículo L111-2 del *Code du Travail* establece en su párrafo 3º que las personas contratadas a tiempo parcial, tanto por tiempo indefinido como de duración determinada, se computarán en función “*dividiendo la suma total de horas estipuladas en sus contratos de trabajo por la duración legal o convencional de la jornada*”, es decir, en función del porcentaje de horas trabajadas. La jurisprudencia francesa ha admitido, no obstante, que a través de acuerdo colectivo se mejore esta previsión estableciendo el cómputo como personal a tiempo completo (Sentencia de la *Cour de Cassation* (Social) de 25 de enero de 2012 (número 11-60.092).

¹⁹ Así lo establece claramente el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

discutible y trascendente de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo sin tener una relación laboral directa con la empleadora titular de dicho espacio físico, como, por ejemplo, las cedidas por Empresas de Trabajo Temporal (ETT) o las pertenecientes a empresas auxiliares. Aunque algún laudo arbitral haya apostado por incluir estos sujetos en el cómputo²⁰, la actual redacción del artículo 72 del TRLET deja poco margen para defender tal posibilidad, lo cual no supone que la cuestión no deba reconsiderarse desde una perspectiva de “*lege ferenda*”, sobre todo teniendo en cuenta que los artículos 42.6 del TRLET y 17.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT, les reconocen el derecho a utilizar en determinados casos los órganos de representación de la empresa principal o usuaria. En el último epígrafe de este estudio retomaremos el tema para analizarlo con mayor detenimiento y posicionarnos al respecto.

4. El cómputo de los contratos de interinidad

Una de las principales dudas que plantea el sistema de cómputo establecido por el artículo 72.2 del TRLET es si deben tenerse en cuenta o no los contratos de interinidad por sustitución²¹, dado que las relaciones laborales de las personas sustituidas ya se computarán de la forma que corresponda en función de su duración²² y, en opinión de un sector doctrinal, si también se toman en consideración aquellos “*se estaría duplicando el número de trabajadores por un puesto de trabajo a los efectos de representación, finalidad no perseguida por la norma*”²³. La cuestión no es baladí, dado el peso que el contrato por interinidad tiene en la actualidad y porque la solución que se

²⁰ Es el caso del Laudo 78/2009, de 22 de abril, dictado en Santander por la árbitra María Antonia Corrales Moreno, que computa al personal puesto a disposición por la ETT (citado por ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 299).

²¹ No hay problema respecto a los contratos de interinidad por vacante, que como es bien sabido permiten “*cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva*” (artículo 4.1.2º del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del TRLET en materia de contratos de duración determinada), y ello porque en esta hipótesis no se plantea el doble cómputo que como se advertirá de inmediato puede darse en la interinidad por sustitución.

²² Si se trata de una relación laboral indefinida o de duración determinada superior al año se computará una unidad, siendo irrelevante que se halle en situación de suspensión, y si procede computarla conforme a la fórmula establecida en el artículo 72.2.b) del TRLET por ser de duración inferior o igual a un año, deberán tenerse en cuenta tanto los días de actividad como los días de suspensión. Nos remitimos, sobre el particular, a lo que posteriormente se expondrá en el epígrafe dedicado a definir la expresión “*días trabajados*”.

²³ BLASCO PELLICER, Carmen: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 98. En la misma línea se posicionan MONEREO PÉREZ, José Luis y GARCÍA VALVERDER, María Dolores: “La fijación del número...”, cit., p. 138.

adopte puede resultar en algunos casos decisiva para determinar si puede constituirse o no un órgano de representación y fijar su dimensión.

Aunque la cuestión no es del todo pacífica, la mayoría de la doctrina se inclina por computar tanto el contrato de la persona sustituida como el de la persona que realiza la sustitución²⁴; una opción también mayoritaria entre las resoluciones judiciales y arbitrales²⁵. De entre los argumentos que se utilizan para defender esta posición hay tres que resultan particularmente destacables: primero, la interpretación literal del artículo 72.2 del TRLET y de su desarrollo reglamentario, que no excluyen ni explícita ni implícitamente los contratos de interinidad por sustitución²⁶; segundo, que “*de lo que se trata no es de computar puestos de trabajo, sino trabajadores sobre los cuales procede extender posteriormente la representación de los candidatos elegidos*”²⁷; y tercero, el no cómputo de los contratos de interinidad “*podría resultar incluso contraria al principio de igualdad entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos*”²⁸.

A mi modo de ver el doble cómputo es la solución más razonable, no solo por ser la más respetuosa con el actual marco normativo, sino también porque si el cómputo no tiene otra finalidad que decidir si procede o no constituir un órgano de representación y cuál debe ser su tamaño, deben incluirse en el mismo todas las personas que integran el colectivo representado, tanto las que están en activo prestando servicios como las que no lo están, porque todas ellas son beneficiarias de la actividad representativa y pueden recabar la actuación de sus órganos de representación laboral.

Interesa destacar, no obstante, que son varios los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que no computan al personal interino que ocupa puestos de trabajo reservados cuando se calcula el volumen de la plantilla. Es el caso, por ejemplo, del derecho francés, donde el artículo L1111-2 del *Code du Travail* indica expresamente que quedan

²⁴ Defienden esta solución: QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 55-56; CABEZA PEREIRO, Jaime: Las elecciones sindicales..., cit. p. 68; MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 256-258; FALGUERA BARÓ, Miquel y SENRA BIEDMA, Rafael: *Derecho sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 125; y BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación...”, cit., p. 14.

²⁵ Sirvan como ejemplo la SJS núm. 8 de Valencia de 22 de diciembre de 2011 (autos 729/2011), la SJS núm. 1 de León de 2 de noviembre de 2005 (autos 794/2005) y los laudos arbitrales citados por MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 257-258. En contra se posiciona la STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de mayo de 2003 (rec. 152/2003).

²⁶ Éste es el argumento más recurrente. Lo utilizan QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa...*, cit. p. 55-56; CABEZA PEREIRO, Jaime: Las elecciones sindicales..., cit., p. 68; MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 256; etc.

²⁷ MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 258.

²⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime: Las elecciones sindicales..., cit., p. 68

excluidas del cómputo las personas que “*sustituyan a un empleado ausente o que tenga el contrato de trabajo suspendido, particularmente en casos de licencia de maternidad, la licencia por adopción o la licencia de paternidad*”²⁹.

5. El cómputo de los contratos para obra o servicio determinados

Una de las principales dificultades que plantea la determinación de la plantilla computable reside en la valoración de los contratos para obra o servicio determinados, que como se apuntó en el apartado introductorio actualmente suponen alrededor del 40% de los contratos suscritos³⁰. El problema es perceptible a simple vista: en una tipología contractual que, como destaca el artículo 15.1.a) del TRLET, se caracteriza por ser “*en principio, de duración incierta*” resulta complicado aplicar el criterio que utiliza el artículo 72.2 de la misma norma para determinar si los contratos temporales se computan como una unidad o conforme a la regla establecida en su apartado b). ¿Qué contratos deben considerarse de duración superior a un año y cuáles no?

La mayoría de la doctrina entiende que la cuestión debe resolverse valorando el tiempo que las personas contratadas para obra o servicio llevan trabajado en el momento de la convocatoria electoral, de forma que si es superior a un año deberán computarse como una unidad y en caso contrario se someterán a la regla del artículo 72.2.b) del TRLET, aunque posteriormente continúen prestando servicios y terminen superando los doce meses³¹. Se trata sin duda de una solución fácil de aplicar y óptima desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pero a mi modo de ver no es del todo satisfactoria atendiendo a la finalidad perseguida por la norma estatutaria, que se resume en conseguir una media

²⁹ En la misma línea se sitúa el derecho belga, donde el artículo 14.4 de la Ley de 20 de septiembre de 1948, de 27 de septiembre (en la versión resultante de la modificación operada por la Ley de 5 de marzo de 1999) prevé la posibilidad de excluir del cómputo “*ciertas categorías de trabajadores que replacen temporalmente a trabajadores de la empresa*”.

³⁰ El peso adquirido por el contrato para obra o servicio determinados se explica en buena parte por la posición que la jurisprudencia adoptó a finales de década de los noventa, admitiendo la validez de la tipología contractual prevista en el artículo 15.1.a) del TRLET vinculada a las contrataciones mercantiles y concesiones administrativas, primero tímidamente a través de la STS de 15 de enero de 1997 (recurso 497/1997) y después con toda claridad, mediante la STS de 8 de junio de 1999 (recurso 3009/1998) y otras muchas posteriores.

³¹ Ésta es la solución que proponen: MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 255; ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 265; BLASCO PELLICER, Carmen.: *El nuevo proceso de elecciones sindicales. Aspectos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 98; FALGUERA BARÓ, Miquel y SENRA BIEDMA, Rafael: *Derecho sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 131; PALOMO VÉLEZ, Rodrigo I.: *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 90; y BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática...”, cit. p. 13.

ponderada de la contratación temporal para definir de la forma más aproximada posible la dimensión de la plantilla a efectos de establecer los órganos de representación laboral.

Resulta obligado computar como una unidad al personal contratado por obra o servicio que en el momento de la convocatoria acredite una prestación de servicios de más de doce meses, porque tal circunstancia constituye una prueba irrefutable de que nos hallamos ante un contrato temporal de duración superior a un año, pero esa no es la única hipótesis que debería encajarse en el artículo 72.2.a) del TRLET. En mi opinión, también deberían incluirse aquellos en los que aun sin darse aquella circunstancia concurren elementos que evidencien una duración claramente superior a un año. Piénsese, por ejemplo, en un contrato celebrado un mes antes de la convocatoria electoral al amparo del artículo 15.1.a) del TRLET que se vincula a una contrata firmada por un período de dos años recién iniciada. Someter hipótesis como ésta a las reglas del artículo 72.2.b del TRLET presenta diversos inconvenientes.

En primer lugar, se corre el riesgo de generar un resultado con escasa correspondencia con la dimensión real media de la plantilla y, consecuentemente, elegir un órgano de representación desajustado; particularmente cuando en la plantilla del centro de trabajo exista un elevado porcentaje de contratos de obra o servicio. La entidad del desajuste dependerá de un factor casual, cual es el tiempo de vigencia que presenten esos contratos en el momento de la convocatoria electoral; o no tan casual, dado que las decisiones sobre contratación corresponden a la parte empresarial y no deben descartarse decisiones estratégicas dirigidas a impedir la constitución de órganos de representación o minimizar su dimensión³².

En segundo lugar, computar solamente como una unidad las hipótesis donde exista una prestación de servicios superior a un año resulta poco coherente con la literalidad del artículo 72.2 del TRLET que alude a “*trabajadores vinculados por contrato de duración superior a un año*” (apartado a) y a “*contratados por término de hasta un año*” (apartado b), expresiones que según ha destacado la doctrina no equivalen a “*trabajadores que acrediten una prestación de servicios superior a un año*”³³. Una cosa es que se utilice este último parámetro para determinar cuándo concurre aquél y otra, bien distinta, que se permuten.

El criterio corrector que se propone complica ligeramente el cómputo, pero resulta perfectamente viable atendiendo a la forma como se determina la dimensión de la

³² Tal peligro ha sido advertido en diversas ocasiones por la doctrina y específicamente por autores/as que disponen de experiencia en arbitrajes de procedimientos electorales sindicales, circunstancia que pone de manifiesto su verosimilitud.

³³ CABEZA PEREIRO, Jaime: *Las elecciones...*, cit., p. 68.

plantilla a efectos de definir el órgano de representación unitaria que corresponde y el número de miembros que lo integrarán. Conforme al artículo 74.2 del TRLET tal determinación es competencia de la mesa electoral y se llevará a cabo en base a los datos que figuren en el denominado “*censo laboral*”, que debe elaborar y poner a disposición la empresa. Pues bien, no existe ningún problema para que en ese momento la parte empresarial, en base a una información de la que sin duda dispone, atienda a la previsible duración de los contratos por obra y servicio, ubicándolos en el listado que resulte pertinente.

El propio documento contractual puede contener, en algunas ocasiones, datos relevantes para la toma de esa decisión porque es posible que en el mismo se hay estipulado una duración; posibilidad que contempla el inciso final del artículo 2.2 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, advirtiéndolo que “[s]i el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior”, donde se establece que “[l]a duración del contrato será la exigida para la realización de la obra o servicio”. Que la duración eventualmente estipulada tenga carácter simplemente orientativo no impide que se tome en consideración a efectos de aplicar el artículo 72.2 TRLET, priorizando la duración real de la obra o servicio en caso de que se haya evidenciado un desajuste entre ambas cuando se produce la convocatoria electoral³⁴.

Un tanto más complejo será computar los contratos de obra o servicio conforme al criterio que se propone en el momento de la promoción electoral. Aunque la norma no lo indique expresamente, es obvio que el sujeto o sujetos que promueven las elecciones deben valorar, con carácter previo, cuál es la dimensión de la plantilla del centro o centros de trabajo a los que quiere extenderse la convocatoria, para ver si alcanzan el mínimo de seis trabajadores/as exigido para la constitución de órganos de representación unitaria y también-, en determinados casos, si deben agruparse bajo un comité de empresa conjunto porque concurren los elementos referidos por el artículo 63.2 del TRLET³⁵. Justamente por ello el artículo 3 del RES reconoce el derecho de los sindicatos con legitimación para promover elecciones a acceder a los registros de las

³⁴ Imaginemos, por ejemplo, un contrato por obra o servicio en el que se fijó una duración de trece meses y que, en el momento de promoverse las elecciones, transcurridos tan solo nueve meses, ya se ha denunciado su finalización por la conclusión del objeto del contrato. En tal caso debería darse preferencia a este último dato y aplicar las reglas de cómputo previstas en el artículo 72.2.b) del TRLET. Justo lo contrario que sucedería si estipulada una duración de nueve meses en el momento de la convocatoria electoral se superasen ya los doce meses de prestación porque la ejecución de la obra o servicio se hubiese prolongado más de lo previsto.

³⁵ Conforme al artículo 67.1.2º del TRLET el escrito de preaviso debe “*identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de esta en el que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de este*”, exigencia que impone aquella valoración previa.

Administraciones Públicas, en concreto a determinados datos de que dispone la Tesorería General de la Seguridad Social: “*nombre de la empresa y razón social, domicilio (incluido en su caso el código postal), clasificación nacional de actividades (CNAE), código de cuenta de cotización y número de trabajadores de la misma*”. ¿Bastará esta información para esclarecer cuál es la dimensión de la plantilla aplicando el artículo 72.2 del TRLET en los términos propuestos? Cabe imaginar que en la mayoría de ocasiones no será lo bastante precisa y, por tanto, son varios los escenarios que pueden plantearse.

Cuando ya exista un órgano de representación y se plantee su renovación las organizaciones sindicales promotoras que tengan presencia en el mismo podrán disponer de la información necesaria para determinar la previsible duración de los contratos de obra o servicio gracias a los derechos que se le reconocen a aquél³⁶, particularmente los vinculados a la entrega de la copia básica (artículo 8.4 del TRLET) y las obligaciones de información que se imponen en materia contratación y subcontratación (artículos 42.4 y 42.5 del TRLET)³⁷. En las restantes hipótesis puede resultar un tanto más difícil, pero los promotores deberán definir la dimensión de la plantilla y plantear la convocatoria electoral correspondiente a partir de la información de que dispongan, aunque sea incompleta. Los eventuales errores o desajustes podrán corregirse a través de una impugnación a instancia empresarial, aportando la información que los promotores no hayan tomado en consideración.

6. Problemas específicos en relación al cómputo de los contratos de duración determinada que no superen el año

6.1. El significado de la expresión “días trabajados”

En la hipótesis tratada por el artículo 72.2.b) del TRLET resulta esencial definir el significado de la expresión “*días trabajados*”, cuestión que la norma legal no aborda, pero sí su desarrollo reglamentario. El artículo 9.4 del RES señala, en su párrafo primero, que deben contabilizarse “*tanto los días efectivamente trabajados como los días de descanso, incluyendo descanso semanal, festivos y vacaciones anuales*”. Esta precisión contribuye, sin duda, a clarificar qué días deben computarse, pero no resuelve todas las dudas interpretativas que pueden plantearse. Pensemos, por ejemplo, en otras

³⁶ Cabe presuponer que, con carácter general, la presencia en el órgano de representación unitaria permitirá a los sindicatos promotores un acceso indirecto a la información, e incluso directo, si disponen de delegado/a sindical (artículo 10.3.1º de la LOLS).

³⁷ Conforme a esos dos preceptos, uno de los diversos datos que las empresas contratistas y subcontratistas quedan obligadas a facilitar a sus representaciones unitarias es justamente la “*duración de la contrata*”, y ello resulta particularmente relevante en los casos donde ésta constituya el objeto del contrato de obra o servicio.

ausencias justificadas no referenciadas por la norma reglamentaria, como los permisos retribuidos y las suspensiones contractuales, o en las ausencias no justificadas. ¿Cuál es el criterio a seguir en relación a estas situaciones?

Antes de abordar esta cuestión, conviene despejar las dudas que un sector doctrinal ha planteado respecto a la legalidad de esa precisión reglamentaria³⁸. En mi opinión el artículo 9.4 del RES no incurre extralimitación, ni por exceso ni por defecto, ajustándose perfectamente a los límites que condicionan la función de desarrollo reglamentario, y lo único que se le puede achacar es falta de precisión. En consecuencia, no procede plantear, como hace ese mismo sector doctrinal, la aplicación analógica del artículo 25 de la LCEE, que incorpora idéntica precisión, porque no se cumple una de las condiciones que impone el artículo 4.1 del Código Civil: la existencia de una laguna normativa.

Realizada esta precisión, estamos ya en disposición de intentar clarificar el significado concreto de la expresión “*días trabajados*”. Tomando como punto de partida la indicación ofrecida por el artículo 9.4 del RES son dos las opciones interpretativas que se plantean: primera, entender que la precisión de la norma reglamentaria pretende computar los días efectivamente trabajados y aquellos otros que resulten equiparables, señalando tres ejemplos de estos últimos (descanso semanal, festivos y vacaciones); segunda, considerar que en realidad su intención es incluir tanto los días de trabajo efectivo como todos los restantes, siempre que la relación laboral esté vigente.

La primera opción es probablemente la más respetuosa con la literalidad de la norma, pero genera importantes problemas aplicativos, porque obliga a un dificultoso análisis caso por caso para determinar si procede o no la asimilación al trabajo efectivo³⁹ y puede acabar determinando la exclusión de determinados días o períodos⁴⁰. Así pues,

³⁸ BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación...”, cit. p. 11. Este autor afirma que la norma reglamentaria “*en este punto podría resultar ilegal, tanto si se interpreta que la ley se refiere a días efectivamente trabajados como si se considera que lo hace a días de ocupación o empleo (antigüedad)*” porque “*en el primer caso, habría ido más allá de lo permitido por la ley, mientras que en el segundo se habría quedado corto, restringiendo el alcance de la norma legal*” (BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación...”, cit. p. 11). El carácter “*extra legem*” de la previsión reglamentaria que nos ocupa también ha sido afirmada por algún pronunciamiento judicial, como la SJS número 1 de Vigo de 23 de abril de 1999 (AS 1999/801).

³⁹ Tal como se ha destacado, esta opción interpretativa requiere “*un minucioso –y seguramente insatisfactorio- análisis que atienda a las características de los distintos supuestos en juego: ausencia justificada o injustificada, duración del supuesto de hecho; mantenimiento o no del salario; reserva o no del puesto de trabajo, etc.*” (BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación...”, cit. p. 12).

⁴⁰ El sector doctrinal que mantiene esta interpretación afirma, por ejemplo, que no existen argumentos para defender el cómputo de “*los días trabajados que no estuvieran basados en permitir al trabajador el*

atendiendo a razones de sencillez y seguridad jurídica resulta preferible la primera interpretación, que dispone de otro sólido argumento: es la opción más respetuosa con el esquema general del artículo 72.2 del TRLET, que diversifica el criterio de cómputo en función de la duración del contrato, es decir, de los días de vigencia estipulados, con independencia del alcance que tenga la prestación real de servicios. No tendría demasiado sentido reducir el cómputo a los días efectivamente trabajados y asimilables cuando la norma legal que se desarrolla equipara el personal fijo discontinuo al indefinido ordinario sin otorgar ninguna trascendencia a los períodos de inactividad.

Aunque la interpretación de la expresión “*días trabajados*” como días de vigencia de la relación laboral es mayoritaria a nivel doctrinal⁴¹, la precisión que al respecto introduce el artículo 9.4 del RES no deja de ser confusa y puede seguir generando problemas interpretativos. Así pues, su reformulación es obligada y debe formar parte de un ajuste global de la norma reglamentaria que detallaremos en el último epígrafe de este estudio.

6.2. *La vigencia de la relación laboral en el momento de efectuar el cómputo*

Otra de las grandes dudas interpretativas que genera el artículo 72.2 del TRLET es qué contratos temporales de duración inferior o igual a un año deben tomarse en consideración a efectos de aplicar la regla contenida en el apartado b) de dicho precepto: ¿Sólo los que estén vigentes en el momento de la convocatoria o también los que lo han estado durante los doce meses anteriores? Es obvio que esta última interpretación, más amplia, determinará una dimensión de plantilla superior y, consecuentemente, facilitará el acceso a órganos de representación unitaria y/o incrementará el número de sus miembros. La cuestión no es sencilla, como demuestra el debate doctrinal planteado al respecto⁴².

ejercicio de un derecho legalmente reconocido o en causas ajenas a su voluntad -ausencias injustificadas, participación en huelga ilegal, etc.- (FITA ORTEGA, Fernando: “La representación en la empresa...”, cit. p. 21.

⁴¹ Véanse, por ejemplo: QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa...*, cit. 70; MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 251; CABEZA PEREIRO, Jaime: *Las elecciones sindicales*, cit. p. 69; BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación...”, cit. p. 12; y MONEREO PÉREZ, José Luis y GARCÍA VALVERDE, María Dolores: “La fijación del número...”, cit., p. 146.

⁴² Apuestan por una interpretación amplia: MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 239-244; BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática...”, cit., p. 4-10; FITA ORTEGA, Fernando: “La representación en la empresa de los trabajadores temporales tras el RD 1.844/1994”, *Tribuna Social*, nº 54, 1995, p. 54; FALGUERA BARÓ, Miquel y SENRA BIEDMA, Rafael: *Derecho sindical...*, cit., p. 129; CABEZA PEREIRO, Jaime: *Las elecciones sindicales...*, cit., p. 70-72; o ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales...*, cit. p. 263-264.

Consideran, por el contrario, que la interpretación restrictiva es la mejor fundamentada: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: “El cómputo de los trabajadores temporales en las elecciones <sindicales>”,

La interpretación literal no ofrece un resultado claro, porque los términos “*contratados*” (artículos 72.1 y 72.2.a) del TRLET) y “*vinculados*” (artículo 72.2.b) del TRLET) pueden referirse tanto a las personas que tienen una relación laboral vigente como a aquellas que la han tenido en el pasado inmediato. Debe acudirse por tanto al resto de cánones hermenéuticos previstos en el artículo 3.1 del Código Civil que, a mi entender, inclinan claramente la balanza a favor de la toma en consideración de todos los contratos. A fecha de hoy ésta es también la posición mayoritaria entre la doctrina y en sede arbitral y jurisdiccional⁴³.

Atendamos, en primer lugar, a la interpretación teleológica. Como ya se indicó, es obvio que la pretensión de la regla establecida por el artículo 72.2.b) del TRLET es determinar el volumen medio de una parte de la plantilla que resulta difícil de estimar, debido a la escasa duración de los contratos a través de los cuales presta servicios. Y si se trata de conseguir una media ponderada de un determinado colectivo en base al número de jornadas trabajadas por las personas que lo integran no cabe excluir a ninguna de ellas, porque se alteraría el resultado y dejaría de ser representativo.

En segundo lugar, siguiendo los dictados del artículo 3.1 del Código Civil, hay que atender también a la “*realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*” y ese canon hermenéutico ofrece un segundo argumento de peso estrechamente ligado al anterior. La situación en la que se halla actualmente y desde hace ya algunos años el mercado de trabajo español, con una alta tasa de temporalidad, con contratos de escasa duración y una constante rotación contractual, limitar el cómputo a las relaciones laborales vigentes en el momento de efectuarse la convocatoria puede generar un resultado absolutamente distorsionado a la baja de la dimensión real media de la plantilla. Así pues, la interpretación amplia es también la más adecuada desde una perspectiva sociológica.

A estos dos argumentos se suman otros seis de carácter complementario y menos habituales, pero igualmente consistentes: 1) resulta significativa que se especifique que los días trabajados a computar deben situarse “*en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección*”, una indicación que resultaría una clara tautología si sólo se computasen los contratos temporales vigentes, porque al ser éstos de duración inferior o igual a un año las jornadas realizadas siempre se situarán en esa franja temporal; 2) la lectura amplia es la más coherente con el origen del artículo 72 del

Tribuna Social, nº 56/57, 1995, p. 13; MONEREO PÉREZ, José Luis y GARCÍA VALVERDE, María Dolores: “La fijación del número...”, cit., p. 141-145; y PALOMO VÉLEZ, Rodrigo I.: *El modelo...*, cit., p. 91-92.

⁴³ Por lo que refiere a la primera, véase la anterior nota a pie. Respecto a los pronunciamientos arbitrales y jurisdiccionales sirvan como ejemplo los citados por MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 245.

TRLET, que según especifica la Exposición de Motivos de la Ley 32/1994, de 2 de agosto, fue conseguir “*La desaparición de la desigualdad entre el criterio de representatividad aplicable a trabajadores fijos y el aplicable a los trabajadores temporales*”; 3) la literalidad del último párrafo del artículo 9.4 del RES que alude primero “*al número de trabajadores que se computan*” y acto seguido a “*el total de dichos trabajadores que presten servicios en la empresa a la fecha de iniciación del período electoral*”, evidenciando que el primer colectivo es más amplio que el segundo e incluye a personas que ya no están en activo en el momento de la convocatoria; 4) la conveniencia de dotar de la máxima estabilidad al órgano de representación elegido, un objetivo que no se conseguiría si el mismo se ha definido en base a una dimensión media de plantilla que no se ajusta a la realidad de la empresa, porque cuando se produzca una punta de contratación que lo justifique podrían convocarse elecciones parciales para ajustar al alza la composición de aquél órgano (artículo 67.1.5º del TRLET); 5) el riesgo que plantea computar sólo las jornadas correspondientes a los contratos vigentes, por cuanto abre la puerta a decisiones empresariales que pueden restringir fuertemente los derechos de representación de su plantilla; y 6) el principio “*pro operario*”, que inclina la balanza a favor de la lectura amplia del artículo 72.2.b) del TRLET, al ser ésta la más generosa con los derechos de representación laboral.

A todo lo expuesto cabe añadir que la interpretación amplia ha sido asumida claramente por la jurisprudencia. La STS de 26 de abril de 2010 (rec. 1777/2009), dictada en unificación de doctrina, señala en su FJ 3º que el artículo 72.2.b) del TRLET obliga a computar “*no sólo los trabajadores en activo sino también los contratados temporales extinguidos a lo largo del año precedente en cómputo global*”. A pesar de su contundencia esta afirmación ha pasado un tanto desapercibida, probablemente porque el conflicto no se planteaba en relación a la representación unitaria, sino respecto a la aplicabilidad de la fórmula de cómputo estatutaria para determinar el volumen de plantilla necesario para designar delegados/as sindicales conforme al artículo 10.1 de la LOLS. El contexto es diferente pero la afirmación se integra sin duda en la “*ratio decidendi*”, porque uno de los dos argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para defender esa aplicabilidad es que el artículo 72.2.b) del TRLET ofrece “*un criterio más estable*” (en comparación con el cómputo simple y directo de la plantilla existente en un determinado momento), evitando que “*se escojan estratégicamente momentos distintos en consideración a una gran variabilidad de plantilla*”.

La reciente la STS de 21 de diciembre de 2017 (rec. 4149/2015) pone en duda el mantenimiento de esa posición jurisprudencial. Aunque en este caso el objeto de la controversia era la determinación de la fecha de referencia, tras declarar que debe atenderse al momento de la convocatoria se añade que “*en consecuencia deben computarse las jornadas realizadas por los trabajadores en alta en la empresa en tal*

fecha” (FJ 1º y Fallo). Una lectura atenta de la sentencia pone de manifiesto la irrelevancia de esta afirmación, dado que no consta acreditada ni se alega en ningún momento la existencia de otros contratos previos ya extinguidos. Cabe concluir, por tanto, que a día de hoy la interpretación amplia continúa avalada por el Tribunal Supremo.

6.3. *El límite máximo impuesto por el artículo 9.4 del RES*

El párrafo 3º del artículo 9.4 del RES señala que cuando el resultado de la operación indicada en el artículo 72.2.b) del TRLET, esto es, dividir por 200 el número total de días trabajados en los doce meses previos a la convocatoria por el personal contratado por período inferior o igual a un año, sea superior “*al número de trabajadores que se computan*” debe tenerse en cuenta “*como máximo, el total de dichos trabajadores que prestan servicios en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral*”.

Obviando por un momento las dudas que plantea tanto el significado de esta regla como su validez, parece claro que su pretensión es fijar un límite máximo al resultado que ofrezca la fórmula establecida en el artículo 72.2.b) del TRLET para evitar un exceso injustificado en el cómputo de las personas contratadas por períodos no superiores al año. Éste debe ser, a mi entender, el punto de partida para afrontar y resolver aquellas dudas, como paso previo imprescindible para valorar la validez del límite reglamentario⁴⁴.

La primera cuestión que debe intentar resolverse es quienes son los “*trabajadores que se computan*”. Se han apuntado dos posibilidades: primera, entender que son el total de personas, tanto fijas como temporales, que prestan servicios en la empresa; segunda, considerar que son las personas que se toman en consideración a efectos de aplicar la regla del artículo 72.2.b) del TRLET, es decir, las contratadas por tiempo igual o inferior a un año que tienen la relación laboral vigente en el momento de la convocatoria electoral o la han tenido durante los doce meses anteriores. No existe consenso ni entre la doctrina ni en sede arbitral y jurisdiccional sobre cuál es la interpretación correcta⁴⁵. En mi opinión, teniendo en cuenta que el tercer párrafo del

⁴⁴ Un sector doctrinal ha considerado que la disquisición sobre el significado del artículo 9.4 del RES y, particularmente, de la expresión “*trabajadores que se computan*”, es “*innecesaria*” y “*carece de relevancia*” si el límite reglamentario infringe el principio de jerarquía normativa, dado que no debería ser aplicado (MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 261). No comparto esta opinión porque, como de inmediato argumentaré, la admisibilidad de la regla controvertida queda directamente condicionada al significado que se le otorgue y, consecuentemente, resulta obligado delimitar este último.

⁴⁵ Se manifiestan a favor de la primera opción: CALVO GALLEGO, Javier: “Elecciones sindicales y cómputo de los trabajadores temporales”, *Aranzadi Social*, Tomo I, 1999, p. 2691; CABEZA PEREIRO,

artículo 9.4 del RES se dedica, al igual que el primero, al desarrollo del 72.2.b) del TRLET lo segunda opción parece la más consistente. Idéntica conclusión se extrae si atendemos a la finalidad del límite reglamentario, porque lo más lógico es que el exceso injustificado se identifique con la obtención de un resultado superior a la plantilla temporal tomada en consideración⁴⁶.

Ahora bien, una vez definida la desviación intolerable ¿cómo se corrige? Es en este punto donde, a mi entender, radica el principal defecto de la norma reglamentaria; un defecto que acaba resultando determinante para su validez. El artículo 9.4 del RES establece que superado el límite máximo deberán “*tenerse en cuenta*”, es decir, asumir como resultado del cómputo, “*el total de dichos trabajadores que presten servicios en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral*”. Así pues, la cifra a considerar será el número de personas contratadas con carácter temporal por período inferior o igual a un año que tengan relación laboral vigente⁴⁷. Nótese que el precepto reglamentario lleva a cabo en este punto un giro muy poco lógico, al imponer una cifra que no se corresponde con la que conforme al mismo precepto marca la desviación máxima asumible.

Jaime: *Las elecciones sindicales...*, ob. cit., p. 69; y ROMERO RÓDENAS, María José: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 282. Para esta última autora tal opción es también “*la mayoritaria en los laudos y pronunciamientos judiciales sobre el tema*”, afirmación que sustenta en la cita y reproducción parcial de una decena de resoluciones.

A favor de la segunda se posicionan: RODRÍGUEZ RAMOS, María José y PÉREZ BORREGO, Gregorio: *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 146; PALOMO VÉLEZ, Rodrigo I.: *El modelo español...*, cit., p. 91, nota a pie núm. 138; y QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa...*, cit., p. 71-72. También existen diversos pronunciamientos judiciales a favor, como por ejemplo la SJS núm. 1 de Terrassa (Barcelona) de 14 de abril de 2016, en procedimiento núm. 868/2015 (La Ley 69996/2016). En ella se analiza un caso muy ilustrativo: la convocatoria electoral planteada en una empresa donde prestan servicios 29 trabajadores/as con carácter indefinido y 4 temporales de duración no superior al año, que acreditan 268 jornadas laborales durante los doce meses previos a la convocatoria, aunque en ese momento ya no prestan servicios. Tras analizar el significado del artículo 9.4 del RES la sentencia concluye que “*si de la referida división (como es el caso que nos ocupa) no salen más trabajadores que los computados (en este caso son 4 y se computan 2), tal es el número (2 -268/200:1,34-) que se suma a los “fijos” a efectos del artículo 72.2.b) del TRLET*”, de forma que deben elegirse 3 delegados/as de personal.

⁴⁶ Pensemos, por ejemplo, en un caso donde existen 10 personas contratadas con carácter temporal y cada una de ellas acredita una prestación de 10 meses (300 días) en el momento de la convocatoria, sumando un total de 3.000 días. En tal caso la aplicación sin límites de la regla establecida por el artículo 72.2.b) del TRLET llevaría a computar 15 personas (3.000/200), superando el total de ese colectivo, lo cual parece a todas luces injustificado.

⁴⁷ Recuperando el ejemplo ofrecido en la anterior nota a pie, si sólo se mantuviesen en activo la mitad de las 10 personas que han prestado servicios durante los doce meses anteriores al preaviso electoral, no podrían computarse 15, ni tampoco 10, sino 5.

La distorsión que se acaba de apuntar resulta todavía más evidente si el artículo 9.4 del RES se contrasta con otro precepto, de elaboración posterior, con el que guarda un notable paralelismo: el artículo 25.1 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. En este último se fija también como límite máximo “*el número de trabajadores que se computan*” y en caso de superarse “*se tendrán en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores*”; una solución que resulta más acorde con la finalidad que persigue la imposición de aquel límite⁴⁸.

En mi opinión, la solución que impone el artículo 9.4.3º del RES cuando se supera el límite máximo establecido en el mismo precepto contradice abiertamente el artículo 72.2.b) del TRLET y debe considerarse inaplicable en base al principio de jerarquía normativa consagrado en los artículos 9.3 de la CE y 3.1 del TRLET. Topar el cómputo del personal temporal con relación contractual no superior a un año en base a la vigencia del vínculo, sea en el momento del preaviso o en el de la convocatoria electoral⁴⁹, implica una restricción injustificada, que no se corresponde con la finalidad de la fórmula establecida por la norma estatutaria y puede reducir significativamente los derechos de representación laboral. Tal posicionamiento, que es compartido por un importante sector de la doctrina⁵⁰ y también por numerosos pronunciamientos arbitrales y judiciales⁵¹, no implica negar a la norma reglamentaria la facultad de imponer un límite máximo, sino tan solo la posibilidad de hacerlo en los términos actuales.

7. Reflexiones y propuestas

La delimitación cuantitativa de las unidades electorales de la representación unitaria es una cuestión de gran importancia y extremadamente compleja, sobre todo por la alta tasa de temporalidad que caracteriza a las plantillas de nuestras empresas, con contratos de escasa duración y una fuerte rotación. No es fácil encontrar un método fiable para

⁴⁸ Así lo ha destacado QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa...*, cit., p. 74.

⁴⁹ Aunque la cuestión es irrelevante, porque la distorsión se produce en ambos casos, no queda claro cuál debe ser en esta ocasión la fecha de referencia, porque el artículo 9.4 del RES alude claramente a “*la fecha de iniciación del proceso electoral*”, que es la de constitución de la mesa, pero según vimos anteriormente, la fecha de referencia para realizar el cómputo previsto en el artículo 72.2.b) del TRLET es la de registro del preaviso electoral, y parecería lógico unificarlas dando preferencia a la segunda.

⁵⁰ MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 261-263; QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa...*, cit., p. 73-74; BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática...”, cit., p. 9-10; y BLASCO PELLICER, Carmen: *El nuevo...*, cit., p. 96. Consideran, por el contrario, que puede defenderse su validez: CABEZA PEREIRO, Jaime: *Las elecciones...*, cit., p. 69-70; y ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 282; y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: “El cómputo...”, cit., p. 12-13.

⁵¹ Véanse los citados por MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales...*, cit., p. 262-264

determinar el volumen medio aproximado de la plantilla y definir, a partir de ahí, tanto la tipología como la dimensión el órgano de representación unitaria.

La fórmula articulada por el artículo 72.2 del TRLET ha sido criticada en algunas ocasiones, pero en mi opinión es una opción perfectamente válida y tan consistente como otras alternativas que se han puesto sobre la mesa⁵². El problema radica en la defectuosa delimitación de las piezas que la integran, que genera múltiples y trascendentes incógnitas. Además, la sumisión de las eventuales impugnaciones al procedimiento arbitral dificulta la unificación de criterios interpretativos, porque los asuntos raramente llegan a suplicación y todavía menos a casación o al amparo constitucional⁵³. El resultado final es una notable inseguridad jurídica, que en muchos casos acaba condicionando y restringiendo el derecho de representación de laboral, particularmente en empresas con altas tasas de temporalidad.

Por todo lo expuesto, comparto plenamente la necesidad de llevar a cabo una reforma normativa que ha sido reclamada en más de una ocasión por la doctrina y respecto a la cual existen incluso algunas propuestas detalladas⁵⁴. A mi modo y por lo que refiere a los problemas aquí analizados, bastaría con ajustar el artículo 9.4 del RES retocando su redacción en la medida necesaria para resolverlos en el sentido que se ha defendido en los epígrafes anteriores. Los ajustes a introducir, expuestos de forma resumida y siguiendo el orden que marca la actual estructura del precepto, serían cuatro: primero, modificar la redacción del párrafo primero para establecer que se contabilizarán como días trabajados todos los días de duración del contrato de trabajo durante los doce meses previos a la convocatoria electoral y tanto si la relación laboral está vigente en ese momento como si no lo está; segundo, modificar la formulación del límite máximo contenido en el párrafo tercero para especificar que el cómputo se efectúa en el momento de la convocatoria y que la cifra a computar si se supera dicho límite es el total de personas que deben computarse a partir de los días trabajados; tercero, incorporar un nuevo párrafo para clarificar que los contratos de interinidad también

⁵² Se ha apuntado, por ejemplo, la conveniencia de incrementar el período de referencia de uno a cuatro años, para conseguir una imagen más aproximada de la contratación temporal de corta duración (ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: “El cómputo...”, cit., p. 11) o la posibilidad de utilizar una sola regla de cómputo basada en los días de duración del contrato que se aplicase a todos los contratos, tanto fijos como temporales, con el objetivo de determinar el volumen medio de la plantilla en un período de referencia de dos años (QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: Dimensión de la empresa..., cit. p. 111-112).

⁵³ Sobre esta cuestión véase VIVERO SERRRANO, Juan Bautista: “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 194, 2017, p. 17-18.

⁵⁴ Como la de BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática...”, cit., p. 15-16 o la de QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: Dimensión de la empresa..., cit. p. 111-113.

serán objeto de cómputo, junto con los contratos de las personas sustituidas, y que los contratos para obra o servicio determinado deberán computarse atendiendo a la duración previsible o acreditada en el momento de la convocatoria.

Con esta reforma reglamentaria se facilitaría y garantizaría una estimación más aproximada de la contratación temporal directa, pero seguiría sin resolverse otra cuestión de igual o mayor entidad que en el momento presente no puede obviarse, dada la importancia que la descentralización productiva tiene en nuestra realidad empresarial: la exclusión de las personas que prestan servicios en la unidad electoral sin mantener una relación laboral directa con la empleadora titular de dicho espacio físico, como por ejemplo las cedidas por ETT o las pertenecientes a empresas auxiliares. A mi modo de ver, cuando la presencia en la unidad electoral de estos colectivos tenga una cierta continuidad resulta obligado tomarlos en consideración a efectos de definir el volumen de la plantilla en materia de representación laboral⁵⁵, para que las estructuras representativas constituidas se ajusten a la realidad de ese espacio físico y, sobre todo, para mantener la coherencia con los artículos 42.6 del TRLET y 17.1 de la LETT, que reconocen al personal de las empresas auxiliares y de las ETT el derecho a utilizar esas estructuras representativas⁵⁶, aunque sólo sea para determinadas hipótesis y de forma condicionada⁵⁷.

⁵⁵ En idéntico sentido, aunque exclusivamente en relación al personal cedido por ETT, se posicionó hace ya algún tiempo QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa...*, cit. P. 112.

⁵⁶ Como ha destacado la doctrina, el primero de dichos preceptos, incorporado a través del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, constituye “una de las escasas soluciones normativas dispuestas por el legislador frente al déficit representativo sufrido por los trabajadores pertenecientes a empresas contratistas” (MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes: “Deberes de información, derechos de representación y negociación colectiva”, en AA.VV. *Descentralización productiva: nuevas formas de organización de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 214).

⁵⁷ En ambos casos se permite la formulación de reclamaciones a los órganos de representación de la empresa usuaria o principal “en relación a las condiciones de ejecución de su relación laboral”, previsión que ha llevado a descartar, por ejemplo, que el personal cedido por una ETT pueda canalizar por esta vía una petición relativa a su sistema retributivo (STS de 27 de abril de 2004, rec. 2133/2003). Además, el artículo 42.6 del TRLET incorpora dos condiciones relevantes: de una parte, que el personal de la empresa auxiliar comparta centro de trabajo con el de la empresa principal; y de otra, que el primero “carezca de representación”, es decir, que no haya elegido órganos de representación unitaria, aunque la carencia no afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa auxiliar (NIETO ROJAS, Patricia: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2015, p. 153-154). Esta última condición, que no existe en el ámbito de las ETT, es particularmente relevante porque restringe fuertemente el recurso a la representación de la empresa principal y le otorga un carácter claramente subsidiario.

El ordenamiento francés constituye un referente interesante para orientar un cambio normativo en esta línea, que en este caso pasaría forzosamente por una reformulación del artículo 72 del TRLET. Interesa destacar, de entrada, que las reglas de determinación del volumen de plantilla de la empresa que establece el artículo L1111-2 del *Code du Travail* rigen para todas las disposiciones del mismo que toman en consideración ese parámetro, incluidas las relativas a los órganos de representación laboral. Pues bien, conforme a dicho precepto deben computarse, como una unidad, las personas que tengan un contrato de duración indeterminada a tiempo completo y las que trabajen a domicilio (párrafo 1º); por el contrario, se computarán en proporción al tiempo trabajado durante los doce meses previos, las personas titulares de un contrato de duración determinada, de un contrato intermitente y “*los trabajadores puestos a disposición de la empresa por una empresa exterior que estén presentes en los locales de la empresa usuaria y lleven trabajando en ellos como mínimo un año*” (párrafo 2º)⁵⁸. Esta última precisión temporal es fruto de una reforma operada en 2008 que recoge y concreta un criterio previamente establecido por la *Cour de Cassation*, según el cual sólo debía computarse el personal puesto a disposición que estuviese “*integrado de forma estrecha y efectiva en la comunidad de trabajo*” generada en los locales de la empresa usuaria⁵⁹; un criterio que se razonaba argumentando que en tales casos compartir un mismo espacio físico y unas condiciones de trabajo similares o idénticas origina una “*comunidad de intereses*” que justifica el cómputo⁶⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico la existencia de esa coincidencia de intereses está formalmente reconocida por los preceptos normativos que permiten al personal de las empresas auxiliares reclamar la intervención de órganos de representación en cuya elección no han participado; órganos que ven incrementadas sus competencias y, consecuentemente, su “*carga de trabajo*”. Así pues, si se quiere dimensionar correctamente las estructuras representativas y garantizar su adecuación a la realidad

⁵⁸ El concepto “*trabajadores puestos a disposición*” tiene un significado amplio que incluye múltiples hipótesis, entre las cuales figuran el personal cedido por empresas autorizadas y el personal de empresas auxiliares que han asumido mediante contrato la realización de una parte del ciclo productivo de la empresa principal. Véase, al respecto, VATINET, Raymonde: “La mise a disposition de salariés”, *Droit Social*, número 6, 2011, p. 656-669; y KERBOURCH’H, Jean-Yves: “Qu’est-ce qu’une mise a disposition de personnel?”, *Droit Social*, número 5, 2009, p. 530-542.

⁵⁹ El criterio fue acuñado por la Sentencia de la *Cour de Cassation* (Social) de 28 de febrero de 2007 (número 06-60.171) y posteriormente reiterado y concretado por otras tres Sentencias de la *Cour de Cassation* (Social) de 13 de noviembre de 2008 (número 06-60.171, número 07-60.434 y número 08-60.331).

⁶⁰ Téngase presente que el mismo *Code du Travail* permite, en su artículo L2314-23, que el personal puesto a disposición por un período de cómo mínimo un año escoja si quiere ejercer su condición de elector en la empresa donde físicamente presta servicios o en la que desarrolla la función de empleadora, habiendo precisado la jurisprudencia que incluso si se opta por esta última debe continuar computándose (Sentencia de la *Cour de Cassation* (Social) de 19 de enero de 2011, número 10-60.296).

que deben gestionar, evitando un “*abaratamiento de la representación*”⁶¹, resulta obligado abordar la reforma del artículo 72.2 del TRLET para computar también al personal cedido por ETT y al que presta servicios a través de empresas auxiliares cuando acrediten una presencia continuada significativa en la unidad electoral de la empresa usuaria o principal.

8. Bibliografía

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: “El cómputo de los trabajadores temporales en las elecciones < sindicales >”, *Tribuna Social*, números 56/57, 1995.

BALLESTER LAGUNA, Fernando: “La problemática determinación del número de representantes sindicales en las < elecciones sindicales >”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2012.

BLASCO PELLICER, Carmen: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CABEZA PEREIRO, J.: *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009.

CALVO GALLEGO, Javier: “Elecciones sindicales y cómputo de los trabajadores temporales”, *Aranzadi Social*, Tomo I, 1999

CASAS BAAMONDE, María Emilia: “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los trabajadores”, en AA.VV. Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 89-126.

CRUZ VILLALÓN, Jesús: “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 147-175.

⁶¹ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes: “Deberes de información...”, cit. p. 217 y MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en F. Valdés Dal-Ré y M^a. L. Molero Marañón *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010. p. 94. Dichas autoras destacan el desajuste que implica excluir al personal de las empresas auxiliares y al cedido por las ETT al aplicar la escala del artículo 68.e) del TRLET (expresamente indicado en el artículo 17 de la LETT y aplicable por analogía a la hipótesis tratada por el artículo 42.6 del TRLET), dado el incremento de trabajo que puede suponer el derecho de reclamación articulado en dichos preceptos. Coincido plenamente con esta valoración y con la necesidad de computar aquel personal a efectos de determinar las horas de crédito horario, pero creo que ello no bastaría para garantizar una estructura representativa adecuada y operativa, siendo imprescindible computarlo también en el momento constitutivo.

FALGUERA BARÓ, Miquel y SENRA BIEDMA, Rafael: *Derecho sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)*, Bosch, Barcelona, 1996.

FITA ORTEGA, Fernando: “La representación en la empresa de los trabajadores temporales tras el RD 1.844/1994”, *Tribuna Social*, nº 54, 1995.

KERBOURCH’H, Jean-Yves: “Qu’est-ce qu’une mise a disposition de personnel?”, *Droit Social*, número 5, 2009, p. 530-542

MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes: “Deberes de información, derechos de representación y negociación colectiva”, en AA.VV. *Descentralización productiva: nuevas formas de organización de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.

MEJÍAS, Ana: *Elecciones sindicales. El preaviso electoral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en F. Valdés Dal-Ré y M^a. L. Molero Marañón *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

MONEREO PÉREZ, José Luis y GARCÍA VALVERDE, María Dolores: “La fijación del número de representantes a elegir: cómputo de trabajadores”, en Romero Ródenas, María José (Coord.) *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2005

NIETO ROJAS, Patricia: *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2015.

PALOMO VÉLEZ, Rodrigo: *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz: *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999

RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. José y PÉREZ BORREGO, Gregorio: *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002

ROMERO RÓDENAS, M^a. José: *Elecciones sindicales: sentencias y laudos arbitrales*, Bomarzo, Albacete, 2014

VATINET, Raymonde: “La mise a disposition de salariés”, *Droit Social*, número 6, 2011, p. 656-669.

VIVERO SERRRANO, Juan Bautista: “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 194, 2017

Fecha recepción: 10.12.2018

Fecha aceptación: 22.12.2018